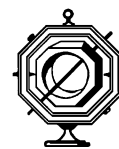


■ De Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap ■



De uitzonderingen van art. 1:88 lid 1 sub c en lid 4 BW

1. Inleiding

Op 1 januari 1970 is art. 1:88 lid 1 sub c BW ingevoerd¹. Dit artikel-lid geeft een limitatieve² opsomming van een aantal rechtshandelingen waarvoor de handelende echtgenoot toestemming behoeft van de andere echtgenoot, ongeacht het huwelijksgoederenregime van de echtgenoten³. Ontbreekt de toestemming, dan kan de andere echtgenoot de gewraakte rechtshandeling in beginsel vernietigen (vgl. art. 1:89 lid 1 en 2 BW).

De bepaling beoogt de niet-handelende echtgenoot te beschermen tegen de financiële gevolgen van bepaalde risicovolle rechtshandelingen van zijn/haarechtgenoot, zoals het zich stellen tot borg of hoofdelijk medeschuldenaar⁴. Blijkens art. 1:88 lid 1 sub c BW is de toestemming niet vereist indien de handelende echtgenoot handelt in de normale uitoefening van zijn beroep op bedrijf. De Hoge Raad legt de uitzondering in lid 1 sub c beperkt uit⁵.

In 1992 is aan art. 1:88 een vierde lid toegevoegd. Er is voor het aangaan van de borgtochtovereenkomst c.a. geen toestemming vereist indien deze rechtshandeling wordt verricht door een bestuurder van een bv of nv 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 (of beroep, MN) van die vennootschap.

In deze bijdrage besteed ik aandacht aan de uitzonderingen van art. 1:88 lid 1 sub c en lid 4 BW en aan de vraag of een wetswijziging van lid 4 wenselijk is.

2. De uitzondering van art. 1:88 lid 1 sub c BW

De Hoge Raad overwoog in 1991 dat de uitzondering van lid 1 sub c ziet op rechtshandelingen

'die voor het door de betrokkene uitgeoefende beroep of bedrijf **kenmerkend** zijn in deze zin dat zij in de **normale** uitoefening daarvan van plegen te worden verricht.'⁶

Bij de wetswijziging van 1 januari 1992 is deze formulering overgenomen: het woord "normale" is in de tekst van lid 1 sub c toegevoegd en van "een" beroep of bedrijf is "zijn" beroep of bedrijf gemaakt. Een bestuurder en enig of grootaandeelhouder kan beroep doen op de uitzondering van lid 1 sub c indien het aangaan van de borgtocht kenmerkend is voor het eigen beroep van

1. Art. 1:88 vervangt art. 164a (oud) welk artikel bij de Lex van Oven van 1957 is ingevoerd.

2. Vgl. HR 19 november 1993, NJ 1994, 259.

3. Met een echtgenoot wordt sinds 1 januari 1998 gelijkgesteld de geregistreerde partner.

4. HR 19 maart 1993, NJ 1994, 92 nt. EAAL.

5. HR 29 maart 1963, NJ 1963, 331, HR 2 juni 1978, NJ 1979, 126 en HR 22 september 1995, NJ 1996, 521 nt. WMK.

6. HR 31 mei 1991, NJ 1991, 777.

de bestuurder-aandeelhouder in die zin dat het in de normale uitoefening daarvan is geschied⁷.

3. De uitzondering van art. 1:88 lid 4 BW

Er is eveneens geen toestemming vereist indien de in lid 1 sub c vermelde rechtshandeling

- wordt verricht door een bestuurder van een bv of nv die alleen of met zijn mede-bestuurders de meerderheid van de aandelen houdt en mits zij
- geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het beroep of bedrijf van de vennootschap.

Lid 4 beoogt tegemoet te komen aan de eisen van het rechtsverkeer⁸. De praktijk heeft bij bepaalde transacties behoefte aan persoonlijke zekerheidsstelling door een bestuurder-aandeelhouder en verlangt dat de andere echtgenoot de bedrijfsvoering niet kan frustreren door toestemming te weigeren⁹. Bezie men de inhoud van de vereisten a en b en de wetsgeschiedenis dan valt het volgende op.

Ada

De bestuurder-aandeelhouder kan, aldus de wetgever, vanwege zijn zeggenschap en het financiële belang dat hij bij de vennootschap heeft "in de praktijk als ondernemer gelden"¹⁰. De bedrijfsactiviteiten van de bv worden gezien als bedrijfsactiviteiten van de zekerheidsverschaffer zelf. Het is met het oog op deze vereenzelviging dat de wetgever van mening is dat de uitzondering ten opzichte van de andere echtgenoot gerechtvaardigd is, omdat deze "geen meerder risico loopt dan bij rechtstreekse beroeps- of bedrijfsuitoefening buiten de rechtsvorm van de besloten vennootschap"¹¹. De gedachte is dat een geldlening door de bv ("formeel een ander") wordt gezien als geldlening door de bestuurder-groootaandeelhouder. Aangezien de bestuurder voor zo'n rechtshandeling geen toestemming nodig heeft, loopt de andere echtgenoot niet meer risico¹².

Adb

De woorden "ten behoeve van" in lid 4 duiden erop dat de rechtshandeling verband moet houden met de normale bedrijfs- of beroepshandeling van de vennootschap.

Het is vreemd dat de woorden "ten behoeve van" die eerder in het ontwerp-Invoeringswet boek 1 van 1965 in art. 1.6.7a sub c - het latere art. 1:88 lid 1 sub c BW - zijn voorgesteld¹³, maar niet zijn ingevoerd omdat zij afbreuk zouden doen aan de strekking van de bepaling, vanaf 1992 terugkeren in lid 4.

4. Wijziging van lid 4 wenselijk?

Luijten wijst erop dat "het novum" (lid 4) haaks staat op de constante jurisprudentie die vóór 1992 over lid 1 sub c is geweest en waarin de vereenzelviging is afgewezen. Hij noemt de de opname van lid 4 een "misgreep"¹⁴.

Diverse argumenten pleiten voor wetswijziging. Ten eerste geeft de wetgever geen voldoende rechtvaardigingsgrond voor de (ruimere) vrijstelling. De noodzaak om het rechtsverkeer te beschermen, spreekt mij niet aan. Banken worden reeds geconfronteerd met het toestemmingsvereiste in geval van hypotheekverlening op de voet van art. 1:88 lid 1 sub a BW. Dan is het niet zo vreemd dat zij eveneens rekening moeten houden met het toestemmingsvereiste in geval van andere riskante rechtshandelingen, zoals borgstelling en zekerheidsstelling.

De rechtvaardiging voor de vrijstelling kan evenmin gezocht worden in de behoefte aan gelijkstelling van de positie van de bestuurder-aandeelhouder met die van andere betrokkenen (eenmansondernemer, vennoot van een vof of maatschap, zelfstandig beroepsbeoefenaar), want ook een bestuurder tevens enig of grootaandeelhouder kan volgens de Hoge Raad beroep doen op de (bepaalde) uitzondering van lid 1 sub c (zie noot 7). Bovendien is eerder sprake van doorschieten dan van gelijkstellen van de positie van de diverse betrokkenen. Ook een bestuurder met slechts een gering aandelenbezit kan, mits hij tezamen met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen houdt, profiteren van de vrijstelling, terwijl hij "in de praktijk" niet als ondernemer zal worden gezien. De omstandigheid dat iemand zowel bestuurder als aandeelhouder is, is onvoldoende om tot vereenzelviging over te gaan¹⁵.

Van verschillende zijden is erop gewezen dat lid 4 haaks staat op de strekking van art. 1:88 BW. Ingeval van (kapitaal)vennootschappen behoeft de andere echtgenoot er niet op bedacht te zijn dat het privé-vermogen van de handelende echtgenoot wordt aangesproken, omdat met de oprichting van de vennootschap een scheiding is beoogd tussen privé-vermogen en vennootschapsvermogen¹⁶. Het ondernemerschap van de bestuurder-aandeelhouder, diens vereenzelviging met de vennootschap, spreekt deze schrijvers niet aan.

Een ander, zij het minder belangrijk, argument voor wetswijziging is dat de tekst van lid 4 niet duidelijk is. Rechteren leggen deze tekst - met een beroep op de wetsgeschiedenis - verschillend uit. Zij beantwoorden de vraag of lid 4 tevens ziet op rechtshandelingen verricht door een middellijk aandeelhouder verschillend. Bij de ene rechter prevaleert kennelijk de vereenzelvigingsgedachte en bij de ander de strekking van art. 1:88 BW die noopt tot een strikte uitleg van de uitzondering in lid 4. Het Amsterdamse hof heeft uitgemaakt dat de uitzondering in lid 4 tevens ziet op de "indirect" bestuurder die via een holding alleen of samen met zijn mede-bestuurders de meerderheid van de aandelen van de dochtervennootschappen houdt en/of daarin een bestuursfunctie bekleedt¹⁷. Tot een andersluidende uitspraak komt Rechtbank Utrecht¹⁸. Zolang een wetswijziging niet in het verschiet ligt en de Hoge Raad zich niet heeft uitgelaten over deze interpretatie van lid 4, dient de praktijk uit oogpunt van rechtszekerheid te zorgen voor de toestemming van de niet-handelende echtgenoot.

Mw mr M.Y. Nethe*

7. HR 22 september 1995, NJ 1996, 521 nt. WMK: in casu werd de borgstelling niet als kenmerkend voor het eigen beroep aangemerkt. Vanwege de ruime uitzondering van lid 4 verbaast het niet dat er tot dusverre geen uitspraken zijn waarin de bestuurder-groootaandeelhouder beroep heeft gedaan op de uitzondering van lid 1 sub c.

8. Vgl. Reehuis, Parl. Gesch. van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Aanpassing, 1991, blz. 20 (hierna verkort aangehaald met: Parl. Gesch.).

9. Parl. Gesch., blz. 23 en 35.

10. Parl. Gesch., blz. 36. Zie ook art. 7:857 BW.

11. Parl. Gesch., blz. 20.

12. Leningen vallen niet onder lid 1 sub c (zie Parl. Gesch. blz. 26, 27 en 28), alhoewel daarvoor zeker argumenten pleiten, aldus de Nota n.a.v. het Eindverslag Inv. wet.

13. Zie ook (in verband met art. 251 K): HR 20 december 1996, NJ 1997, 638.

14. Luijten, a.w., blz. 35; Boschma, De eenpersoons-BV, 1997, blz. 125; Klaassen-Eggen-Luijten, Huwelijksgoederenrecht, 1994, blz. 46; Honée in de bundel: Een kapitein, twee schepen, 1984, blz. 92.

15. Zie ook (in verband met art. 251 K): HR 20 december 1996, NJ 1997, 638.

16. Luijten, a.w., blz. 35; Boschma, De eenpersoons-BV, 1997, blz. 125; Klaassen-Eggen-Luijten, Huwelijksgoederenrecht, 1994, blz. 46; Honée in de bundel: Een kapitein, twee schepen, 1984, blz. 92.

17. Hof Amsterdam 6 november 1997, JOR 1998, 95.

18. Rb Utrecht 18 september 1996, NJ kort 1996, 70 alsmede Hof Amsterdam te kennen uit HR 22 september 1995, NJ 1996, 521 nt. WMK.

* Universitair docent vakgroep handelsrecht en sociaal recht Rijksuniversiteit Groningen.