

EB 2017/33

Artikel 1:88 BW: toestemming andere echtgenoot na arrest Hoge Raad Nooij/ING

Mr. G.V. van Campen en mr. D.C.M.H. Vielvoye, datum 06-04-2017

Datum	06-04-2017
Auteur	Mr. G.V. van Campen en mr. D.C.M.H. Vielvoye ^[1]
JCDI	JCDI:ADS765014:1
Vakgebied(en)	Personen- en familierecht / Algemeen Personen- en familierecht / Bijzondere onderwerpen Personen- en familierecht / Relatievermogensrecht Personen- en familierecht (V)
Wetgeving	art. 1:88 BW

In familierechtelijke tijdschriften wordt helaas nauwelijks aandacht besteed aan het toestemmingsvereiste van de andere echtgenoot ex artikel 1:88 BW en de in lid 1 sub c en lid 5 genoemde uitzonderingen. De laatste keer in dit tijdschrift was in 2010 (Mulder, 'Toestemming, wanneer, waarvoor? Een update', *EB* 2010/55). Het lijkt erop dat artikel 1:88 BW een ondergeschoven kindje is in het familierecht, terwijl het voor de praktijk een belangrijk artikel is.

Concrete aanleiding voor dit artikel is het arrest van de Hoge Raad van 18 december 2015 (*NJ* 2016/29 *Nooij/ING*) en de uitwerking van de in artikel 1:88 lid 1 sub c en lid 5 BW genoemde uitzonderingen op het toestemmingsvereiste in de lagere rechtspraak. Alvorens hierop in te gaan zullen wij kort enkele basisregels over artikel 1:88 BW op een rijtje zetten.

1. De basisregels

Artikel 1:88 lid 1 BW bepaalt dat voor de in dat lid genoemde rechtshandelingen toestemming nodig is van de andere echtgenoot. Het artikel geldt voor alle echtgenoten, dus ook voor echtgenoten getrouwd onder huwelijkse voorwaarden, alsmede voor geregistreerd partners (artikel 1:80b BW). De toestemming moet schriftelijk of langs elektronische weg worden verleend, indien de wet voor het verrichten van de rechtshandeling een vorm voorschrijft (artikel 1:88 lid 3 BW). Is er geen toestemming verleend voor de in lid 1 genoemde rechtshandelingen, terwijl dit wel was vereist, dan kan de andere echtgenoot de betreffende rechtshandeling vernietigen (artikel 1:89 lid 1 BW). De echtgenoot die de rechtshandeling is aangegaan kan niet zelf een beroep doen op vernietiging wegens het ontbreken van toestemming (zie Rechtbank Rotterdam 15 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1155). De vernietiging hoeft enkel te worden ingeroepen tegen de wederpartij bij de rechtshandeling, en dus niet jegens de andere echtgenoot (voor een zaak waarin dat misging, zie: Gerechtshof Arnhem Leeuwarden 2 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6256). Vernietiging is niet mogelijk in het geval de wederpartij te goeder trouw was, tenzij het gaat om een gift (artikel 1:89 lid 2 BW).

In lid 1 van artikel 1:88 BW wordt onder a-d opgesomd voor welke rechtshandelingen toestemming van de andere echtgenoot vereist is. In dit artikel richten wij ons op de in sub c genoemde rechtshandelingen: overeenkomsten die ertoe strekken dat de echtgenoot zich, anders dan in de normale uitoefening van beroep of bedrijf, als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, voor een derde sterk maakt, of tot zekerheidstelling voor een schuld van de derde verbindt.

Lid 1 sub c bevat met de woorden 'anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf' een uitzondering op het toestemmingsvereiste. In lid 5 is deze uitzondering verder uitgebreid tot rechtshandelingen die worden verricht door een bestuurder van een N.V. of B.V., 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.

Opvallend is dat zowel in lid 1 sub c als in lid 5 wordt gesproken over de 'normale uitoefening' van beroep of bedrijf. Wat moet hieronder worden verstaan? En is er een verschil tussen de uitleg van de passage 'in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf' (lid 1 sub c) en de passage 'ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf' (lid 5)?

2. Verhouding uitzonderingen: lid 1 onder c versus lid 5

Het is al decennia vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat de uitzondering van artikel 1:88 lid 1 sub c gemaakte uitzondering op het toestemmingsvereiste restrictief moet worden uitgelegd (zie bijvoorbeeld HR 22 juni 1962, *NJ* 1963/53 en HR 2 juni 1978, *NJ* 1979/126). Dit wil zeggen dat daar waar lid 1 sub c een uitzondering maakt voor in de uitoefening van een beroep of bedrijf aangegane rechtshandelingen, niet alle met een beroep of bedrijf verband houdende rechtshandelingen zijn uitgezonderd maar alleen die, waarvan het aangaan door de echtgenoot een uitoefening vormt van een beroep of bedrijf.

De wetgever onderschreef de beperkte uitleg door de Hoge Raad van de vrijstelling van de vereiste toestemming ex artikel 1:88 lid 1 sub c BW, zo blijkt uit de toelichting bij de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 BW. Hij achtte deze beperkte uitleg in het belang van de andere echtgenoot, omdat garanties ten behoeve van derden uitzonderlijke en gevaarlijke handelingen plegen te zijn (*Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Aanpassing BW* 1991, p. 20). De wetgever zag echter wel aanleiding om nog voor één categorie een uitzondering in te voeren, namelijk voor de bestuurder-aandeelhouder van een N.V. of B.V. Als reden hiervoor werd genoemd dat in de praktijk gebruikelijk is dat wanneer er sprake is van een bestuurder-aandeelhouder van een N.V. of B.V., door de wederpartij extra zekerheid wordt verlangd door middel van handelingen als die waarop lid 1 sub c betrekking heeft. Lid 4 (het huidige lid 5) werd dan ook ingevoerd om aan de behoefte van de praktijk tegemoet te komen. De wetgever achtte dit ook tegenover de andere echtgenoot gerechtvaardigd, omdat deze geen groter risico loopt dan bij rechtstreekse beroeps- of bedrijfsuitoefening buiten de rechtsvorm van een B.V. of N.V.

Wat weinigen zich wellicht realiseren, is dat de uitzondering van lid 5 ruimer is dan die van lid 1 sub c. Uit de wetsgeschiedenis blijkt duidelijk dat de wetgever heeft beoogd een verschil aan te brengen met het gebruik van de woorden 'ten behoeve van de normale uitoefening' in lid 5 en de woorden 'in de normale uitoefening' in lid 1 sub c (zie *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Aanpassing BW* 1991, p. 24). Het valt op dat deze criteria desondanks met grote regelmaat door elkaar worden gehaald. Wij wijzen op het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 2 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6256 waarin een beroep werd gedaan op de uitzondering van lid 1 sub c BW, terwijl het hof constateerde dat niet de uitzondering van lid 1 sub c, maar die van lid 5 van toepassing was.

Saillant detail daarbij is dat bij de invoeringen van Boek 1 BW nog is gepoogd de woorden 'in de uitoefening van een beroep of bedrijf' van lid 1 sub c BW te vervangen door de woorden 'ten behoeve van zijn beroep of bedrijf' (*Parl. Gesch. BW Inv. Boek 1* 1969, p. 1170). Deze verruiming werd echter niet wenselijk geacht. Daarbij werd opgemerkt dat de uitleg van lid 1 sub c door de Hoge Raad niet dusdanig eng werd geacht, dat het verkeer daardoor te zeer werd belemmerd (*Parl. Gesch. BW Inv. Boek 1* 1969, p. 1171 en 1172).

In HR 14 april 2000 (*NJ* 2000/689, *Soetelieve/Stienstra*) ging de Hoge Raad voor het eerst in op de uitleg van de uitzondering van lid 5 (destijds lid 4). De Hoge Raad oordeelde daarover dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever het beginsel van gezinsbescherming belangrijk achtte en dat hij daarop weliswaar een uitzondering heeft gemaakt door lid 4 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

Hoge Raad voegt daaraan toe dat klaarblijkelijk is bedoeld dat de toestemming van de andere echtgenoot alleen dan niet is vereist indien de rechtshandeling waarvoor de in artikel 1:88 lid 1 sub c BW bedoelde zekerheid wordt verstrekt *zelf* behoort tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van een bedrijf plegen te worden verricht. Dit oordeel werd in 2005 nog eens herhaald (Hoge Raad 8 juli 2005, *NJ* 2006/96, *Rabobank/Van Hees*).

3. Arrest Hoge Raad Nooij/ING

In de praktijk bleef echter onduidelijkheid bestaan over de vraag wanneer gesproken kan worden van een ten behoeve van de normale uitoefening van een bedrijf verrichte rechtshandeling in de zin van lid 5. Op 18 december 2015 (*NJ* 2016/29, *Nooij/ING*) heeft de Hoge Raad zich wederom over deze kwestie gebogen.

3.1 Casus

De man was (indirect) DGA van een vennootschap die zich bezighield met het ontwerpen, produceren en verkopen van kinderkleding. Zijn onderneming bankierde al vele jaren bij ING. De kredietfaciliteit bestond uit een zogenaamd stamkrediet en een seizoenskrediet. Na enkele jaren van verlies stond ING in 2011 voor de vraag of zij de kredietverlening aan de onderneming in de huidige vorm zou continueren. Nu een derde had aangegeven te willen participeren in de onderneming, bood ING aan de financiering onder voorwaarden voort te zetten. De man diende door een investering uit privévermogen het financieringstekort van de onderneming met een bedrag van € 270.000 aan te vullen. De man kon dat geld niet direct vrijmaken, reden waarom ING een overbruggingskrediet verstrekte en een seizoenskrediet vrijgaf onder de voorwaarde dat de man zich borg zou stellen voor een bedrag van € 270.000. De vrouw heeft de overeenkomst van borgtocht niet medeondertekend. De participatie door de derde is vervolgens afgeketst, waarna ING de kredietovereenkomsten met de onderneming met onmiddellijke ingang heeft opgezegd en de onderneming korte tijd later faillierde. De vrouw deed een beroep op vernietiging van de borgtochtovereenkomst.

3.2 Oordeel Hoge Raad

De Hoge Raad verwijst allereerst naar *Soetelieve/Stienstra* en herhaalt dat de wetgever met de woorden 'mits zij geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap' een wezenlijke beperking heeft beoogd op het uitgangspunt van gezinsbescherming. De Hoge Raad benadrukt vervolgens dat de toestemming van de andere echtgenoot alleen dan niet is vereist indien de rechtshandeling waarvoor de in artikel 1:88 lid 1 aanhef en sub c BW bedoelde zekerheid wordt verstrekt, *zelf* behoort tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van een bedrijf plegen te worden verricht.

De Hoge Raad oordeelde dat gelet op de vaststaande stelling dat het overbruggingskrediet ertoe strekte de onderneming in staat te stellen op zeer korte termijn extern kapitaal aan te trekken, terwijl zonder dit externe kapitaal de beëindiging van de kredietrelatie en het faillissement van de onderneming aanstaande waren, onbegrijpelijk was dat het hof oordeelde dat het aangaan van het overbruggingskrediet behoorde tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van het bedrijf plegen te worden verricht. De omstandigheid dat het overbruggingskrediet mede ertoe strekte de onderneming in staat te stellen haar normale bedrijfsuitoefening nog gedurende de te overbruggen periode voort te zetten, ontnemt volgens de Hoge Raad aan deze rechtshandeling niet haar uitzonderlijke - met de acuut dreigende discontinuïteit van de onderneming samenhangende - karakter.

3.3 Wat betekent dit nu?

Vraag naar aanleiding van dit arrest van de Hoge Raad is of bij dreigende discontinuïteit op het moment van verrichten van de rechtshandeling ruimte is voor een geslaagd beroep op de uitzondering van lid 5. Uit de in 2016 en begin 2017 (gepubliceerde) rechtspraak valt af te leiden dat door de echtgenoot wiens toestemming

ontbreekt, met wisselend succes is betoogd dat in verband met de slechte financiële positie van de vennootschap ten tijde van de rechtshandeling hoe dan ook niet gesproken kan worden van een rechtshandeling die is verricht ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap. Hierna volgt een inventarisatie van de belangrijkste arresten van de hoven die in 2016 en begin 2017 zijn geweest.

4. Rechtspraak na Nooij/ING

4.1 Lid 5 van toepassing: succesvolle turn around achter de rug

Gerechtshof Amsterdam 31 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2057

De man was DGA van Holding B.V. Deze B.V. hield 100% van de aandelen in een werkmaatschappij, waarvan de man bestuurder was. De dochtermaatschappij dreef een grafische onderneming. Krachtens de statuten hadden zowel Holding B.V. als de werkmaatschappij mede ten doel het ter leen verstrekken of doen verstrekken van gelden aan dochtermaatschappijen en het sluiten van overeenkomsten waarbij de vennootschap zich als hoofdelijk medeschuldenaar verbindt. De man bankierde aanvankelijk met zijn ondernemingen bij ABN maar maakte een overstap naar Rabobank. De man had te horen gekregen dat de door hem gedreven grafische onderneming niet langer tot de doelgroep van ABN behoorde. Rabobank verstreekte vervolgens een financiering aan Holding B.V. en de werkmaatschappij, bestaande uit werkkapitaal en een bedrag bedoeld om met derden aangegane financieringen, af te lossen. De man stelt zich in privé borg tot een bedrag van € 275.000. In deze overeenkomst verklaarde de man dat de borgtocht was overeengekomen handelend ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de debiteuren. Enkele jaren later gaan achtereenvolgens de werkmaatschappij en Holding B.V. failliet. De vrouw wenst vervolgens de overeenkomst van borgtocht te vernietigen.

Het hof stelt voorop dat tegen de achtergrond van het doel van de vennootschappen blijkens de statuten het sluiten van een financieringsovereenkomst met Rabobank door Holding B.V. en de dochtermaatschappij in beginsel als een onderdeel van de normale bedrijfsuitoefening van die vennootschappen kan worden aangemerkt. Bijzondere omstandigheden kunnen echter maken dat dit anders ligt. De man betoogde dat er sprake was van een herfinanciering en dat dit betekent dat het aangaan van de financiering bij Rabobank reeds daarom niet zou behoren tot de normale bedrijfsuitoefening. De man vindt het hof echter niet aan zijn zijde. Het hof oordeelt dat het sluiten van de financieringsovereenkomst is geschied ter verkrijging van de voor de voortzetting en uitbreiding van de door de vennootschappen gedreven onderneming redelijkerwijs benodigde liquiditeit en dus ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschappen. Er is dus sprake van een uitzondering zoals bedoeld in lid 5. Het hof overweegt daartoe dat:

- hoewel het voor Rabobank bij het aangaan van de financiering duidelijk moet zijn geweest dat het niet ging om zeer goedlopende een winstgevende ondernemingen, kan niet worden geoordeeld dat de ondernemingen in feite niet financierbaar waren;
- op basis van de aangeleverde stukken mocht Rabobank ervan uitgaan dat de werkmaatschappij een succesvolle turn around achter de rug had of in ieder geval weer op de goede weg was;
- met het aangaan van de financiering werden niet alleen bestaande schulden afgelost maar werd ook een bedrag van ruim € 40.000 aan liquiditeiten ter beschikking gesteld ten behoeve van de voortzetting van de normale bedrijfsvoering, terwijl uit het financieringsvoorstel ook blijkt dat de man zelf € 58.030 aan liquide middelen ter beschikking zou stellen;
- de herfinanciering van de bestaande schuld was daarmee onderdeel van een meeromvattend

plan, waarmee beoogd werd om aan de werkmaatschappij de benodigde liquiditeit te verstrekken om haar bedrijfsvoering te kunnen continueren en de daarbij verwachte groei te kunnen realiseren.

De omstandigheid dat de herfinanciering bedoeld was om de normale bedrijfsvoering te continueren heeft in dit arrest bijgedragen aan het oordeel dat de uitzondering van lid 5 van toepassing was, terwijl deze omstandigheid in Nooij/ING niet doorslaggevend was. Het verschil kan worden verklaard door het feit dat in de casus van Nooij/ING sprake was van acuut dreigende discontinuïteit, terwijl in het onderhavige arrest de onderneming weer in kalmer vaarwater was terechtgekomen.

4.2 Lid 5 niet van toepassing: ongunstig toekomstperspectief

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 21 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5045

De man was DGA van Holding B.V. De Holding was aandeelhouder van werkmaatschappij Hemos B.V. De man was bestuurder van Hemos B.V., een groothandel in machineonderdelen. X B.V. leverde ijzerwaren aan Hemos B.V. Een groot deel van de hiervoor gestuurde facturen werd door Hemos B.V. onbetaald gelaten. Ter zekerheid voor betaling van de facturen stelde de man zich persoonlijk garant jegens X B.V. Na deze garantstelling ging X B.V. door met het leveren van ijzerwaren aan Hemos B.V. Enige tijd later ging Hemos B.V. failliet en vernietigde de echtgenote van de man de garantstelling.

Het hof oordeelt dat de verlenging van het leveren op krediet niet ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf is geschied. Hier is de uitzondering van lid 5 dus niet van toepassing. De omstandigheden die het hof daartoe in aanmerking neemt zijn de volgende:

- mede gelet op de hoogte van de openstaande schuld, verkeerde de onderneming al geruime tijd in liquiditeitsproblemen;
- er was op korte termijn geen zicht op verandering in deze situatie;
- dit is de reden dat de wederpartij additionele zekerheid verlangde;
- dankzij de persoonlijke garantstelling door de man was het nog mogelijk de onderneming enige tijd voort te zetten, maar er bestond een aanzienlijk risico dat de onderneming alsnog failliet zou gaan;
- de onderneming is enkele maanden later ook daadwerkelijk failliet gegaan.

Evenals in Nooij/ING lijken in dit arrest met name de aard en omvang van de financiële problemen en de slechte vooruitzichten ertoe bij te dragen dat de uitzondering van lid 5 niet van toepassing is.

4.3 Lid 5 van toepassing: gunstig toekomstperspectief

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 5 juli 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2701

De onderneming van de man, X Installatietechniek B.V., heeft een schuld aan de wederpartij in verband met geleverde maar niet betaalde verlichtingsarmaturen. De man stelde zich persoonlijk garant jegens de wederpartij voor de betaling van de facturen alvorens leveringen zouden worden gecontinueerd. Enkele maanden later ging de onderneming van de man toch failliet.

Het hof oordeelt dat niet duidelijk is of de man ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bestuurder was van X Installatietechniek B.V. en of hij daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen hield. Het hof gaat in het tussenarrest al in op de vraag of in dat geval sprake is van de uitzondering zoals bedoeld in lid 5, mocht vast komen te staan dat de man bestuurder-aandeelhouder was. Het hof oordeelt dat er sprake is van een rechtshandeling die is geschied ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf, zodat de toestemming van de vrouw niet vereist was. Het overweegt daartoe:

- de man heeft zich sterk gemaakt voor de betaling van zaken die in de toekomst zouden worden geleverd en waarmee de voortzetting van de B.V. zonder meer was gediend;
- de liquiditeitspositie van de B.V. was niet florissant, zodat de levering door de wederpartij van belang is voor het voortbestaan van de B.V., die door de levering van de verlichtingsarmaturen zelf weer inkomen zou kunnen genereren en mogelijk zou kunnen blijven voortbestaan;
- uit de correspondentie blijkt dat de wederpartij enkel wilde leveren indien de man zich zou sterk maken.

Wij achten dit oordeel weinig verrassend, omdat de rechtshandelingen *waarvoor* de zekerheid door de man werd gesteld, behoorden tot de kern van de activiteiten van de onderneming: het leveren van verlichtingsarmaturen. De continuïteit van de onderneming was daarmee in elk geval (tijdelijk) gewaarborgd. Deze omstandigheid speelde in het arrest van 21 juni 2016 echter ook een rol, maar daar oordeelde het hof dat de uitzondering van lid 5 niet van toepassing was. Het verschil lijkt te kunnen worden verklaard door de omstandigheid dat in het arrest van 21 juni 2016 ten tijde van het stellen van de zekerheid een faillissement - kort gezegd - onafwendbaar was, terwijl dat in het onderhavige arrest niet het geval lijkt te zijn geweest.

4.4 Lid 5 van toepassing: geen aanwijzing discontinuïteit

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 16 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6620

De man was DGA van twee vennootschappen. Hij stelde zich borg voor hetgeen Rabobank blijkens haar administratie van deze vennootschappen te vorderen had. Deze overeenkomst hing samen met een op 7 augustus 2009 tussen Rabobank en de vennootschappen overeengekomen (her)financiering. In conventie vorderde Rabobank van de man op grond van de overeenkomst van borgtocht betaling van een bedrag van € 225.000 vermeerderd met rente en kosten. De man voerde verweer met een beroep op de door zijn vrouw ingeroepen vernietiging van de overeenkomst van borgtocht in verband met het bepaalde in artikel 1:88 lid 1 aanhef en sub c BW. Rabobank betoogde dat er sprake was van een uitzondering zoals bedoeld in artikel 1:88 lid 5 BW en vindt zowel de rechtbank als het hof aan haar zijde. Het hof overweegt daartoe:

- de statutaire omschrijvingen van de vennootschappen zijn ruim en staan beheershandelingen als het aangaan van kredietovereenkomsten toe;
- het betrof niet de eerste financiering door de Rabobank;
- de bestaande kredietovereenkomsten weken naar aard en risico voor de vennootschappen nauwelijks van elkaar af, terwijl de bedongen zekerheden eveneens vergelijkbaar waren;
- er was behoefte aan extra liquiditeiten in de vennootschap in verband met een substantiële toename van de aangehouden voorraden die nodig waren in verband met nieuwe grote opdrachten en daarmee voorziene omzettingen;
- vaststaat dat de resultaten van de vennootschappen in de jaren voorafgaand aan de kredietverstrekking van 2009 positief waren, zodat ook daarom geen sprake was van

aanwijzingen voor discontinuïteit;

- de resultaten zijn positief gebleven over 2009/2010 en de vennootschappen konden de uit de kredietovereenkomst voortvloeiende rente- en aflossingsverplichtingen steeds blijven voldoen;
- er bestaat een beeld van continuïteit in de bedrijfsvoering van de vennootschappen ten tijde van de kredietverlening en niet op een naar aard en risico afwijkende kredietverlening of van een verhoogd kredietrisico.

Evenals in het arrest van het Hof Amsterdam van 31 mei 2016 gaat het hier om het verkrijgen van een (her)financiering door de onderneming van de man en komt het hof tot het oordeel dat de uitzondering van lid 5 van toepassing is. De omstandigheden waaronder de (her)financiering werd verstrekt en de zekerheid werd bedongen, zijn doorslaggevend en vergelijkbaar. Acute discontinuïteit viel niet te verwachten, de continuïteit van de onderneming werd gewaarborgd en van een ongebruikelijke (her)financiering c.q. een uitzonderlijk (krediet)risico was geen sprake.

4.5 Lid 5 niet van toepassing: geen alledaags krediet

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9118

De man was DGA van B.V. X. De wederpartij verhuurde aan B.V. X haar bedrijfsruimte voor de exploitatie van een kinderspeelparadijs en leende aan B.V. X een bedrag € 161.467 ter financiering van de in de voormelde bedrijfsruimte geplaatste installaties. In diezelfde overeenkomst gaf de man als directeur van B.V. X een persoonlijke borgstelling af tot het bedrag van € 161.467. Het hof oordeelt dat geen sprake is van uitzondering op grond van lid 5 en betreft daarbij de volgende omstandigheden:

- er is sprake van een borgstelling die betrekking heeft op een geldlening ter financiering van geplaatste installaties in de door haar verhuurde bedrijfsruimte. Vast staat dat deze installaties noodzakelijk waren voor de inrichting van het speelparadijs. Zonder deze voorzieningen kon de exploitatie van de indoorspeeltuin niet van start gaan;
- het gaat derhalve niet om een alledaags bankkrediet waarbij met het oog op de (lopende) bedrijfsuitoefening de liquiditeitspositie wordt vergroot, maar om de financiering van investeringskosten;
- de financiering is verstrekt met het oog op de inrichting van een bedrijf en niet op de exploitatie van dat bedrijf. De aard van de financiering verschilt van een gewoon bankkrediet, waarbij liquide middelen worden verstrekt;
- de wederpartij heeft de kosten voorgefinancierd, omdat B.V. X deze niet kon voldoen, zodat in feite ook sprake is geweest van een omzetting van een schuld van B.V. X aan de wederpartij in een geldlening.

Het oordeel van het hof achten wij verrassend, omdat met het verkrijgen van voormelde financiering juist de kernactiviteit en een doelstelling van de onderneming werd gediend, namelijk de exploitatie van een speelparadijs. Evenmin blijkt onvoldoende duidelijk of de financiering en/of de daaraan verbonden voorwaarden een uitzonderlijk risico met zich meebrengen. Het feit dat niet een reguliere bank, maar in dit geval de verhuurder de opstart van de onderneming financierde, brengt naar onze mening niet met zich mee dat de uitzondering van lid 5 niet van toepassing zou kunnen zijn. Waar reguliere banken de afgelopen jaren terughoudend waren met het verstrekken van financieringen, waren veel (startende) ondernemers aangewezen op derden, bijvoorbeeld op verhuurders van (leegstaand) vastgoed. Of de onderneming dan wel de financier feitelijk de installaties heeft vooruitbetaald, zou geen rol mogen spelen.

4.6 Lid 5 van toepassing: afwezigheid verhoogd kredietrisico

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 6 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5410

De man was bestuurder en 50% aandeelhouder van ISE Holding. Rabobank sloot een financieringsovereenkomst met ISE Holding en haar dochtermaatschappijen (tezamen ISE c.s.). De door Rabobank verstrekte geldlening werd gebruikt voor de financiering van een management buy in. In ruil voor het verkrijgen van de financiering werden door Rabobank zekerheden bedongen, waaronder een borgstelling door de man voor een bedrag van € 75.000. De borgstelling werd niet medeondertekend door de vrouw. Rabobank zegde enige tijd later de verstrekte financiering met onmiddellijke ingang op en kort daarop ging ISE c.s. failliet. Rabobank sprak de man aan als borg. De vrouw vernietigde de door de man afgegeven borgstelling. Het hof oordeelt dat er sprake is van een uitzondering zoals bedoeld in lid 5, zodat geen toestemming van de vrouw was vereist. Het hof overweegt daartoe:

- ISE Holding heeft volgens de doelomschrijving in de gewijzigde statuten onder meer ten doel het als houdstervennootschap verwerven van, het deelnemen in, het besturen van en het financieren van andere ondernemingen (met name in de transportsector), het verstrekken en aangaan van geldleningen en het stellen van zekerheden. Het hof is van oordeel dat het sluiten van de financieringsovereenkomst, waarbij de geleende gelden overeenkomstig het in de financieringsovereenkomst vermelde bestedingsdoel zijn aangewend voor de financiering van de management buy in, in beginsel als onderdeel van de normale bedrijfsuitoefening van die vennootschap kan worden aangemerkt;
- ook al zou er, zoals de man stelt, sprake zijn van een eenmalige grote investering doordat de financiering is gebruikt voor het verwerven van aandelen in transportondernemingen, geeft dit gezien het statutair doel van ISE Holding aan de financiering geen uitzonderlijk karakter. ISE Holding verkreeg door de financiering immers de benodigde liquiditeiten voor het verwerven van de aandelen in de werkmaatschappijen waardoor zij het management over deze werkmaatschappijen kon voeren.
- ten tijde van het aangaan van de financiering was geen sprake van een verhoogd kredietrisico. Het enkele feit dat Rabobank naast de verlangde borgstelling nog vele andere zekerheden heeft bedongen is daartoe onvoldoende.
- dat geldt eveneens voor het feit dat ISE Holding en haar werkmaatschappijen binnen één jaar na het aangaan van de financiering zijn gefailleerd. Rabobank mocht immers op basis van het door ISE Holding aan haar verstrekte due diligence rapport ervan uitgaan dat de financiering van de aandelen in die werkmaatschappijen verantwoord was en er sprake was van een reëel zicht op continuïteit.

In dit arrest geeft het hof in onze ogen goed weer welke feiten en omstandigheden van het geval relevant zijn voor het antwoord op de vraag of het aangaan van een financiering als normale bedrijfsuitoefening kan worden aangemerkt. Met name het nut van de financiering, de besteding van de ontvangen gelden, de koppeling met de statutaire doelomschrijving en de afwezigheid van een verhoogd kredietrisico ten tijde van het aangaan van deze financiering laten zien dat de uitkomst van het hiervoor besproken arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden van 15 november 2016 zomaar anders had kunnen zijn.

4.7 Lid 5 van toepassing: geen ongebruikelijke belasting van de man

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10520

De man was bestuurder en middellijk meerderheidsaandeelhouder van de holding en bestuurder van de werkmaatschappij, van welke laatste vennootschap de holding de enig aandeelhouder was. De bedrijfsactiviteiten van de werkmaatschappij bestonden uit het verzamelen, 'aggregeren', 'licenseren' en verhandelen van data. De man ging in zijn hoedanigheid van bestuurder van de holding en de werkmaatschappij een financieringsovereenkomst aan met Rabobank ten bedrage van in totaal € 750.000. De man gaf zonder toestemming van de vrouw in privé een borgtocht af tot een limiet van € 250.000. De man heeft in de akte van borgtocht verklaard deze borgtocht te hebben gesteld, handelend ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf. In het kader van het Kaderbesluit EZ-subsidies is bovendien door de Staat der Nederlanden aan Rabobank een borgtocht van € 500.000 afgegeven. Enkele jaren later ging de werkmaatschappij failliet. De man werd aangesproken door de bank en de vrouw vernietigde de door de man afgegeven borgtocht.

Het hof oordeelt dat het in het handelsverkeer geenszins ongebruikelijk is dat het werkkapitaal van startende ondernemingen met geleend geld wordt gefinancierd. Omstandigheden van het geval kunnen echter meebrengen dat het aangaan van een bancaire starterskrediet niet als normale bedrijfshandeling van de desbetreffende onderneming kan worden aangemerkt. Dit laat zich met name denken indien de kernactiviteit of een wezenlijk bedrijfsbelang van de onderneming met de gehanteerde constructie niet of onvoldoende is gediend, aldus het hof. Het gaat in deze situaties dus om het nut dat een financiering voor de onderneming dient te hebben. Een bijzondere situatie kan zich ook voordoen indien dat nut niet ter discussie staat, maar de gebruikte financieringsconstructie of de daarbij geldende voorwaarden een uitzonderlijk risico in zich dragen. In dat laatste geval is door dat risico geen sprake van een gebruikelijke vorm van financiering. Het hof benadrukt dat gelet op het beschermingskarakter van artikel 1:88 BW voor het antwoord op de vraag of toestemming van de andere echtgenoot vereist is, niet van belang is dat de borg zelf heeft verklaard de borgtocht te zijn aangegaan ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de debiteur.

Het hof komt tot de conclusie dat sprake is van de uitzondering als bedoeld in lid 5, zodat de toestemming van de vrouw niet vereist was. Het hof overweegt daartoe:

- dat de financiering en de omvang daarvan in dit geval niet nuttig zouden zijn voor de normale bedrijfsvoering van de werkmaatschappij, is niet gesteld en volgt ook niet uit de vaststaande feiten; de discussie tussen partijen spitst zich toe op de vraag of sprake is van een uitzonderlijk hoog risico in de hiervoor bedoelde zin. Naar het oordeel van het hof is dat om de hierna te geven redenen niet het geval;
- tegenover de aan de holding en de werkmaatschappij verstrekte lening van € 500.000 staat een gelijke verhoging van de liquiditeit ten behoeve van de werkmaatschappij. Niet gesteld of gebleken is, dat aan die lening ongebruikelijke voorwaarden zijn verbonden. Hetzelfde geldt voor het krediet en de borgtocht van de man;
- de staatsborgtocht dient tot zekerheid van de bank en vormt als zodanig geen ongebruikelijke belasting voor de man. Dat is ook niet het geval indien de borgtocht die hij heeft verstrekt moet worden uitgewonnen voordat de staatsborgtocht kan worden ingeroepen;
- onafhankelijk van de staatsborgtocht en de daaraan verbonden voorwaarden zou de man op grond van de met hem overeengekomen borgtocht door Rabobank immers kunnen worden aangesproken voor de betaling van al hetgeen de bank blijkens haar administratie te vorderen heeft of mocht hebben. Weliswaar konden die vorderingen oplopen tot een totaal van € 750.000, daar staat tegenover dat de borgtocht was beperkt tot een bedrag van € 250.000;
- onvoldoende is aangevoerd om de conclusie te kunnen dragen dat een borgtocht van deze omvang ongebruikelijk is in relatie tot de omvang van de totale financiering. Het enkele feit dat het benodigde startkapitaal slechts dankzij de staatsborgtocht kon worden gefinancierd, doet aan het voorgaande niet af en kan om die reden niet zelfstandig de conclusie dragen dat sprake is van een zodanig ongebruikelijke vorm van financiering, dat deze niet kan worden geacht in de normale uitoefening van het bedrijf te zijn verstrekt.

Interessant aan dit arrest is dat de omvang van de borgtocht en de volgorde van uitwinning van zekerheden - in dit geval borgstellingen - bij de beoordeling worden betrokken. Deze aspecten hebben geen betrekking op het nut van de financiering voor de onderneming, maar op de voorwaarden en risico's verbonden aan de financiering. Bij de beantwoording van de vraag of de rechtshandeling *waarvoor* de zekerheid wordt bedongen ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening is verricht, zullen dus mede de aard en omvang van de zekerheden moeten worden gezien in relatie tot de aan de rechtshandeling verbonden risico's. Indien de aard en omvang van de bedongen zekerheden ongebruikelijk zijn of niet in een redelijke verhouding staan tot de rechtshandeling *waarvoor* de zekerheid wordt verstrekt, zou dit kunnen bijdragen aan de conclusie dat de uitzondering van lid 5 niet van toepassing is.

4.8 Lid 5 niet van toepassing: omvang lening niet in verhouding tot kapitaal onderneming

Gerechtshof Den Haag 17 januari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:15

Een financier heeft in 2006 aan de onderneming van de man een lening verstrekt van € 750.000 en in 2008 een aanvullende lening van € 100.000. De financiële positie van de onderneming van de man was ten tijde van het aangaan van de leningen slecht. De man heeft als indirect bestuurder en aandeelhouder zich borg gesteld voor de terugbetaling van voormelde leningen. De vrouw heeft geen toestemming verleend. De financier heeft op enig moment diens vorderingen uit hoofde van voormelde leningen gecedeerd aan een gelieerde vennootschap. De onderneming van de man faillieert in 2009. De man wordt aangesproken uit hoofde van de borgstelling. De vrouw vernietigt de door de man afgegeven borgstelling. De financier beroept zich op de uitzondering van lid 5. De rechtbank oordeelde dat de vrouw geen toestemming behoeft te geven. Het hof oordeelde daarentegen dat de vrouw toestemming had behoren te geven, omdat het aangaan van de leningen niet bedoeld was voor de normale uitoefening van het bedrijf van de man. Het hof overweegt daartoe als volgt:

- de omvang van de verstrekte leningen stond in geen verhouding tot de omvang van het eigen kapitaal van de onderneming;
- de leningen werden verstrekt onder de voorwaarde dat de financier te zijner tijd een belang zou kunnen verwerven in de onderneming (converteerbare leningen);
- een aanzienlijk deel van de leningen is besteed aan het aflossen van bestaande schulden, hetgeen noodzakelijk was om te overleven en een nieuwe koers in te slaan.

Dit arrest leert ons dat partijen bij het stellen van zekerheid er verstandig aan doen om de financiële positie van de onderneming ten tijde van het aangaan van de financiering bij de beoordeling te betrekken alsmede het nut van de financiering voor de onderneming en de besteding van de ontvangen gelden te achterhalen, althans het bestedingsplan te verifiëren. Per saldo lijkt in het onderhavige arrest met behulp van de verstrekte financieringen een faillissement enige tijd te zijn afgehouden en lijkt sprake te zijn geweest van een 'zinkend schip' (zie subsidiaire grondslag financier; onrechtmatige daad). In dat licht gezien zijn de verstrekte geldleningen niet verstrekt ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening.

5. Conclusies naar aanleiding van Nooij/ING en latere feitenrechtspraak

Uit het arrest Nooij/ING volgt naar onze mening dat een beroep op de uitzondering van lid 5 niet steeds toepassing mist in het geval van dreigende discontinuïteit van de onderneming. Uit de hierboven besproken arresten en de overige feitenrechtspraak valt namelijk af te leiden dat veel zekerheden worden bedongen op het moment van aangaan van een financiering, het verkrijgen van een herfinanciering of als voorwaarde voor continuering van (noodzakelijke) leveranties. In veel van die situaties is juist sprake van financiële problemen

waarvan de aard en omvang per geval verschilt. Indien in dergelijke gevallen steeds een geslaagd beroep op artikel 1:88 lid 5 BW is uitgesloten, zou deze bepaling net zo goed kunnen worden geschrapt.

Om aan de problematiek met betrekking tot de uitzondering van lid 5 te ontkomen, kan steeds toestemming van de andere echtgenoot worden bedongen. In de praktijk wordt deze soms geweigerd of simpelweg niet gevraagd. Met andere woorden: de vraag of de uitzondering van lid 5 van toepassing is, blijft relevant.

Zowel financiers, ondernemers als echtgenoten hebben in de praktijk behoefte aan handvatten. Een aantal van de hierboven besproken arresten van de verschillende hoven dragen bij aan een goede interpretatie van de jurisprudentie van de Hoge Raad. Steeds zullen de omstandigheden van het geval doorslaggevend zijn, maar een aantal omstandigheden keert in verschillende uitspraken terug en draagt bij aan het oordeel dat de rechtshandeling waarvoor zekerheid werd gesteld, niet is verricht ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening, waardoor toestemming dus is vereist. Daarvan lijkt sprake te zijn in de navolgende omstandigheden:

- ten tijde van het aangaan van de rechtshandeling is sprake van een acuut dreigende discontinuïteit;
- ten tijde van het aangaan van de rechtshandeling is er geen sprake van een realistisch toekomstperspectief;
- de rechtshandeling draagt - gelet op de (statutaire) doelomschrijving - niet bij aan de kernactiviteit en/of wezenlijk bedrijfsbelang van de onderneming;
- de rechtshandeling draagt niet bij aan de vergroting van de liquiditeitspositie van de onderneming en stelt deze niet in staat haar activiteiten te continueren;
- de rechtshandeling wordt verricht om de onderneming in staat te stellen met name 'oude' schuld en te voldoen;
- de rechtshandeling of de daarbij geldende voorwaarden brengen een uitzonderlijk risico met zich mee, mede gelet op de financiële positie van de onderneming en aard en omvang van de zekerheden (in relatie tot de aard en omvang van de rechtshandeling).

Voorkomen moet worden dat de vraag of toestemming al dan niet vereist was, wordt beoordeeld met de kennis van achteraf. Wij denken in dat verband een parallel te kunnen trekken met de rechtspraak op het gebied van de (faillissements)pauliana en bestuurdersaansprakelijkheid waarin steeds de feiten en omstandigheden ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling(en) bepalend zijn. Het gaat dan om het vereiste van wetenschap van benadeling en het criterium 'handelen zoals van een redelijk handelend en weldenkend bestuurder mag worden verwacht'. Of een rechtshandeling is verricht ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening, zal dus moeten worden beoordeeld met de kennis die men had op het moment waarop deze werd verricht.

Voetnoten

[1] Mr. G.V. van Campen en mr. D.C.M.H. Vielvoye zijn respectievelijk advocaat familierecht en ondernemingsrecht bij Holla Advocaten.