

## 43 Artikel 1:88 lid 5 BW ook van toepassing bij indirect aandeelhouderschap en bestuur

Door de Hoge Raad is thans uitgemaakt dat de uitzondering van het toestemmingsvereiste van de echtgenote van een bestuurder/meerderheidsaandeelhouder voor onder andere borgstelling door deze ten behoeve van de normale uitoefening van zijn bedrijf als bedoeld in artikel 1:88 lid 5 BW, ook geldt indien de borg indirect (via een BV) bestuurder/meerderheidsaandeelhouder is van de gewaarborgde vennootschap.

### Feiten

Eiser tot cassatie heeft zich bij onderhandse akte van 11 maart 1992 ten gunste van Credit Lyonnais, daarna genaamd: Generale Bank, daarna: Fortis Bank (hierna: de bank), tot borg gesteld van al hetgeen Girls & Boys BV, Kelly Fashion BV, FETS BV en Kelly Mode BV (hierna: de dochtervennootschappen) aan de bank verschuldigd zijn of zullen worden, zulks tot een maximum bedrag van f 150.000. Bij onderhandse akte van 9 juli 1992 heeft eiser zich – nu samen met zijn echtgenote – opnieuw ten gunste van de bank borg gesteld voor al hetgeen de dochtervennootschappen van de bank verschuldigd zijn tot een maximum bedrag van f 300.000.

Op 31 maart 1993 zijn de dochtervennootschappen in staat van faillissement verklaard. De bank heeft gevorderd eiser te veroordelen om aan hen te betalen een bedrag van f 450.000 te vermeerderen met de wettelijke rente, volgens de bank verschuldigd uit hoofde van de borgtochten van 11 maart 1992 en 9 juli 1992. Eiser stelt dat op grond van artikel 1:88 lid 1 onder c BW voor het aangaan van de borgtocht van 11 maart 1992 toestemming nodig was van zijn echtgenote. Daarbij voert hij aan dat de uitzondering op het toestemmingsvereiste zoals neergelegd in het vijfde lid van artikel 1:88 BW in casu niet van toepassing is. Artikel 1:88 lid 5 BW bepaalt dat voor het aangaan van een rechtshandeling als bedoeld in lid 1 onder c (waaronder borgtocht) geen toestemming van de andere echtgenoot is vereist, indien zij wordt verricht door een bestuurder van een naamloze vennootschap of 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. Volgens eiser kan hij niet als aandeelhouder van de dochtervennootschappen in de zin van artikel 1:88 lid 5 BW worden beschouwd, nu de aandelen in deze vennoot-

schappen niet door hem, maar door Keltex BV en Tomar BV worden gehouden. Omdat hij bovendien niet zelf bestuurder was van Girls & Boys BV, Kelly Fashion BV en Kelly Mode BV, zou hij evenmin als bestuurder of medebestuurder van deze dochtervennootschappen als bedoeld in artikel 1:88 lid 5 BW kunnen worden aangemerkt. Dat de uitzondering van het vijfde lid dermate strikt zou moeten worden uitgelegd, vloeit volgens eiser voort uit de ratio van artikel 1:88 BW: de bescherming van de belangen van de andere echtgenoot.

### Oordeel rechters; motivering Hoge Raad

Zowel de Rechtbank te Utrecht als het Hof te Amsterdam oordeelden dat artikel 1:88 lid 5 BW van toepassing is en dat daarom de toestemming van de echtgenote van eiser niet is vereist voor de borgstelling. Ook de Hoge Raad is deze mening toegedaan. In zijn overwegingen betreft de Hoge Raad de geschiedenis en de strekking van het toestemmingsvereiste van artikel 1:88 lid 1 onder c BW en van de uitzondering daarop in artikel 1:88 lid 5 BW. Overwogen wordt dat artikel 1:88 lid 1 sub c een gezinsbeschermende bepaling is waarin wordt bepaald dat een echtgenoot de toestemming van de andere echtgenoot behoeft voor onder meer overeenkomsten die ertoe strekken dat hij, anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf, zich als borg verbindt. De uitzondering op de toepasselijkheid van deze beschermingsbepaling – dat de handelende echtgenoot optreedt in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf – is, overeenkomstig de strekking van artikel 1:88 lid 1 BW, door de Hoge Raad strikt uitgelegd. Deze uitleg houdt in dat niet alle met een beroep of bedrijf verband houdende borgtochten zijn uitgezonderd van de eis van toestemming door een andere echtgenoot, maar alleen die, waarvan het aangaan voor de borg een uitoefening vormt van een beroep of bedrijf van die borg zelf (HR 22 juni 1962,

NJ 1963, 53). Omdat aan deze laatste eis maar zelden zal zijn voldaan, betekende deze uitleg in de praktijk dat voor het aangaan van een borgtocht vrijwel altijd de toestemming van de niet-handelende echtgenoot vereist was. Dit heeft in de literatuur tot wisselende reacties aanleiding gegeven. Enerzijds werd de bescherming van het gezin van de borg die door deze wetsuitleg is bereikt, positief beoordeeld; anderzijds werd gewezen op de mogelijkheid van misbruik van deze bepaling door echtelieden.

Bovendien is aangevoerd dat de eisen van een vlot verlopend handelsverkeer zwaarder behoren te wegen dan het belang van bescherming van het gezin van de handelende persoon in gevallen waarin deze – kort gezegd – én de zeggenschap uitoefent binnen de vennootschap ten behoeve waarvan de borgstelling plaatsvindt, én bij de bedrijfsresultaten van die vennootschap financieel belang heeft.

Ter gelegenheid van de aanpassing van boek 1 van het BW aan de invoering van de boeken 3, 5 en 6 van het Nieuw BW in 1992, is de wetgever aan deze kritiek tegemoet gekomen door artikel 1:88 lid 1 aanhef en onder c, weliswaar in essentie te handhaven, maar de werking daarvan voor gevallen als vorenbedoeld te beperken door invoering van artikel 1:88 lid 5 BW. Daartoe overwoog hij dat de strikte uitleg die de rechtspraak thans geeft aan 'de vrijstelling van het vereiste der toestemming (...) in het belang van de andere echtgenoot in beginsel (valt) toe te juichen, omdat garanties ten behoeve van derden uitzonderlijke en gevaarlijke handelingen plegen te zijn'.

Er bestond echter aanleiding voor één categorie een uitzondering te maken, immers: 'Degene die een zelfstandig beroep uitoefent of door een eenmans-onderneming of vennootschap onder firma aan het zakenleven deelneemt, draagt daarvoor de volle aansprakelijkheid, waarvan zijn echtgenoot de financiële gevolgen kan ondervinden, zonder dat diens 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 (WB)) komt aan deze behoefte van de praktijk

tegenoet. Dit is ook tegenover de andere echtgenoot gerechtvaardigd, omdat deze geen meerder risico loopt dan bij de rechtstreekse beroeps- of bedrijfsuitoefening buiten de rechtsvorm der besloten vennootschap' (MvT Aanpassing BW (Invoering Boeken 3, 5 en 6 Nieuw BW), Parlementaire Geschiedenis Aanpassing BW (Invoering Boeken 3, 5 en 6), blz. 20).

Op vragen van de vaste Kamercommissie voor Justitie merkte de minister op dat een eenvoudige, doorzichtige regeling de voorkeur verdient, indien deze maar de criteria bevat die hier van belang zijn, namelijk een combinatie van zeggenschap en financieel belang, zoals die zich voor de ondernemer ook bij de eenmanszaak en de vennootschap onder firma voordoet (Eindverslag II, a.w., blz. 36).

In het licht van de hiervoor weergegeven wetsgeschiedenis en de strekking van artikel 1:88 lid 5 BW heeft de Hoge Raad thans beslist dat deze bepaling geldt onverschillig of de bestuurder van een naamloze vennootschap of van een besloten vennootschap als borg verbindt, rechtstreeks aandeelhouder van de desbetreffende vennootschap is of dat die aandelen worden gehouden door één of meer tussengeschakelde vennootschappen. Wél dient ook ten aanzien van de eventueel tussengeschakelde vennootschappen te zijn voldaan aan de eisen van bestuur en aandeelhouder-schap die artikel 1:88 lid 5 BW stelt, terwijl wat betreft de vennootschap voor wie de bestuurder/aandeelhouder zich borg stelt, mede dient te gelden dat de borgtocht geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap. Is aan al deze voorwaarden voldaan, dan moeten de eisen van een vlot verlopend handelsverkeer zwaarder wegen dan het op zichzelf eveneens respectabele belang van bescherming van de niet-handelende echtgenoot van de borg. De argumenten op grond waarvan de wetgever de desbetreffende bepaling heeft ingevoerd, gelden immers in gelijke mate voor het geval de handelende persoon rechtstreeks bestuurder en aandeelhouder van de desbetreffende vennootschap is, als wanneer zulks het geval is via een of meer door deze (mede) gecontroleerde vennootschappen, die als tussenschakel fungeren. De bewoordingen waarin artikel 1:88 lid 5 BW is gesteld geven aan deze uitleg weliswaar geen steun, maar aangenomen moet worden dat zij zich daartegen evenmin verzetten, aangezien de wetgever blijkens de op deze bepaling gegeven toelichting, gevallen als de onderhavige niet in zijn overwegingen heeft betrokken. Evenmin kan worden gezegd dat de rechtszekerheid door deze

uitleg in de knel komt. Gezien het voorstaande kon het middel van eiser niet tot cassatie leiden.

### Commentaar

Ingevolge van artikel 1:88 BW dient een persoon toestemming te hebben van zijn echtgenoot/geregistreerd partner voor het verrichten de in lid 1 genoemde handelingen, waaronder het bezwaren van de echtelijke woning en het zich borg stellen. Ontbreekt toestemming, dan kan de echtgenoot de rechtshandeling buitengerechtelijk of in rechte (doen) vernietigen, artikel 1:89 BW.

De in lid 5 van dit artikel 1:88 BW opgenomen uitzondering op het toestemmingsvereiste voor wat betreft de in lid 1 sub c genoemde rechtshandelingen (onder andere voor het zich verbinden als borg of hoofdelijk medeschuldenaar anders dan in de normale uitoefening van het bedrijf) geldt indien de handelende echtgenoot voldoet aan vier voorwaarden:

1. hij is bestuurder van de NV of BV ten behoeve waarvan de handeling wordt verricht;
2. hij is van die NV of BV aandeelhouder;
3. samen met zijn medebestuurder(s) houdt hij de meerderheid van de aandelen in die NV of BV;
4. hij handelt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap.

Met het onderhavige arrest van de Hoge Raad is een einde gemaakt aan de verdeeldheid in de door Hartkamp onder 8. van zijn conclusie bij dit arrest genoemde lagere rechtspraak en literatuur over de vraag of lid 5 van artikel 1:88 BW ook ziet op rechtshandelingen verricht door een 'indirect' aandeelhouder en 'indirect' bestuurder. Deze verdeeldheid is terug te voeren op een verschillende interpretatie van de parlementaire stukken, waarin de wetgever weliswaar heeft aangegeven wat hem met de invoering van lid 5 voor ogen stond, maar waarin de situatie van indirect aandeelhouderschap en bestuur niet expliciet wordt besproken. Uit de hierboven aangehaalde passage uit de wetgeschiedenis blijkt dat de inbreuk van lid 5 op het toestemmingsvereiste door de wetgever gerechtvaardigd wordt geacht wanneer de echtgenoot zeggenschap en financieel belang heeft bij de vennootschap ten behoeve waarvan hij zich borg stelt, zodat deze

'indirecte ondernemer' in een vergelijkbare positie verkeert als zelfstandige beroepsbeoefenaren en vennoten van een maatschap of vennootschap onder firma.

Uit het arrest van de Hoge Raad blijkt dat de uitzondering van artikel 1:88 BW niet alleen geldt in het geval waarin de borg alle zeggenschap heeft in de houdstermaatschappij (daarvan enig aandeelhouder en bestuurder is) maar dat het zeggenschaps criterium gelijk is aan het in lid 5 neergelegde criterium, dat wil zeggen dat de borg bestuurder van de houdstermaatschappij is en daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid der aandelen houdt. Ook, zo geeft de Hoge Raad aan, in de situatie waarin tussen de houdstermaatschappij en de gewaarborgde vennootschap een andere schakel zit, moet worden nagegaan of aan het criterium van artikel 1:88 lid 5 BW is voldaan. In casu doet die situatie zich voor in het geval van de debiteur Kelly BV: daarvan is niet de houdstermaatschappij Tomar BV zelf bestuurder en aandeelhouder, maar Kelly Fashion BV; van deze vennootschap is Tomar BV wel bestuurder en houdt zij samen met de medebestuurder de meerderheid der aandelen.

Samengevat: nodig en voldoende is dat niet alleen het bestuur van en het aandeelhouderschap in de houdstermaatschappij, maar vervolgens ook het bestuur van en het aandeelhouderschap in de zich tussen de houdstermaatschappij en de gewaarborgde vennootschap bevindende vennootschappen beantwoorden aan het criterium van artikel 1:88 lid 5 BW. Dan is immers sprake van de combinatie van zeggenschap in en financieel belang bij de gewaarborgde vennootschap (zij het via 'tussenschakels') die de wetgever voor ogen stond bij invoering van de uitzondering op het toestemmingsvereiste.

Aangenomen mag worden dat ook in geval van certificering van aandelen de uitzondering op het toestemmingsvereiste van toepassing is, indien is voldaan is aan de andere voorwaarden genoemd in lid 5 van artikel 1:88 BW (zie Rb. Rotterdam 26 maart 2003, JOR 2003, 189).

*HR 11 juli 2003, RvdW 2003, 129*

*W. Bosse*