

## Echtelijke toestemming bij aangaan borgtocht

(HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 79)

mr. A.J.W. van Elk

14

### I. Inleiding

Vaak wordt een borgtocht gegeven door een directeur grootaandeelhouder voor bancaire kredieten van zijn onderneming. Het is dan de vraag of die borg (indien hij gehuwd is) daarvoor de toestemming van zijn echtgeno(o)t(e) behoeft. Die vraag kwam aan de orde in een arrest van de Hoge Raad d.d. 20 januari 2006. Naar aanleiding van dat arrest behandel ik hieronder de gevallen waarin een dergelijke toestemming is vereist en de uitzonderingen daarop.

### 2. Toestemmingsvereiste

Artikel 1:88 lid 1 sub c BW schrijft voor dat een echtgenoot toestemming van de andere echtgenoot behoeft voor overeenkomsten die ertoe strekken dat hij zich als:

- borg stelt, of
- als hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, of
- zich voor de schuld van een derde sterk maakt of
- zich tot zekerheidsstelling voor een schuld van een derde verbindt.

De gedachte achter het toestemmingsvereiste is de bescherming van het gezin. De opsomming is overigens limitatief. Volgens de Hoge Raad kan die opsomming niet worden uitgebreid tot bijvoorbeeld het aangaan van geldleningen (HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 152). Recent heeft de Hoge Raad (HR 13 januari 2006, *NJ* 2006, 61) ook aangegeven dat een bancaire rekening courant overeenkomst in beginsel evenmin onder deze opsomming valt. Een dergelijke overeenkomst is namelijk niet bedoeld om schulden te doen ontstaan (hoewel dat praktisch wel mogelijk is bijvoorbeeld als daarop ongedekte cheques worden uitgeschreven). Als aan die overeenkomst

geen kredietfaciliteit is gekoppeld, dan is die rekening courant overeenkomst niet bedoeld om schulden te doen ontstaan. De bestuurder die zich voor een dergelijke r/c rekening hoofdelijk medeschuldenaar heeft verklaard, heeft daar geen echtelijke toestemming voor nodig.

Het ontbreken van toestemming maakt de bovengenoemde rechtshandeling (ik ga gemakshalve hieronder steeds uit van borgstelling) vernietigbaar.

### 3. Borg is bestuurder van NV of BV

In art. 1:88 lid 5 BW is een belangrijke uitzondering geformuleerd op het toestemmingsvereiste. Toestemming voor de hiervoor bedoelde rechtshandelingen is *niet* vereist, indien de borg wordt gesteld door een bestuurder van een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap voor rechtshandelingen van die vennootschap. Daarvoor gelden twee voorwaarden:

- De betreffende bestuurder houdt alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen in de vennootschap.
- De rechtshandeling waarvoor zekerheid wordt verstrekt behoort zelf tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap plegen te worden verricht (HR 14 april 2000, *NJ* 2000, 689).

Ik licht de beide vereisten hieronder toe. Daarbij besteed ik met name aandacht aan het eerste vereiste van aandeelhouderschap. Het arrest van 20 januari 2006 (*NJ* 2006, 79) had daarop betrekking.

### 4. Bestuurder bezit meerderheid van de aandelen

Wat was het geval? Een bestuurder van een vennootschap stelt zich borg voor een bancaire lening van die vennootschap. De bestuurder/borg bezat op het moment van aangaan van de borgstelling niet de juridische eigendom van de aandelen in de vennootschap. Die aandelen waren wel al door hem gekocht, maar nog niet aan hem geleverd. De koopprijs voor de aandelen was evenmin voldaan op het moment van aangaan van de borgstelling. Kort (ongeveer 4 maanden) na het aangaan van de borgstelling verkreeg de bestuurder alsnog de juridische eigendom van de aandelen. Toen de bank hem weer twee maanden later aansprak uit hoofde van de borgtocht, vernietigde zijn echtgenote de borgstelling vanwege het ontbreken van haar toestemming.

Volgens de bank was die toestemming niet nodig op grond van art. 1:88 lid 5 BW. De bestuurder

bezat immers de meerderheid van de aandelen (en de lening was aangegaan ten behoeve van de reguliere activiteiten van de vennootschap). Het feit dat hij op het moment van borgstelling niet de juridische eigendom had van die aandelen was niet van belang, aldus de bank. Hij had immers wel de economische eigendom (volgens de bank) en bovendien had hij de juridische eigendom alsnog tijdens de looptijd van de borgstelling – dus vóór de vernietiging door de echtgenote – verkregen.

De Hoge Raad volgt de bank niet. De bestuurder had niet de juridische eigendom van de aandelen op het moment van aangaan van de borgstelling en daarmee werd niet voldaan aan art. 1:88 lid 5 BW. De Hoge Raad interpreteert de uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW strikt. Het gaat om:

- (i) de formeel juridische eigendom van de (meerderheid van de) aandelen in de vennootschap, en die eigendom moet bestaan:
- (ii) op het moment van aangaan van de borgtocht.

Daartoe overweegt de Hoge Raad:

‘3.4 Uit de ontstaansgeschiedenis van art. 1:88 BW, (...), komt naar voren dat de wetgever met de uitzondering op de gezinsbescherming van lid 5 (voorheen lid 4) van art. 1:88 een eenvoudige, doorzichtige regeling heeft willen geven en die uitzondering daarom heeft willen beperken tot gevallen waarin de handelende echtgenoot bestuurder is van een naamloze of besloten vennootschap waarvan deze alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen houdt.

3.5 Hierbij past niet de uitzonderingsbepaling van art. 1:88 lid 5 BW aldus uit te leggen dat die mede ziet op handelingen van een echtgenoot die bestuurder is van een besloten vennootschap en de aandelen daarvan niet houdt maar slechts heeft gekocht zonder dat zij aan hem zijn geleverd. De kwalificatie “economisch eigendom van de aandelen” van het onderdeel voor deze rechtstoestand maakt dit niet anders.’

De Hoge Raad eist hier dus – met een beroep op de wetsgeschiedenis en de strekking van het artikel – dat de vereisten van art. 1:88 lid 5 BW naar de letter worden nageleefd. Met name interessant is mijns inziens de opmerking dat de kwalificatie economisch eigendom hier geen ander licht op werpt. Er zijn immers zeker gevallen denkbaar waarbij in feite aan de strekking van art. 1:88 lid 5

BW wordt voldaan, zonder dat strikt genomen aan alle vereisten is voldaan. Niet alleen het onderhavige geval is daar een voorbeeld van. Ook valt te denken aan certificering constructies (bijvoorbeeld bij familiebedrijven) waarbij een stichting de formele eigendom van de aandelen bezit, maar de economische eigendom bij de certificaathouder berust (die misschien in een uitzonderlijk geval zelfs in het bestuur van de stichting zit). Ik kan mij goed voorstellen dat een minder oplettende wederpartij van de borg er dan van uitgaat dat toestemming van de echtgenoot niet nodig is. Dat is echter onjuist. Toestemming is wel vereist.

Lag de strikte redenering van de Hoge Raad voor de hand? Een aanwijzing voor het tegendeel vormt HR 11 juli 2003, *NJ* 2004, 173. Daarin oordeelde de Hoge Raad dat de bestuurder de meerderheid van de aandelen ook mag houden via allerlei tussenvennootschappen, mits voor elke tussenvennootschap opnieuw aan de eisen van bestuur en aandeelhouderschap wordt voldaan. Deze wat ruimere interpretatie werd evenzeer gerechtvaardigd met een beroep op de wetsgeschiedenis en de strekking van art. 1:88 lid 5 BW. Wat is dan die wetsgeschiedenis? De Hoge Raad haalt de toelichting van de regering (Memorie van Antwoord) op art. 1:88 lid 5 BW aan:

‘Een eenvoudige, *doorzichtige* (onderstreping AVE) regeling verdient de voorkeur, indien deze maar de criteria bevat die hier van belang zijn, *namelijk een combinatie van zeggenschap en financieel belang* (onderstreping AVE), zoals die zich voor de ondernemer ook bij de eenmanszaak en de vennootschap onder firma voordoet. (...) In het geval van lid 4 (nu art. 1:88 lid 5 BW, AVE) gaat het om een borgtocht voor een vennootschap, die alleen maar formeel een ander is, maar die in werkelijkheid een van de bedrijfsactiviteiten van de borg zelf is, even persoonlijk als een eenmanszaak of een vennootschap onder een firma.’

In de onderstreepte gedeelten van bovenstaande citaat zit de crux. In het onderhavige geval was immers geen sprake van zeggenschap van de bestuurder. Althans dat blijkt niet uit de stukken. De bestuurder had de aandelen nog niet geleverd gekregen en had evenmin op andere voet (bijvoorbeeld een overeenkomst met verkoper) invloed op het uitoefenen van stemrecht in afwachting van verkrijging van de aandelen. De bestuurder had daarmee onvoldoende invloed op de kans dat hij als borg zou worden aangesproken. Dit in tegenstelling tot het geval dat de be-

stuurder de meerderheid van die aandelen houdt via tussenvennootschappen. In een dergelijk geval heeft de bestuurder – via die tussenvennootschappen die hij controleert – de zeggenschap in de vennootschap waarvoor hij zich borg stelt. Bovendien is de constructie van de zeggenschap via tussenvennootschappen ‘doorzichtiger’. De wederpartij van de borg kan via het handelsregister controleren of de borg uiteindelijk de zeggenschap bezit (in geval van enig aandeelhouderschap). Een dergelijke eenvoudige controle is minder goed mogelijk bij economisch eigendom constructies. Die staan niet extern geregistreerd. Stel dat die bestuurder nu bijvoorbeeld via certificering niet de juridische eigendom van de aandelen heeft, maar wel het financiële belang en bovendien via een stemovereenkomst (naast de wettelijke certificaathoudersrechten en naast zijn positie als bestuurder) wezenlijke invloed kan uitoefenen op het beleid van de vennootschap. Mogen we dan aannemen dat wel aan de ratio van art. 1:88 lid 5 BW is voldaan en daarmee echte toestemming voor de borgstelling overbodig is? Ik ben bang van niet. In de Memorie van Antwoord wordt immers evenzeer overwogen:

‘Het is juist dat in de voorgestelde regeling geen rekening is gehouden met afwijkingen van de normale regeling van het stemrecht en evenmin met de mogelijkheid van certificering van aandelen. (...). Daaraan bestaat hier geen behoefte. De vennootschappen waarop de onderhavige bepaling het oog heeft, zijn zelden gecompliceerd van structuur; afwijkingen van de wettelijke stemregeling en certificering van aandelen zijn denkbaar, maar zullen weinig voorkomen.’

Voor wel voorkomende gevallen heeft de Hoge Raad denk ik in het arrest van 20 januari 2006 onderstreept dat ook dan geen reden is om een uitzondering op de strikte toepassing van art. 1:88 lid 5 BW aan te nemen. Zo moet mijns inziens de verwijzing naar ‘economische gerechtigdheid’ in het arrest worden verstaan. In die gevallen is dus echtelijk toestemming vereist.

## 5. Normale Bedrijfsuitoefening

Dan nog een enkel woord over het tweede vereiste van art. 1:88 lid 5 BW. De rechtshandeling waarvoor borg wordt gesteld moet tot de rechtshandelingen behoren die in de normale bedrijfsuitoefening plegen te worden verricht. In het onderhavige arrest ging het om bancair krediet. Het aantrekken daarvan behoort in beginsel tot

de normale bedrijfsuitoefening. Maar dat wil niet zeggen dat iedere bancaire lening tot de normale bedrijfsuitoefening behoort. Financiële transacties die bedoeld zijn tot redding van het bedrijf (bijvoorbeeld omzetting van een rekening courant schuld in een geldlening (waarvoor borg wordt gesteld) om een faillissement te voorkomen) behoren niet tot de normale bedrijfsvoering (HR 8 juli 2005, *NJ* 2006, 96). Dat zijn uitzonderingsgevallen waarin weer wel toestemming is vereist. De rechtshandeling waarvoor zekerheid wordt verleend (bijvoorbeeld de geldlening) moet zelf tot de normale bedrijfsuitoefening behoren. Het is niet voldoende dat die rechtshandeling de normale bedrijfsuitoefening begunstigt of daarvoor noodzakelijke voorwaarden schept.

## 6. Conclusie

Ik sluit af. Echtelijke toestemming voor borgstelling is niet nodig in geval de uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW zich voordoet. Voor wat betreft het daarin gestelde vereiste van aandeelhouderschap geldt het volgende:

De betreffende bestuurder houdt alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen in de vennootschap. Dat houdsterschap kan direct zijn of via tussenvennootschappen waarin steeds (opnieuw alleen of met medebestuurders) de meerderheid van de aandelen worden gehouden (HR 11 juli 2003, *NJ* 2004, 173). De aandelen moeten wel in juridisch eigendom worden gehouden. Het is niet voldoende als de betreffende directeur de economische eigendom van de aandelen heeft. Zelfs niet als hij later – dus na het aangaan van de borgtocht – de juridische eigendom alsnog verkrijgt (HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 79).

Het spreekt voor zich dat bovenstaande perikelen voorkomen kunnen worden door altijd de toestemming van de echtgenoot van de borg te eisen. In de gevallen dat de borg een dergelijke toestemming weigert, dient nadrukkelijk onderzocht te worden of bovengenoemde uitzonderingssituatie speelt. Daarbij geldt dat bij twijfel het beste toch toestemming kan worden verkregen.