

## Borgtochten en toestemming van de echtgenoot; uitzondering steeds beperkter

### Inleiding

Op 8 juli 2005 wees de Hoge Raad een arrest waarin hij de uitzondering op het toestemmingsvereiste van artikel 1:88 lid 1 onder c BW andermaal beperkt uitlegt.<sup>1</sup> Banken en andere financiers zullen met deze uitspraak rekening moeten houden, wanneer zij (mede) op basis van een persoonlijke garantstelling van de directeur/groootaandeelhouder financieren. In deze bijdrage wordt – aan de hand van wetsgeschiedenis en rechtspraak – het arrest besproken en worden de gevolgen ervan voor de praktijk onderzocht.

### Een typisch middenstandsgeval – casus en procesverloop

Abb Management Consulting Group B.V. (hierna: Abb) liet in de loop van 1999 haar rekening-courantschuld bij de Rabobank oplopen tot een slordige twee miljoen gulden. Op enig moment schreef de bank aan Abb dat de debetstand niet meer acceptabel was. Zij heeft vervolgens voorgesteld om – onder additionele voorwaarden – de schuld te herstructureren, zodat de continuïteit van de onderneming kon worden gewaarborgd. Een van die voorwaarden hield in dat de directeur/enig aandeelhouder (hierna: de enig aandeelhouder) zich ten opzichte van de bank borg zou stellen voor de schulden van Abb. In oktober 1999 ging Abb akkoord met een financieringsvoorstel dat onder meer voorzag in een borgstelling door de enig aandeelhouder. Eind oktober ondertekende de enig aandeelhouder de eigenlijke akte van borgstelling, welke akte echter niet door diens echtgenote werd ondertekend. Veel heeft de herfinanciering kennelijk niet geholpen, aangezien Abb een jaar later alsnog failliet werd verklaard. De bank had kort tevoren het krediet opgezegd en wilde zich verhalen op de borg, maar diens echtgenote riep de nietigheid van de borgtocht in wegens het ontbreken van haar toestemming. In de procedure die volgde, stond – vanzelfsprekend – de geldigheid van de borgtocht centraal.

De rechtbank heeft de vordering van de bank tot betaling uit hoofde van de borgtocht afgewezen. Zij oordeelde dat de echtgenote terecht een beroep doet op de vernietigbaarheid van de borgstelling op grond van artikel 1:89 lid 1 BW. In hoger beroep betoogde de bank dat in dit geval de in het vijfde lid van artikel 1:88 BW opgenomen uitzondering van toepassing is, waardoor de toestemming van de echtgenote van de enig aandeelhouder niet was vereist. Het hof bekrachtigde echter het vonnis van de rechtbank en overwoog onder meer het volgende:

‘Het hof stelt voorop dat de wetgever met het begrip “normale bedrijfsuitoefening” een wezenlijke beperking heeft beoogd. Naar het oordeel van het hof is daarmee kennelijk bedoeld dat de handeling zelf tot de normale, gebruikelijke bedrijfshandelingen behoort; niet voldoende is dat zij normale bedrijfshandelingen begunstigt, daarvoor de noodzakelijke voorwaarden schept. (...) Immers, met deze borgstelling heeft [de enig aandeelhouder] in privé een op hem verhaalbare vordering aanvaard, waarvoor hij voordien niet aansprakelijk was, zonder dat daartegenover een prestatie stond die hem respectievelijk de ABB Groep een direct financieel voordeel opleverde. Daar komt bij dat uit voormelde brief blijkt dat de borgstelling van [de enig aandeelhouder] in privé een absolute voorwaarde vormde om de turn around van de ABB Groep te bewerkstelligen. Dit brengt mee dat de borgtocht in dit geval niet kan gelden als een rechtshandeling welke ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de ABB Groep is geschied. Dit betekent dat de in art. 1:88 lid 5 BW neergelegde uitzondering op het toestemmingsvereiste, (...) zich hier niet voordoet (...).’

In cassatie richtte de bank haar pijlen op twee onderdelen van de geciteerde overweging:

1. De redenering die door het hof wordt gevolgd, lijkt uit te gaan van de (onjuiste) rechtsopvatting dat een borgstelling slechts is vrijgesteld van het goedkeuringsvereiste van artikel 1:88 lid 5 BW, indien de *borgstelling* voor de betrokken onderneming een normale, gebruikelijke rechtshandeling is.
2. Het hof heeft geen aandacht besteed aan de (kennelijk) door de bank in hoger beroep naar voren gebrachte stelling dat de in het vijfde lid van artikel 1:88 BW opgenomen uitzondering juist geschreven is voor bankkredieten, en dat dit er derhalve toe zou moeten leiden dat in dit geval de uitzondering van toepassing is, zodat geen toestemming van de echtgenote voor de geldigheid van de borgtocht was vereist.

De Hoge Raad verwierp beide klachten. Met betrekking tot het eerste onderdeel overwoog hij, kort gezegd, dat moet worden aangenomen dat het hof is uitgegaan van de (juiste) rechtsopvatting dat de *rechtshandeling waarvoor* de borgstelling is verstrekt – en niet de borgstelling zelf – een gebruikelijke dient te zijn. Het tweede onderdeel doet hij af met de opmerking dat niet als juist kan worden aanvaard de opvatting dat bij borgstelling voor bankkredieten de uitzondering van artikel 1:88 lid 5 BW steeds van toepassing is. Het beroep wordt derhalve afgewezen.

### Het goedkeuringsvereiste van artikel 1:88 lid 1 sub c BW

Artikel 1:88 lid 1 sub c BW bepaalt dat een echtgenoot toestemming van de andere echtgenoot behoeft voor ‘(...) overeenkomsten die ertoe strekken dat hij, anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf, zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt (...)’. De Hoge Raad

---

1. HR 8 juli 2005, nr. C04/109HR, LJN AT2632.

heeft de zinsnede ‘anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf’ steeds restrictief uitgelegd; voor een borgtocht is slechts dan geen toestemming vereist, indien het aangaan ervan voor de borg een uitoefening van zijn beroep of bedrijf vormt.<sup>2</sup> Met andere woorden, de borg heeft als professe de afgeven van borgtochten. Het is duidelijk dat deze situatie bij natuurlijke personen vrijwel nooit voorkomt. Voor banken en borgtochtmaatschappijen is dit uiteraard anders, maar voor hen is artikel 1:88 BW niet relevant.

Voorts heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat wanneer het bedrijf van de borg is ondergebracht in een rechtspersoon waarvan de borg directeur en enig of grootaandeelhouder is, borgtochten ten behoeve van het bedrijf onder de werking van artikel 1:88 lid 1 sub c BW vallen (en dus toestemming van de echtgenoot behoeven), tenzij het aangaan daarvan voor het eigen beroep van de directeur kenmerkend is in die zin dat het in de normale uitoefening daarvan is geschied.<sup>3</sup>

Het moge duidelijk zijn dat als gevolg van deze strikte interpretatie borgtochten vrijwel nooit werden geacht ‘in de normale uitoefening van het beroep of bedrijf’ te zijn aangegaan, zodat nagenoeg altijd toestemming van de echtgenoot diende te worden verkregen.

### Nieuwe uitzondering: artikel 1:88 lid 5 BW

Om tegemoet te komen aan de eisen van een vlot verlopend handelsverkeer is in 1992 het vierde (thans vijfde) lid van artikel 1:88 BW ingevoerd, dat bepaalt dat toestemming voor een rechtshandeling als bedoeld in lid 1 sub c (hierna kortweg: borgtochten) niet is vereist:

‘(...) indien zij wordt verricht door de bestuurder van een naamloze vennootschap 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.’

De wetgever onderkende hiermee dat er vanuit huwelijksvermogensrechtelijk perspectief geen goede reden bestond om extra bescherming te bieden aan echtgenoten van hen die hun beroep of bedrijf hebben ondergebracht in een rechtspersoon. Als een directeur/aandeelhouder die zich voor een transactie van ‘zijn’ rechtspersoon aansprakelijk stelt zijn onderneming in de vorm van een eenmanszaak zou hebben gedreven, loopt de echtgenoot vergelijkbare risico’s. In dat geval zou voor het aangaan van die transactie ook geen toestemming nodig zijn. In de Parlementaire Geschiedenis wordt dit als volgt verwoord:

‘Degene die een zelfstandig beroep uitoefent of door een eenmansonderneming of vennootschap onder firma aan het zakenleven deelneemt, draagt daarvoor de volle aansprakelijkheid, waarvan zijn echtgenote de financiële gevolgen kan ondervinden, zonder dat diens persoonlijke toestemming voor de aansprakelijkheid scheppende handeling is vereist. Deze persoonlijke aansprakelijkheid kan in beginsel worden uitgesloten door het beroep of bedrijf door middel van een naamloze of besloten vennootschap uit te oefenen, doch de enkele aansprakelijkheid van deze vennootschap wordt in de praktijk niet ten onrechte veelal onvoldoende geacht bij belangrijke transacties, zoals geldleningen. Gebruikelijk is dan ook dat daarvoor door de wederpartij extra zekerheid wordt verlangd door middel van handelingen als die waarop lid 1 onder c het oog heeft. Lid 4 komt aan deze behoefte van de praktijk tegemoet. Dit is ook tegenover de andere echtgenoot gerechtvaardigd, omdat deze geen meerder risico loopt dan bij rechtstreekse beroeps- of bedrijfsuitoefening buiten de rechtsvorm der besloten vennootschap.’<sup>4</sup>

### Wat is ‘normale bedrijfsuitoefening’?

Uiteraard diende de nieuwe uitzondering alleen te zien op gevallen waarin de persoonlijke aansprakelijkheid van de directeur/aandeelhouder van belang is voor de door de rechtspersoon gedreven onderneming. Dit wordt tot uitdrukking gebracht door toevoeging van de zinsnede ‘ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap’. Wat moet hieronder precies worden verstaan? De Parlementaire Geschiedenis biedt weinig houvast. Verwezen wordt naar de toelichting bij artikel 1:97 lid 2 BW, waar wordt vermeld dat het niet slechts gaat om daden van gewoon beheer.<sup>5</sup>

Duidelijker is de Parlementaire Geschiedenis bij artikel 7:857 BW. Dit artikel, dat deel uitmaakt van titel 7:14 BW betreffende de borgtocht, onderscheidt zogenoemde professionele borgtochten en particuliere borgtochten. Het volgt daarbij in wezen het in artikel 1:88 lid 1 sub c en lid 5 BW neergelegde systeem en is derhalve – óók volgens de Hoge Raad – relevant in het kader van de interpretatie van laatstgenoemde bepaling.<sup>6</sup> Uit de memorie van toelichting blijkt dat het begrip ‘normale uitoefening van het bedrijf’ de strekking heeft de werking van de uitzondering te beperken tot gevallen waarin een borgtocht wordt afgegeven ten behoeve van activiteiten die in voldoende mate samenhangen met de uitoefening van het bedrijf van de vennootschap. Verder wordt opgemerkt dat onder de uitzondering niet vallen (en derhalve als particuliere borgtochten kwalificeren) borgtochten die:

2. Zie o.m. HR 22 juni 1962, NJ 1963, 53; HR 2 juni 1978, NJ 1979, 126; en HR 31 mei 1991, NJ 1991, 777.  
3. Zie o.m. HR 22 september 1995, NJ 1996, 521.

4. Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 20.

5. Parl. Gesch. Inv. Boek I, p. 1191.

6. HR 14 april 2000, NJ 2000, 689 (Soetelieve/Stienstra), m.nt. WMK, r.o. 3.4.

‘(...) weliswaar door een bestuurder als hier bedoeld zijn aangegaan ten behoeve van de vennootschap, maar die van aanvang af zakelijke grondslag ontbeerden, bij voorbeeld omdat zij verband hielden met de financiering van handelingen die met de uitoefening van het bedrijf van de vennootschap onvoldoende van doen hadden’.<sup>7</sup>

De Hoge Raad heeft in 2000 met betrekking tot het begrip ‘normale bedrijfsuitoefening’ in gelijke zin overwogen:

‘Klaarblijkelijk is bedoeld dat de toestemming van de andere echtgenoot alleen dan niet is vereist indien de rechtshandeling waarvoor de in art. 1:88 lid 1 onder c bedoelde zekerheid wordt verstrekt zelf behoort tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van een bedrijf plegen te worden verricht’.<sup>8</sup>

De hiervoor aangehaalde passages maken voldoende duidelijk hoe het begrip ‘normale bedrijfsuitoefening’ uit lid 5 van artikel 1:88 BW moet worden opgevat: beoordeeld moet worden of de borgtocht in het belang is van het bedrijf van de vennootschap. Een borgtocht in verband met een financiering van een productiemiddel valt binnen de uitzondering en zal dus geen toestemming van de echtgenoot vergen. De garantstelling door de directeur/aandeelhouder ten behoeve van zijn zoon die een hypothecaire lening van de bank probeert te verkrijgen, valt erbuiten, waardoor toestemming wél is vereist. Meestal zal het criterium van het belang van het bedrijf derhalve probleemloos kunnen worden gehanteerd.

### Soetelieve/Stienstra: inperking van de uitzondering

In voornoemd arrest uit 2000 heeft de Hoge Raad geoordeeld over de uitzondering van lid 5 van artikel 1:88 BW. De litigieuze borgtocht was verleend in het kader van – en tegelijkertijd met – de verwerving door de borg van alle aandelen in een nagenoeg waardeloze vennootschap (de koopprijs bedroeg f 1) en strekte tot zekerheid van een reeds bestaande schuld van die vennootschap. Naar het oordeel van het hof was de borgtocht in dit geval niet ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van de BV verstrekt, aangezien:

1. de borgtocht werd verleend door de borg nadat deze alle aandelen in de vennootschap had overgenomen;
2. de vennootschap geen enkel reëel vermogen had; en
3. het niet om een gewone geldlening ging (waardoor de liquiditeit van de vennootschap zou zijn vergroot), maar om omzetting van een bestaande, waarschijnlijk onverhaalbare, vordering in een achtergestelde lening.

De Hoge Raad sluit zich, met expliciete verwijzing naar de drie genoemde factoren, aan bij de analyse van het hof.

7. Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 445.

8. HR 14 april 2000, NJ 2000, 689 (Soetelieve/Stienstra), m.nt. WMK, r.o.3.4.

In zijn noot betoogt Kleijn dat uit het arrest moet worden afgeleid dat alleen geldleningen die de liquiditeit van een onderneming vergroten, binnen de ‘normale bedrijfsuitoefening’ vallen. Daarnaast zou steeds van belang zijn dat de onderneming reëel vermogen heeft; geldleningen die worden verstrekt aan ondernemingen die niet levensvatbaar (blijken te) zijn, kwalificeren volgens Kleijn niet als ‘normale bedrijfsuitoefening’. In Asser-Van Schaick wordt hieraan nog toegevoegd dat de overeenkomst tot zekerheid waarvan de borgtocht strekt, een wezenlijk bedrijfsbelang moet dienen en aan de kernactiviteit van de onderneming dienstig moet zijn.<sup>9</sup>

Deze opvattingen berusten mijns inziens op een onjuiste lezing van het arrest en leiden tot een onwenselijke inperking van de uitzondering. Het arrest betreft een bijzonder geval. Algemeen geldende regels zijn er, met uitzondering van de ‘klaarblijkelijk-formule’ die ik in de vorige paragraaf citeerde, niet uit af te leiden. Met de opsomming van de relevante omstandigheden heeft de Hoge Raad willen aangeven dat het juist de combinatie van deze omstandigheden is die het oordeel van het hof rechtvaardigt. De afzonderlijke elementen lenen zich niet voor toepassing in andere situaties. Of een borgstelling als normale bedrijfsuitoefening moet worden beschouwd, dient te worden beoordeeld aan de hand van de wet en de wetsgeschiedenis, aangevuld met de ‘klaarblijkelijk-formule’.

### Commentaar

Ik keer terug naar het arrest van juli dit jaar. Het oordeel dat de borgtocht niet viel binnen de uitzondering in het vijfde lid van artikel 1:88 BW, was gebaseerd op twee omstandigheden:

1. De borgtocht werd aangegaan in verband met de omzetting van een bestaande rekening-courantschuld in een geldlening, zonder dat daardoor de liquiditeit van Abb werd vergroot.
2. De lening en de borgtocht maakten deel uit van een set maatregelen die Abb en de aan haar gelieerde vennootschappen weer financieel gezond moesten maken.

De eerste omstandigheid deed zich, zoals bekend, ook in Soetelieve/Stienstra voor. Zoals ik hiervoor reeds betoogde, valt uit dat arrest niet af te leiden dat het enkele feit dat een lening geen extra liquiditeit oplevert, ertoe leidt dat de lening niet binnen de ‘normale bedrijfsuitoefening’ als bedoeld in lid 5 van artikel 1:88 BW valt. Het onderhavige arrest geeft evenmin aanleiding tot een dergelijke conclusie, nu de Hoge Raad ook hier nadrukkelijk *alle* omstandigheden in aanmerking neemt. Het oordeel van het hof dat een lening als de onderhavige (een herfinanciering) de onderneming geen financieel voordeel oplevert, wordt *niet* door de Hoge Raad onderschreven. Het lijkt mij ook niet juist. Het financiële voordeel bestaat eruit dat de bank bereid blijft

9. Asser/Van Schaick 5-IV, Deventer: Kluwer 2004, nr. 223.

mee te werken aan het voortbestaan van de onderneming en afziet van het opzeggen van het krediet en het uitwinnen van haar zekerheden.

In aansluiting hierop geldt evenzeer dat wanneer een bank een borgtocht van de directeur/aandeelhouder verlangt als extra zekerheid voor een bestaande lening (dus buiten het kader van een herfinanciering), deze borgtocht wel degelijk voor de uitzondering in lid 5 in aanmerking kan komen. De tekst van de wet, noch de parlementaire toelichting, noch de uitleg die de Hoge Raad heeft gegeven, staat eraan in de weg dat een borgtocht in verband met een bestaande en reeds verstrekte lening niet voor de uitzondering in aanmerking komt. Vereist is uiteraard wel dat de lening was verstrekt ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van de betrokken vennootschap. Niettemin zal de praktijk er – gelet op de hier geschetste ontwikkelingen in de rechtspraak en de literatuur – de voorkeur aan moeten geven om in dergelijke situaties goedkeuring van de echtgenoot te verkrijgen.

Met betrekking tot de tweede omstandigheid merk ik op dat de Hoge Raad niet heeft geoordeeld dat borgtochten die worden verstrekt in het kader van een reddingsoperatie steeds buiten de uitzondering van lid 5 vallen. Het oordeel dat de borgtocht niet voor de uitzondering in aanmerking komt, is immers nadrukkelijk gebaseerd op beide genoemde omstandigheden. Voor borgtochten die weliswaar in het kader van een schuldsanering zijn aangegaan, maar zijn verstrekt voor een geldlening die de liquiditeit van de betrokken onderneming vergroot, kan het oordeel heel wel anders uitvallen.

Toch valt de beslissing om de borgtocht onder de gegeven omstandigheden niet onder de werking van lid 5 te laten vallen te betreuren. Het bijzondere van Soetelieve/Stienstra was dat de borg alle aandelen in een vennootschap verwierf en zich tegelijkertijd borg stelde voor de schulden van die vennootschap, zodat hij zich in één klap met een omvangrijke persoonlijke aansprakelijkheid opzadelde voor schulden van een vennootschap waarvan hij voorheen geen aandeelhouder was. Deze situatie deed zich hier niet voor. Abb was immers sinds jaar en dag de vennootschap waarin de enig aandeelhouder zijn consultancybedrijf had ondergebracht. Nadat Abb op enig moment in financieel woeliger vaarwater terecht kwam, moesten maatregelen worden genomen om te voorkomen dat het mis zou gaan. Een van die maatregelen was het veiligstellen van de kredietlijnen. De bank was hiertoe bereid gevonden, onder de voorwaarde dat de schuld werd geherstructureerd en extra zekerheden werden gesteld. Het is niet gewenst dat de echtgenoot in een dergelijke situatie het verstrekken van de borgtocht kan tegenhouden, waardoor het voortbestaan van de onderneming, die per slot van rekening een bron van inkomen voor het gezin zal zijn, mogelijk in gevaar wordt gebracht.<sup>10</sup>

### Conclusie

Lid 5 van artikel 1:88 BW bevat een uitzondering op het goedkeuringsvereiste uit lid 1 sub c van dat artikel: géén toestemming van de echtgenoot is vereist als een borgtocht wordt verstrekt door de bestuurder/groootaandeelhouder van een vennootschap voor de schulden van die vennootschap, mits de borgtocht strekt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap. In zijn arrest van 8 juli 2005 heeft de Hoge Raad deze uitzondering ten tweede male beperkt uitgelegd. In deze bijdrage is betoogd dat die beperkte uitleg niet past bij het doel en de strekking van artikel 1:88 lid 5 BW. In het licht van de huidige opvatting van de Hoge Raad lijkt het echter raadzaam om goedkeuring van de echtgenoot van de borg te verkrijgen in het geval dat een borgtocht wordt verstrekt in het kader van een herfinanciering waarbij geen nieuwe liquiditeiten worden verschafte, of ingeval de borgtocht als additionele zekerheid voor een bestaande schuld wordt verstrekt.

*Mr. J.F.H.M. Bartels  
NautaDutilh*

10. In vergelijkbare zin: Hof Den Bosch 3 juli 2000, NJ 2001, 342.