

<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2018:1220>

1. Deze uitspraak gaat over de vraag of de echtgenoot toestemming van de andere echtgenoot nodig had om zich borg te stellen (ex art. 1:88 BW). Het ging om een borgstelling voor een krediet dat de werkmaatschappij van de echtgenoot, een accountant, had verkregen en besteed om zich voor € 350.000,= in te kopen in een accountantsmaatschap. Eerst nadat (i) enkele jaren waren verstreken na inkoop in de maatschap, (ii) de maatschap in ernstige financiële problemen was komen te verkeren en (iii) de werkmaatschappij was ontbonden, zegde en eiste de bank het krediet op. Toen dit niet werd terugbetaald sprak de bank vanzelfsprekend de echtgenoot als borg aan. In een – niet minder vanzelfsprekende – reactie daarop vernietigde de andere echtgenoot de overeenkomst van borgtocht op grond van artikel 1:89 BW vanwege het ontbreken van haar toestemming als bedoeld in artikel 1:88 BW.

2. Art. 1:88 lid 1 BW vereist voor bepaalde benadelende of financieel risicovolle rechtshandelingen van de echtgenoot, goedkeuring van de andere echtgenoot. Ontbreekt die goedkeuring, dan kan de andere echtgenoot de door de echtgenoot verrichte rechtshandeling vernietigen op grond van art. 1:89 BW. Bedoelde rechtshandelingen zien bijvoorbeeld op overeenkomsten met betrekking tot de gezamenlijke woning, bovenmatige giften en het zich als borg of hoofdelijke schuldenaar verbinden (zie art. 1:88 lid 1 sub a t/m d BW). Het toestemmingsvereiste van art. 1:88 BW is gestoeld op de gedachte van gezinsbescherming. Zie Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 20 (MvT Inv.) en p. 24-25 (MvA II Inv.). Onder meer art. 1:88 lid 5 BW bevat een uitzondering op het toestemmingsvereiste. Toestemming van de andere echtgenoot is niet vereist als de echtgenoot/ondernemer zich borgstelt voor een verplichting van zijn onderneming, een naamloze of besloten vennootschap waarvan hij bestuurder is en waarin hij, alleen of met zijn medebestuurders, de meerderheid der aandelen houdt, en *mits* die rechtshandeling “geschiedt ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van het bedrijf van die vennootschap”. Deze uitzondering op het toestemmingsvereiste is ook ingegeven door de gezinsbeschermingsgedachte. Zonder borgtocht immers geen financiering van de onderneming van de echtgenoot/ondernemer, en zonder financiering geen onderneming, althans dat is de gedachte van de wetgever. Zie PG Inv. Boek 3,5 en 6 BW, Aanpassing Burgerlijk Wetboek, MvA I Inv. bij art. 1:88 BW, p. 35; “*Het alternatief zou dan zijn dat hetzij de onderneming, gewoonlijk de bron van inkomen voor het gezin, moet sluiten of worden verkocht (...)*”.

3. In cassatie was de vraag aan de orde of toestemming van de andere echtgenoot in kwestie eigenlijk wel was vereist. Meer in het bijzonder werd de vraag gesteld of het krediet was verstrekt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de echtgenoot/ondernemer (zie de slotzin van art. 1:88 lid 5 BW). In de praktijk is deze vraag niet altijd goed te beantwoorden. Bergervoot noemt het slot van art. 1:88 lid 5 BW ook wel een doos van Pandora; een bron van problemen, ellende, ziekte en misère (hof Arnhem-Leeuwarden 15 november 2016, *JOR* 2017/106). Redelijk duidelijk is dat wanneer er sprake is van bijzondere voor de borg risicovolle omstandigheden er doorgaans geen sprake is van “normale bedrijfsuitoefening”. Hierbij valt te denken aan een (her)financiering met een bijzonder risico, bijvoorbeeld van of aan een onderneming in financieel zwaar weer in het kader van een *turnaround*. Wordt in dat geval een borgstelling van de echtgenoot verlangd, dan is daarvoor doorgaans de toestemming van de andere echtgenoot vereist. Zie in deze zin o.m. HR 8 juli 2005, m.nt. Verdaas, *JOR* 2005/233, *Rabobank/Van Hees*, en in die zin ook HR 18 december 2015, m.nt. Bertrams, *JOR* 2016/106, *Nooij/ING*. Zie voor andere voorbeelden en verwijzingen naar (overzichts)artikelen M.J. Blommaert, ‘Over het toestemmingsvereiste van artikel 1:88 BW’, *FIP* 2018/58, voetnoot 45 e.v., en A.J. Smelt, ‘De normale bedrijfsuitoefening van art. 1:88 lid 5 BW’, *WPNR* 14 oktober 2017/7166, voetnoot 48.

4. In het voorliggende geval zou volgens het hof Arnhem-Leeuwarden (9 mei 2017, *JOR* 2018/44, m.nt. Christiaans) “de inkoopfinanciering niet kunnen 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.” Vgl. HR 31 mei 1991, *NJ* 1991/777, *Fiets-O-Fit/Knook*, en HR 18 december 2015, *JOR* 2016/106, *Nooij/ING*. Daarbij hechte het hof waarde aan de mogelijkheid voor de accountant/echtgenoot om op andere wijze zijn beroep uit te oefenen (bijvoorbeeld in loondienst) of op andere wijze toe te treden tot een bestaande maatschap (lees: anders dan door betaling van *goodwill* ineens, zoals *in casu*).

5. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en verwijst de zaak naar hof ‘s-Hertogenbosch. De Hoge Raad overweegt dat volgens zijn vaste rechtspraak “bij borgstelling voor bankkredieten de uitzondering op het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 5 BW in beginsel niet 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”. Zie voor deze vaste rechtspraak *Rabobank/Van Hees* en *Nooij/ING*, voornoemd. Het hof diende te onderzoeken of de inkoopfinanciering waarvoor de accountant/echtgenoot zich borg stelde om zijn werk als accountant binnen de werkmaatschappij uit te oefenen, behoort tot de rechtshandelingen die ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van die vennootschap (dus niet in het algemeen) plegen te worden verricht. Het hof had daarbij (volgens de Hoge Raad) behoren te betrekken de stellingen van de bank (die door het hof niet onjuist waren bevonden), dat “(i) de financiering was vereist om de werkmaatschappij in staat te stellen haar normale bedrijfsuitoefening te ontplooiën, (ii) de financiering een normale bedrijfshandeling was, en (iii) aan deze financiering geen bijzonder risico verbonden was”. De Hoge Raad voegt daar nog aan toe dat “niet van belang is dat er voor de borg/echtgenoot 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”.

6. De beslissing van de Hoge Raad geeft enkele belangrijke handvatten voor de financieringspraktijk. Allereerst bestaat er met deze uitspraak mijn inziens duidelijkheid voor gevallen van inkoop door beroepsbeoefenaars middels een rechtspersoon, zoals *in casu*. Ik leid uit de uitspraak van de Hoge Raad af dat, behoudens bijzondere omstandigheden, zoals dat aan de inkoopfinanciering bijzondere risico’s zijn verbonden, die inkoopfinanciering kwalificeert als een rechtshandeling ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van de (in te kopen) vennootschap van de beroepsbeoefenaar, zoals bedoeld in art. 1:88 lid 5 BW. Voor een voor die financiering te verstrekken borgtocht is in beginsel geen toestemming van de andere echtgenoot vereist (mits – uiteraard – ook is voldaan aan de vereisten van het zijn van bestuurder en, eventueel met zijn medebestuurders, meerderheidsaandeelhouder). Bij bedoelde bijzondere omstandigheden waarbij wel toestemming van de andere echtgenoot is vereist, kan men denken aan gevallen waarbij op het moment van het afsluiten van de financierings- en kredietovereenkomst of de borgstelling, sprake was van een uitzonderlijk karakter of risico van de financiering of (ernstige) financiële moeilijkheden in het algemeen. Zie ook AG Lückers voorafgaande aan de uitspraak van de HR (par. 2.21).

7. De door de Hoge Raad genoemde drie omstandigheden die door het hof moeten worden meegewogen, bieden aanknopingspunten voor een ruimere toepassing. Zij lijken mij in het algemeen relevant bij de beoordeling of een financiering waarvoor zekerheid door de echtgenoot/ondernemer wordt verstrekt (dus niet alleen bij inkoopfinanciering), zelf behoort tot de rechtshandelingen die ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de echtgenoot/ondernemer plegen te worden verricht (zoals bedoeld in art. 1:88 lid 5 BW). Zie ter bevestiging van deze gedachte het slot van rov. 3.3.2., onder verwijzing naar zijn eerdere uitspraken *Rabobank/Van Hees* en *Nooij/ING*. De hiervoor genoemde drie omstandigheden dienen daarbij te worden betrokken. Daarmee is enige duidelijkheid gegeven over wanneer toestemming van de andere echtgenoot is vereist, en is de doos van Pandora enigszins toegedekt.

Mr. G.G. Boeve, advocaat bij Recoup Advocaten