

Borgtocht aangaan ten behoeve van normale uitoefening bedrijf vennootschap?

Hoge Raad 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1220 (mrs. C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, T.H. Tanja-van den Broek, C.E. du Perron en C.H. Sieburgh; A-G mr. M.L.C.C. Lückers)

Verbintenissenrecht, huwelijksvermogensrecht. Vernietigbaarheid borgtochtvereenkomst wegens ontbreken toestemming echtgenote (art. 1:88 lid 1 onder c i.v.m. art. 1:89 lid 1 BW)? Reikwijdte uitzondering van artikel 1:88 lid 5 BW. Rechtshandeling ten behoeve van normale bedrijfsuitoefening?

De feiten¹

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

1 Verweerder is accountant. Op 30 mei 2006 zijn opgericht Acca Accountants en Adviseurs B.V. (hierna: Acca), A-Top Holding B.V. (hierna: A-Top Holding) en Stichting Administratiekantoor Focus (hierna: de Stichting). Enig aandeelhouder en bestuurder van Acca is A-Top Holding. Enig aandeelhouder van A-Top Holding is de Stichting. Enig bestuurder van A-Top Holding en van de Stichting is verweerder. Verweerder houdt de meerderheid van de door de Stichting uitgegeven certificaten van aandelen.

Het statutaire doel van Acca is blijkens artikel 2 van de akte van oprichting:

- ‘a. het uitoefenen van dienstverlening op het gebied van accountancy, belastingadvisering, consultancy en financiële dienstverlening in de meest ruime zin;
- b. het verwerven, beheren (waaronder mede wordt verstaan het beleggen) en vervreemden van aandelen in naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en van effecten in het algemeen, alsmede van registergoederen en andere vermogensbestanddelen;
- c. het oprichten en verwerven van, het deelnemen in, het samenwerken met, het voeren van het bestuur over, alsmede het (doen) financieren van andere ondernemingen, in welke rechtsvorm ook;
- d. het verlenen van managementdiensten en het aangaan van managementovereenkomsten;
- e. het sluiten en uitvoeren van lijfrente-overeenkomsten;
- f. het overeenkomen, uitvoeren en beheren van pensioenregelingen;
- g. het verstrekken en aangaan van geldleningen, het stellen van zekerheden, ook voor schulden van anderen;
- h. het verrichten van al hetgeen met het vorenstaande verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn, alles in de ruimste zin.’

2 Rabobank is in januari 2007 met Acca een financierings- en kredietovereenkomst aangegaan.

3 Verweerder heeft zich bij onderhandse akte van 11 januari 2007 borg gesteld tegenover Rabobank voor de betaling van al hetgeen Rabobank blijkens haar administratie van Acca te vorderen heeft of mocht hebben. Het bedrag waarvoor verweerder uit hoofde van deze borgstelling kan worden aangesproken, is beperkt tot €350.000,-.

¹ Ontleend aan punt 3.1 (onder *Beoordeling van het middel*) van het arrest van de Hoge Raad.

4 Met de in januari 2007 door Rabobank verstrekte financiering heeft Acca zich ingekocht in de maatschap A (hierna: A). Vanaf dat moment heeft verweerder zijn werk als accountant binnen die groep uitgeoefend.

5 In maart 2011 heeft een herfinanciering plaatsgevonden, waarbij Rabobank een geldlening van €350.000,- en een krediet van €85.000,- aan Acca en A-Top Holding heeft verstrekt. A-Top Holding is naast Acca hoofdelijk aansprakelijk jegens Rabobank voor deze financiering.

6 In de financieringsovereenkomst van maart 2011 is onder meer het volgende bepaald: 'De bestaande zekerheden blijven gehandhaafd en strekken ook tot zekerheid voor de aangeboden financiering(en).'

7 A is in ernstige financiële problemen geraakt nadat haar grootste cliënt in 2012 failliet was gegaan. Acca is per 31 december 2013 ontbonden en uitgeschreven uit het handelsregister.

8 Wegens de ontbinding van Acca heeft Rabobank de financieringsovereenkomst bij brief van 3 februari 2014 opgezegd en de gehele financiering opgeëist. Tevens heeft zij verweerder op grond van zijn borgstelling tot betaling van een bedrag van €350.000,- aangesproken.

9 Bij brief van 24 juni 2014 heeft de echtgenote van verweerder de door verweerder op 11 januari 2007 gesloten borgtochtovereenkomst vernietigd op grond van artikel 1:89 BW wegens het ontbreken van haar toestemming als bedoeld in artikel 1:88 BW.

Het geding in feitelijke instanties²

Voor zover in cassatie van belang, heeft Rabobank gevorderd om verweerder te veroordelen op grond van de borgtochtovereenkomst aan haar een bedrag van €350.000,- in hoofdsom te betalen. De rechtbank heeft de vordering afgewezen.

Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Het heeft geoordeeld dat het aangaan van de financiering ten behoeve van de inkoop van Acca in A om verweerder in staat te stellen zijn beroep als accountant in A uit te oefenen, niet als een rechtshandeling ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van Acca kan worden beschouwd. Het heeft in dit verband overwogen:

'5.7 De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3606, onder verwijzing naar zijn arrest van 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5526, overwogen dat uit de ontstaansgeschiedenis van artikel 1:88 lid 5 (destijds lid 4) BW naar voren komt dat de wetgever in het kader van de in artikel 1:88 BW geregelde materie het beginsel van de gezinsbescherming belangrijk achtte en dat hij daarop weliswaar een uitzondering heeft gemaakt door lid 5 toe te voegen, doch daarbij met de woorden 'mits zij geschiedt ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van die vennootschap' een wezenlijke beperking heeft beoogd. De toestemming van de andere echtgenoot is alleen dan niet vereist indien de rechtshandeling waarvoor de in artikel 1:88 lid 1 aanhef en onder c BW bedoelde zekerheid wordt verstrekt zelf behoort tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van een bedrijf plegen te worden verricht.

5.8 Het hof stelt in dit verband voorop dat tussen partijen niet in geschil is dat verweerder ter uitoefening van zijn beroep als accountant binnen A een juridische structuur heeft opgezet met Acca als werkmaatschappij. Door middel van Acca heeft verweerder zich ingekocht in A en bij Rabobank de daarvoor benodigde gelden geleend. Het doel van Acca is blijkens haar statuten in de eerste plaats (a) het uitoefenen van dienstverlening op het gebied van accountancy, belastingadviesing, consultancy en financiële dienstverlening in de meest ruime zin. De overige doelstellingen (b t/m h) kunnen niet los worden gezien van de primaire doelstelling, maar houden daarmee verband of kunnen daartoe bevorderlijk zijn. Het hof is dan ook van oordeel dat het voor de

² Ontleend aan de punten 3.2.1 en 3.2.2 (onder *Beoordeling van het middel*) van het arrest van de Hoge Raad.

beantwoording van de vraag wat behoort tot de normale bedrijfsuitoefening van Acca bepalend is wat behoort tot de normale bedrijfsuitoefening van een accountant.

5.9 Het aangaan van een bankkrediet door een accountant zal doorgaans als een normale bedrijfshandeling kunnen worden aangemerkt wanneer het gaat om een gewone geldlening ter financiering van zaken als kantoorinrichting of een vervoersmiddel of ter vergroting van liquiditeiten. De vraag ligt voor of dat ook geldt voor het aangaan van een krediet als het onderhavige van €350.000,- ten behoeve van de bij intreding in de maatschap ineens te betalen goodwill-som, waarmee het recht werd verworven om te delen in toekomstige winsten van die maatschap. Dienaangaande overweegt het hof het volgende.

5.10 Het beroep van accountant kan, zoals ook verweerder heeft betoogd, op verschillende manieren worden uitgeoefend. Zo kan een accountant in loondienst werken of als zelfstandige het beroep uitoefenen in de vorm van een eenmanszaak of door middel van een besloten vennootschap. Ook kan hij in maatschapsverband werken al dan niet door middel van een besloten vennootschap. Toetreding tot een bestaande maatschap kan bovendien op verschillende manieren plaatsvinden. Naast inkoop in een maatschap door betaling van een bedrag (goodwill-som) ineens, is één of andere vorm van een inklimregeling/inverdienregeling alleszins gebruikelijk.

5.11 Het hof is, gelet op hetgeen hiervoor in rechtsoverweging 5.10 is overwogen en mede gezien de gezinsbeschermingsgedachte die ten grondslag ligt aan artikel 1:88 lid 1 BW en die dwingt tot een restrictieve uitleg van de uitzondering van lid 5, van oordeel dat het aangaan van de in het geding zijnde financiering ten behoeve van de inkoop in een maatschap door betaling van een goodwill-som van €350.000,- ineens, niet kan worden aangemerkt als een rechtshandeling die kenmerkend is in die zin dat zij ten behoeve van de normale uitoefening van het beroep van accountant gebruikelijk is. Dit brengt mee dat op grond van artikel 1:88 lid 1 aanhef en onder c BW de toestemming van de echtgenote van verweerder vereist was en dat zij, nu deze toestemming niet was verleend, de borgtocht heeft kunnen vernietigen.

5.12 Het onder grief 1 verwoorde bewijsaanbod zal het hof passeren, nu dat aanbod niet ter zake dienend is.'

Het cassatiemiddel³

Onderdeel 1.2 van het middel betoogt dat het hof in r.o. 5.11 heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting of zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd, door bij de beoordeling van de vraag of de rechtshandeling is geschied ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening in de zin van artikel 1:88 lid 5 BW, beslissend te achten of de rechtshandeling kenmerkend is voor het beroep van accountant. Voorts getuigt het oordeel van het hof in r.o. 5.11 in verbinding met r.o. 5.10 volgens het onderdeel van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot het begrip 'ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening' in de zin van artikel 1:88 lid 5 BW. Voor het antwoord op de vraag of een bepaalde rechtshandeling geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van een vennootschap, is niet beslissend of voor het doel waarvoor die rechtshandeling is aangegaan, alternatieven bestaan.

Onderdeel 1.3 doet een beroep op de volgende stellingen die door Rabobank zijn aangevoerd en door het hof niet onjuist zijn bevonden: (1) dat de financieringsovereenkomst door Acca is aangegaan om zich te kunnen inkopen in A en de financiering ook voor dat doel is aangewend, terwijl het aangaan van een financieringsovereenkomst met dat doel in wezen de enige functie van Acca was; (2) dat, hoewel de financiering een substantieel bedrag betrof, het hierbij niet ging om een financiering met een verhoogd kredietrisico; (3) dat A zich, toen de financiering in 2007 werd aangetrokken, nog niet in financiële problemen bevond; en (4) dat

³ Ontleend aan punt 3.3.1 (onder *Beoordeling van het middel*) van het arrest van de Hoge Raad.

de financiering daadwerkelijk ten goede is gekomen aan Acca (en dus indirect ook aan verweerder) en door de financiering de liquiditeiten van Acca werden vergroot. Het hof heeft in r.o. 5.8-5.11 deze stellingen ten onrechte niet betrokken bij de beoordeling van de vraag of de rechtshandeling is geschied ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening in de zin van artikel 1:88 lid 5 BW, aldus het onderdeel.

Beoordeling van het middel door de Hoge Raad

De Hoge Raad beoordeelt het middel als volgt.

‘3.3.2 Volgens art. 1:88 lid 1, aanhef en onder c, BW heeft een echtgenoot de toestemming van de andere echtgenoot voor een overeenkomst waarbij hij zich, anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf, als borg verbindt. Art. 1:88 lid 5 BW bepaalt dat de toestemming voor het verrichten van een rechtshandeling als bedoeld in art. 1:88 lid 1, onder c, BW niet is vereist indien die rechtshandeling wordt verricht door een bestuurder van een naamloze vennootschap of van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen houdt en mits die rechtshandeling geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap. In de parlementaire geschiedenis is de in art. 1:88 lid 5 BW bedoelde uitzondering op het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1, aanhef en onder c, BW onder meer als volgt toegelicht:

‘Lid 4 [thans lid 5] wijzigt de vrijstelling van het vereiste der toestemming, die artikel 88 lid 1 onder c thans bevat voor borgstellingen en dgl. die <<in de uitoefening van een beroep of bedrijf>> worden gegeven. In de rechtspraak wordt deze vrijstelling thans zeer beperkt uitgelegd (...). Een beperkte uitleg valt in het belang van de andere echtgenoot in beginsel toe te juichen, omdat garanties ten behoeve van derden uitzonderlijke en gevaarlijke handelingen plegen te zijn. Echter bestaat er aanleiding toe voor één categorie uitzondering te maken. 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 handelingen 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 [thans lid 5] 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.’ (Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 20).

En:

‘Artikel 88 lid 4. Ter inleiding van de beantwoording der vragen waartoe deze bepaling aanleiding geeft, wil ik opmerken dat zij in het bijzonder van belang is voor middenstandsbedrijven in de rechtsvorm van een BV. Een middenstandsonderneming is zonder bankkrediet nauwelijks te drijven. Wordt zij gedreven in de vorm van een eenmanszaak of een vennootschap onder firma, dan pleegt de bank allerlei zakelijke zekerheid te bedingen, doch bovendien is de eigenaar der zaak, resp. zijn de vennoten, tegenover de bank ook volledig persoonlijk aansprakelijk. Door oprichting van, vaak <<omzetting>> van een bestaand bedrijf in, een BV valt die persoonlijke aansprakelijkheid weg. Voor haar bereidheid tot kredietverlening pleegt de bank dan ook in zulk een geval 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. Daarbij moet worden gedacht dat de keuze van de rechtsvorm der onderneming niet of slechts in geringe mate met het oog op de gevolgen voor het huwelijksvermogensrecht wordt bepaald, maar veeleer door commerciële of fiscale overwegingen.’ (Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 35).

Vgl. ook de memorie van toelichting bij art. 7:857 BW, Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 444-445, waar in aanvulling op het voorgaande is opgemerkt:

‘Men lette erop dat de bepaling in dit verband spreekt van de ‘normale’ uitoefening van het bedrijf. Aldus wordt aangegeven dat de onderhavige afdeling wél van toepassing is op borgtochten die weliswaar door een bestuurder als hier bedoeld zijn aangegaan ten behoeve van de vennootschap, maar die van de aanvang af zakelijke grondslag ontbeerden, bij voorbeeld omdat zij verband hielden met de financiering van handelingen die met de uitoefening van het bedrijf van een vennootschap onvoldoende van doen hadden.’

Het voorgaande betekent volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad niet dat bij borgstelling voor bankkredieten de uitzondering op het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 5 BW in beginsel steeds van toepassing is. De maatstaf voor de toepasselijkheid van art. 1:88 lid 5 BW is 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 (vgl. HR 8 juli 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2632, NJ 2006/96, rov. 3.5; HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3606, NJ 2016/29, rov. 4.2).

3.3.3 Verweerder heeft zich als enig middellijk bestuurder van Acca borg gesteld opdat Acca financiering zou verkrijgen teneinde zich te kunnen inkopen in A, waardoor verweerder zijn werk als accountant binnen A kon uitoefenen. Gelet op hetgeen hiervoor in 3.3.2 is overwogen, diende het hof te onderzoeken of de lening waarvoor verweerder zich aldus borg stelde, behoort tot de rechtshandelingen die ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van Acca plegen te worden verricht. In dat verband zijn de in onderdeel 1.3 genoemde en hiervoor in 3.3.1 vermelde stellingen van belang, waarin besloten ligt dat de financiering was vereist om Acca in staat te stellen haar normale bedrijfsuitoefening te ontplooiën, dat de financiering een normale bedrijfshandeling was, en dat aan deze financiering geen bijzonder risico verbonden was. Het hof had een en ander in zijn beoordeling dienen te betrekken. Voorts is niet van belang dat er voor verweerder nog andere manieren waren om zijn beroep als accountant uit te oefenen en dat inkoop in een bestaande maatschap ook op een andere wijze kan plaatsvinden. Door te oordelen dat, mede gelet op het bestaan van die andere manieren, het aangaan van de in het geding zijnde financiering ten behoeve van de inkoop in een maatschap door betaling van een goodwill-som van €350.000,- ineens, niet kan worden aangemerkt als een rechtshandeling die kenmerkend is in die zin dat zij ten behoeve van de normale uitoefening van het beroep van accountant gebruikelijk is en door daarbij geen kenbare aandacht te besteden aan de in onderdeel 1.3 genoemde stellingen, heeft het hof dan ook ofwel een te strenge maatstaf aangelegd, ofwel zijn oordeel niet naar behoren gemotiveerd. De onderdelen 1.2 en 1.3 zijn dus gegrond.

3.4 Het hiervoor in 3.3.3 overwogene brengt mee dat ook onderdeel 2, dat gericht is tegen het passeren in rov. 5.12 van het bewijsaanbod van Rabobank, slaagt.

3.5 Onderdeel 1.1 kan niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.’

De beslissing van de Hoge Raad

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 9 mei 2017 en verwijst het geding naar het Gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing.

Noot

1 Inleiding

De stroom jurisprudentie over de toepassing van het toestemmingsvereiste van artikel 1:88 BW – in het bijzonder lid 1 onder c en lid 5 van dit artikel – blijft maar aanhouden. In deze annotatie ga ik eerst in op de artikelen 1:88 en 89 BW in het algemeen, waarbij ik ook

antwoord geef op de vraag of het toestemmingsvereiste nog wel van deze tijd is. Vervolgens bespreek ik dit vereiste in het kader van het onderhavige geval, waarbij ik in het bijzonder aandacht besteed aan r.o. 3.3.3 van het arrest van de Hoge Raad, waarin hij – naar het lijkt – neigt naar een iets soepeler toepassing van de uitzondering op het toestemmingsvereiste van artikel 1:88 lid 1 aanhef en onder c en lid 5 BW. Ik sluit af met een advies voor banken en andere financiële instellingen.

2 Beperking van handelingsbevoegdheid

Het toestemmingsvereiste van artikel 1:88 BW beperkt de handelingsbevoegdheid van echtgenoten en ook die van geregistreeerde partners, maar niet die van ongehuwde en ongeregistreeerde samenwoners. Het huwelijks- of partnerschapsvermogensregime (wettelijke gemeenschap van goederen dan wel huwelijkse voorwaarden of partnerschapsvoorwaarden in afwijking hiervan) doet er niet toe. Titel 1.6 BW geldt voor alle niet van tafel en bed gescheiden echtgenoten (art. 1:92a BW) en voor alle geregistreeerde partners (art. 1:80b BW). Een dergelijke beperking vormt een inbreuk op het algemene vermogensrecht en behoort om die reden eng te worden uitgelegd. Het toestemmingsvereiste ziet op vier belangrijke categorieën rechtshandelingen, opgesomd in de onderdelen a tot en met d van artikel 1:88 lid 1 BW. Kort samengevat gaat het om bepaalde rechtshandelingen die betrekking hebben op het woonmilieu van de echtgenoten (onderdeel a), bepaalde giften (onderdeel b), het zich onder bepaalde omstandigheden als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbinden, het zich voor een derde sterk maken of het zich tot zekerheidstelling voor een schuld van een derde verbinden (onderdeel c) en bepaalde overeenkomsten van goederenkrediet als bedoeld in artikel 7:84 BW (onderdeel d). De onderdelen a en c zijn voor de rechtspraak het belangrijkste en deze zijn dan ook in de jurisprudentie het best vertegenwoordigd.⁴ De niet-handelende echtgenoot die toestemming verleent, completeert de bij de handelende echtgenoot ontbrekende handelingsbevoegdheid, maar wordt geen partij bij de door laatstgenoemde echtgenoot verrichte rechtshandeling (anders had de wetgever wel de term ‘medewerking’ gebruikt, hetgeen hij bewust niet heeft gedaan).⁵ Ontbreekt de toestemming van een echtgenoot, dan kan deze de door de andere echtgenoot verrichte rechtshandeling binnen drie jaar vernietigen (art. 1:89 lid 1 i.v.m. art. 3:52 lid 1 aanhef en onder d BW). In dit geval heeft de echtgenote van verweerder de borgtocht van 2007 pas in 2014 wegens het ontbreken van haar toestemming vernietigd. Was zij dan niet te laat? Dit hoeft niet het geval te zijn. Het gaat erom op welk tijdstip de vernietigingsbevoegdheid haar ‘ten dienste is komen te staan’ in de zin van artikel 3:52 lid 1 onder d slot BW. Wellicht is de echtgenote van verweerder pas een aantal jaren nadat verweerder de borgtocht was aangegaan, hiervan op de hoogte gekomen en is dus pas toen de termijn voor vernietiging gaan lopen. Over deze vernietigingsproblematiek – inclusief het tijdstip waarop de termijn voor vernietiging ingaat –

⁴ Zie hierover uitvoerig A.J.M. Nuytinck, *Bevoegdheid van echtgenoten in het huwelijksvermogensrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1987, p. 126-174 (hierna: Nuytinck 1987) en A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1), Deventer: Wolters Kluwer 2018/103-111 (hierna: Nuytinck 2018).

⁵ Zie Nuytinck 1987, p. 131.

bestaat de nodige jurisprudentie van de Hoge Raad, vooral in het kader van enkele *Dexia*-procedures.⁶

Zowel in de parlementaire geschiedenis van artikel 1:88 BW als in de jurisprudentie hierover komt men regelmatig de opmerking tegen dat het hier gaat om ‘gezinsbescherming’. Zelf probeer ik deze term altijd te vermijden, omdat hij suggereert dat er sprake moet zijn van een gezin, hetgeen beslist niet het geval is. Het hangt er natuurlijk van af wat men onder ‘gezin’ verstaat, maar tegenwoordig is de volgende definitie vrij gangbaar geworden: ‘Elk leefverband van één of meer volwassenen die verantwoordelijkheid dragen voor de verzorging en opvoeding van één of meer kinderen’.⁷ Voor de toepassing van artikel 1:88 BW is de aanwezigheid van één of meer kinderen echter niet vereist, zodat het onjuist is dit artikel een bepaling van gezinsbescherming te noemen, zoals de Hoge Raad laatstelijk nog deed in 2015.⁸ Het gaat in dit artikel uitsluitend om de bescherming van de echtgenoten en van de geregistreerde partners tegen zichzelf en tegen elkaar.⁹

Artikel 1:88 BW is, zoals de meeste andere bepalingen van titel 1.6 BW, van dwingend recht, zodat men hiervan bij huwelijkse voorwaarden of partnerschapsvoorwaarden niet rechtsgeldig kan afwijken (art. 3:40 lid 2 aanhef BW). De twee uitzonderingen op deze hoofdregel treft men aan in de artikelen 1:84 lid 3 en 87 lid 4 eerste volzin BW, waarin dus sprake is van regelen of aanvullend recht.

De laatste tijd hoor ik regelmatig de stelling verkondigen dat artikel 1:88 BW niet meer van deze tijd is en zou moeten worden afgeschaft.¹⁰ Ik ben het hiermee absoluut niet eens. Het is naar mijn mening zeker gerechtvaardigd de handelingsbevoegdheid van echtgenoten en geregistreerde partners tot op zekere hoogte te beperken, mede gelet op de ratio van het toestemmingsvereiste, te weten de bescherming van de echtgenoten en van de geregistreerde partners tegen zichzelf en tegen elkaar. Het moet dan wél om maatschappelijk belangrijke rechtshandelingen gaan, hetgeen zeker het geval is in de huidige opsomming van de onderdelen a tot en met d in artikel 1:88 lid 1 BW. Hierbij is het van groot belang de grenzen van dit artikel in acht te nemen: zijn inhoud moet niet verder worden opgerekt dan met het oog op de genoemde bescherming noodzakelijk is, waarbij ook de bescherming van

⁶ Zie de jurisprudentie van de Hoge Raad, aangehaald door Nuytinck 2018/109, voetnoot 48, in het bijzonder HR 28 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO6106 (concl. plv. P-G C.L. de Vries Lentsch-Kostense), *NJ* 2012/603, m.nt. H.J. Snijders (*Dexia IV*).

⁷ Kabinetsnotitie over de maatschappelijke positie en de functie van het gezin, *Kamerstukken II* 1995/96, 24887, 1, p. 1. Ook de Staatscommissie Herijking Ouderschap heeft deze definitie omarmd in haar rapport *Kind en ouders in de 21^{ste} eeuw*, Den Haag: Xerox/OBT 2016, p. 561.

⁸ HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3606 (concl. A-G L. Timmerman), *NJ* 2016/29; *JOR* 2016/106, m.nt. R.I.V.F. Bertrams; *JPF* 2017/3, m.nt. B.E. Reinhart (*overbruggingskrediet aangegaan ten behoeve van normale uitoefening bedrijfsvennootschap?*), r.o. 4.2. Ook in het onderhavige geval spreekt het hof in r.o. 5.7 en 5.11 van zijn arrest over ‘gezinsbescherming’ respectievelijk ‘gezinsbeschermingsgedachte’.

⁹ Zie Nuytinck 2018/103.

¹⁰ Zowel collega-wetenschappers als praktijkjuristen, in het bijzonder advocaten, notarissen en juristen bij banken en andere financiële instellingen, hebben zich tegenover mij regelmatig in deze zin uitgelaten zonder dat ik in dit verband concrete publicaties kan noemen. Wel kan men zich afvragen of de opsomming van rechtshandelingen in art. 1:88 lid 1 BW niet enigszins arbitrair is, nu het op zijn minst merkwaardig kan worden genoemd dat het aangaan van een overeenkomst van geldlening in de zin van art. 7:129-129f BW – anders dan het stellen van goederenrechtelijke en/of persoonlijke zekerheid hiervoor (zie immers art. 1:88 lid 1 aanhef en onder a en c BW) – in deze opsomming ontbreekt. In dat opzicht ben ik wél kritisch ten aanzien van de omvang van deze opsomming. Denkbaar is om geldleningen die een bedrag van bijvoorbeeld €10.000,- te boven gaan, aan het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1 BW te onderwerpen.

wederpartij en derden – ruimer: de bescherming van het handelsverkeer, nog ruimer: de bescherming van het rechtsverkeer – een rol van betekenis speelt. Ik vind dat de wetgever in de artikelen 1:88 en 89 BW het juiste evenwicht heeft gevonden tussen de bescherming van de echtgenoten en van de geregistreerde partners tegen zichzelf en tegen elkaar enerzijds en de bescherming van het rechtsverkeer anderzijds. Laatstgenoemde bescherming komt allereerst tot uitdrukking in artikel 1:88 lid 1 onder c BW in de passage ‘anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf’, vervolgens in artikel 1:88 lid 1 onder d BW in de passage ‘behalve indien zij zaken betreffen die kennelijk uitsluitend of hoofdzakelijk ten behoeve van de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf strekken’, daarna in artikel 1:88 lid 5 BW in de passage ‘mits zij geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap’ (waarbij ‘ten behoeve van’ – zowel in onderdeel d als in lid 5 – soepeler is dan ‘in’) en ten slotte in artikel 1:89 lid 2 BW, dat ervoor zorgt dat andere rechtshandelingen dan giften waarvoor geen toestemming is verleend, definitief geldig en onaantastbaar zijn indien de wederpartij te goeder trouw was. Mijn conclusie is dat het hier gaat om een zorgvuldig en evenwichtig samengesteld bouwwerk, waarin recht wordt gedaan aan zowel de bescherming van de echtgenoten en van de geregistreerde partners als de bescherming van het rechtsverkeer.

Ik zou nog een stap verder willen gaan en ervoor willen pleiten dat de wetgever de artikelen 1:88 en 89 BW niet alleen handhaaft, maar ook van overeenkomstige toepassing verklaart op ongehuwde en ongeregistreerde samenwoners met een gemeenschappelijke huishouding en een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst, analoog aan de regeling van de niet-opeisbaarheidsclausule ter zake van de legitieme portie (art. 4:82 tweede volzin slot BW).

3 Normale beroeps- of bedrijfsuitoefening

Over artikel 1:88 lid 1 aanhef en onder c en lid 5 BW is al ontzettend veel geschreven, niet alleen in de hand- en studieboeken betreffende het huwelijksvermogensrecht, maar ook in die betreffende het ondernemingsrecht, hetgeen begrijpelijk is, nu wij ons hier bevinden op de grens van de beide rechtsgebieden. Daarnaast kunnen uiteraard de vele annotaties, tijdschriftartikelen en bijdragen aan feestbundels hierover worden genoemd. In dit verband volsta ik – mede om overbodige herhalingen te voorkomen – met een verwijzing naar het vrij recente en uitstekende overzichtsartikel van Smelt, waarin hij veel relevante jurisprudentie (niet alleen van de Hoge Raad, maar ook van enkele gerechtshoven), literatuur en parlementaire geschiedenis over met name de normale bedrijfsuitoefening van artikel 1:88 lid 5 BW heeft verwerkt.¹¹ Hij concludeert terecht dat er geen duidelijkheid bestaat omtrent het toepassingsbereik van de uitzondering van artikel 1:88 lid 5 BW. Ook de recente jurisprudentie over deze bepaling biedt de rechtspraak volgens hem onvoldoende houvast. Hij neemt zelfs het woord ‘rechtsonzekerheid’ in de mond.¹²

De vraag is nu of de Hoge Raad in het onderhavige arrest van 2018 deze rechtsonzekerheid geheel of gedeeltelijk heeft laten verdwijnen. Een klein beetje, zou ik zeggen. Het is opvallend dat de Hoge Raad in r.o. 3.3.2 van zijn arrest de parlementaire geschiedenis van artikel 1:88 lid 1 aanhef en onder c en lid 5 BW zeer uitvoerig citeert, en wel in drie passages:

¹¹ Zie A.A.J. Smelt, *WPNR* 2017, afl. 7166, p. 785-792.

¹² Zie A.A.J. Smelt, *WPNR* 2017, afl. 7166, p. 792 en voetnoot 44 aldaar.

twee passages over artikel 1:88 BW en één passage over artikel 7:857 BW, waarin de particuliere borgtocht wordt gedefinieerd, dat is de borgtocht die is 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 der aandelen heeft.¹³ R.o. 3.3.2 bevat dan ook niets nieuws, maar van belang is wél dat de Hoge Raad aan het slot van deze rechtsoverweging benadrukt dat het voorgaande – dat zijn de drie geciteerde passages uit de parlementaire geschiedenis – volgens zijn vaste rechtspraak niet betekent dat bij borgstelling voor bankkredieten de uitzondering op het toestemmingsvereiste van artikel 1:88 lid 5 BW in beginsel steeds van toepassing is. De maatstaf voor de toepasselijkheid van laatstgenoemde bepaling is volgens de Hoge Raad 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, waarbij hij verwijst naar zijn jurisprudentie van 2005 en 2015.¹⁴

Ik wijs erop dat de door de Hoge Raad genoemde ‘rechtshandeling waarvoor de zekerheid wordt verstrekt’ het aangaan van de onderhavige lening en niet de borgtocht zelf betreft. De borgtocht is immers de verstrekking van de (persoonlijke) zekerheid. De zienswijze van de Hoge Raad in de aangehaalde jurisprudentie staat volgens mij toch op enigszins gespannen voet met de tekst van artikel 1:88 lid 1 aanhef en onder c en lid 5 BW. In onderdeel c van artikel 1:88 lid 1 BW is wel degelijk aan de orde (onder andere) dat een echtgenoot, anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf, zich als borg verbindt. De borgtocht is ‘een rechtshandeling als bedoeld in lid 1 onder c’ in de zin van artikel 1:88 lid 5 aanhef BW. In de slotpassage van artikel 1:88 lid 5 BW, ‘mits zij geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap’, slaat ‘zij’ terug op de in de aanhef van artikel 1:88 lid 5 BW genoemde rechtshandeling, in dit geval de borgtocht. De wetgever stelt dus als voorwaarde voor de toepassing van de uitzondering op het toestemmingsvereiste dat de borgtocht (dus niet de lening) geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap, terwijl de Hoge Raad als voorwaarde stelt dat de lening zelf (dus niet de borgtocht tot zekerheid hiervan) geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap. Dit wringt toch enigszins, maar de jurisprudentie van de Hoge Raad hierover kan inmiddels constant en vast worden genoemd. Komt het tot vernietiging, zoals in het onderhavige geval, dan wordt niet de lening, maar de borgtocht vernietigd. De zonder toestemming van de niet-handelende echtgenote van verweerder aangegane borgtocht wordt door haar vernietigd op grond van artikel 1:89 lid 1 BW.

Het nieuwe element is volgens mij gelegen in r.o. 3.3.3 van het arrest van de Hoge Raad. Ik denk (maar ik weet het niet zeker) dat hij neigt naar een iets soepeler toepassing van de uitzondering op het toestemmingsvereiste van artikel 1:88 lid 1 aanhef en onder c en lid 5

¹³ Zie over het onderscheid tussen particuliere en professionele borg G.J.L. Bergervoet, *Borgtocht* (diss. Nijmegen, Serie Onderneming en Recht nr. 84), Deventer: Kluwer 2014/68-69. Zie ook Nuytinck 2018/107-108.

¹⁴ HR 8 juli 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2632 (concl. P-G A.S. Hartkamp), *NJ* 2006/96; *JOR* 2005/233, m.nt. A.J. Verdaas; *JPF* 2006/24, m.nt. B.E. Reinhartz, r.o. 3.5 en HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3606 (concl. A-G L. Timmerman), *NJ* 2016/29; *JOR* 2016/106, m.nt. R.I.V.F. Bertrams; *JPF* 2017/3, m.nt. B.E. Reinhartz (*overbruggingskrediet aangegaan ten behoeve van normale uitoefening bedrijf vennootschap?*), r.o. 4.2.

BW. Het gaat erom dat het hof diende te onderzoeken of de lening waarvoor verweerder zich borg stelde, behoort tot de rechtshandelingen die ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van Acca plegen te worden verricht. In dat verband zijn volgens de Hoge Raad de in onderdeel 1.3 van het cassatiemiddel genoemde en hierboven (onder *Het cassatiemiddel*) vermelde vier stellingen van belang. Hierin ligt besloten, aldus de Hoge Raad, dat de financiering was vereist om Acca in staat te stellen haar normale bedrijfsuitoefening te ontplooien, dat de financiering een normale bedrijfshandeling was en dat aan deze financiering geen bijzonder risico was verbonden. Het hof heeft geoordeeld dat het aangaan van de in het geding zijnde lening niet kan worden aangemerkt als een rechtshandeling die kenmerkend is in die zin, dat zij ten behoeve van de normale uitoefening van het beroep van accountant gebruikelijk is. Verder heeft het hof geen kenbare aandacht besteed aan de in onderdeel 1.3 van het cassatiemiddel genoemde vier stellingen. Daardoor heeft het hof dan ook volgens de Hoge Raad ofwel een te strenge maatstaf aangelegd, ofwel zijn oordeel niet naar behoren gemotiveerd.

Het is met name de vermelding van ‘een te strenge maatstaf’, die mij voorzichtig doet concluderen dat de Hoge Raad wellicht iets soepeler is geworden ten aanzien van de toepassing van de in artikel 1:88 lid 5 BW voorkomende passage ‘ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap’ als uitzondering op het toestemmingsvereiste van artikel 1:88 lid 1 aanhef en onder c BW. Ik acht het dan ook geenszins ondenkbaar dat het Bossche hof waarnaar het geding is verwezen, gelet op de vier in onderdeel 1.3 van het cassatiemiddel genoemde stellingen, gaat beslissen dat de uitzondering op het toestemmingsvereiste onder de gegeven omstandigheden inderdaad van toepassing is.

4 Advies voor de rechtspraak, in het bijzonder voor banken en andere financiële instellingen

Juist omdat tevoren bijna nooit duidelijk is of in een concreet geval de hoofdregel van artikel 1:88 lid 1 aanhef en onder c BW dan wel de uitzondering van artikel 1:88 lid 5 BW van toepassing is, doen banken er verstandig aan – nadat zij hebben onderzocht of hun wederpartij een huwelijk of geregistreerd partnerschap is aangegaan – voor de zekerheid toch maar altijd van de handelende echtgenoot of geregistreerde partner te verlangen dat deze de toestemming van de andere echtgenoot of geregistreerde partner vraagt. Banken krijgen nu eenmaal in de rechtspraak het meest te maken met het toestemmingsvereiste van artikel 1:88 lid 1 aanhef en onder c BW en een beroep op goede trouw in de zin van artikel 1:89 lid 2 BW – ingeval toestemming ontbreekt – slaagt in de praktijk zelden of nooit, mede gelet op de zeer strenge jurisprudentie van de Hoge Raad hierover.¹⁵ Waarom onnodig risico nemen? Gewoon altijd toestemming vragen!

Verkeert laatstgenoemde echtgenoot of geregistreerde partner door – fysieke of geestelijke – afwezigheid of een andere oorzaak in de onmogelijkheid zijn wil te verklaren of verleent hij

¹⁵ Zie HR 15 december 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC5653 (concl. A-G Th.B. ten Kate), *NJ* 1979/427, m.nt. E.A.A. Luitjen; *AA* 1979, afl. 5, p. 264-268, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Maastrichtse woning II*) en A.J.M. Nuytink, ‘Bescherming van vertrouwen in het familie(vermogens)recht’, in: S.E. Bartels, C.J.H. Jansen, B.A. Schuijling & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Vertrouwen in het burgerlijke recht* (Kortmann-bundel, Serie Onderneming en Recht nr. 100), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 355-372, in het bijzonder p. 361-366.

zijn toestemming niet (waaronder een weigering van toestemming is begrepen), dan kan de handelende echtgenoot of geregistreerde partner altijd nog vervangende toestemming van de rechtbank vragen op grond van artikel 1:88 lid 6 BW. Dat is de veiligste weg voor banken en zo lopen zij in de praktijk het minste risico op vernietigbaarheid van de rechtshandeling (meestal een borgstelling voor een door de bank verstrekte geldlening). Ook na het onderhavige arrest van 2018 bestaat namelijk nog steeds geen absolute duidelijkheid over het antwoord op de vraag wanneer de hoofdregel dan wel de uitzondering van toepassing is. Ik ben heel benieuwd naar het arrest van het Bossche hof.