

## Toestemmingsvereiste van artikel 1:88 Burgerlijk Wetboek.

### 1. Inleiding.

Regelmatig wordt een bestuurder van een vennootschap gevraagd zich hoofdelijk medeschuldenaar te stellen dan wel persoonlijk borg te staan. Het is wellicht goed zich daarbij te realiseren, dat in bepaalde gevallen de toestemming van de echtgenote níet is vereist.

### 2. Algemeen kader.

Het toestemmingsvereiste van artikel 1:88 BW beoogt de echtgenoten, in het belang van het gezin, tegen elkaar te beschermen tegen het verrichten van rechtshandelingen die gezien het voorwerp van de rechtshandeling of de aard daarvan benadelend zijn of een groot financieel risico meebrengen.

Artikel 88 BW bepaalt, dat een echtgenoot de toestemming behoeft van de andere echtgenoot voor onder andere overeenkomsten die ertoe strekken dat hij, anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf, zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt, of zich tot zekerheidstelling voor een schuld van de derde verbindt.

Deze toestemming is ingevolge lid 5 van artikel 88 niet vereist, indien zij 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 der aandelen houdt en mits zij geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap.

Uit de wetsgeschiedenis en jurisprudentie bij dit artikel volgt dat met het begrip ‘normale bedrijfsuitoefening’ een wezenlijke beperking op de uitzondering van het vijfde lid is beoogd. Zie HR 14 april 2000, LJN AA5526, Soetelieve / Stienstra. De in artikel 1:88 lid 5 BW bedoelde rechtshandeling moet een wezenlijk bedrijfsbelang dienen en dienstig zijn aan de kernactiviteit van de onderneming.

Allereerst is het dus van belang na te gaan of de bestuurder(s) de meerderheid van de aandelen houdt/ houden.

Verder is van belang is te bepalen wat tot de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap behoort. De toestemming van de andere echtgenoot is alleen dan niet vereist indien de rechtshandeling waarvoor de in artikel 1:88 lid 1 onder c BW bedoelde zekerheid wordt verstrekt zelf behoort tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van het bedrijf plegen te worden verricht (vgl. HR 8 juli 2005, NJ 2006, 96).

Vooraf dit tweede punt roept in de praktijk nogal eens wat vragen op.

### 3. Jurisprudentie.

Een voorbeeld is te vinden in de casus die de **Rechtbank Den Haag** beoordeelde in het vonnis van 17 april 2013 (ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ9662). De Rechtbank besliste, dat in de gegeven omstandigheden geen toestemming nodig was van de echtgenote voor het aangaan

van een betalingsovereenkomst, waarbij de bestuurder zich persoonlijk garant stelde. Het sluiten van deze overeenkomst werd aangemerkt als een normale bedrijfshandeling. De overeenkomst had namelijk betrekking op openstaande facturen ter zake van bouwwerkzaamheden die zijn verricht in opdracht en voor rekening van het bedrijf en hield dus direct verband met de bedrijfsuitoefening. De betalingsregeling leverde het bedrijf tevens een financieel voordeel op, doordat een deel van de uitstaande schuld werd kwijtgescholden.

In het genoemde arrest van de **Hoge Raad** van 8 juli 2005 (ECLI:NL:HR:2005:AT2632) ging het om de volgende casus.

Sprake was van een situatie waarin het rekening-courantkrediet aanzienlijk was gestegen zonder dat daar nog volgens de bank voldoende zekerheid tegenover stond, en waarin bijzondere maatregelen nodig waren om de holding en de met haar gelieerde vennootschappen weer een gezonde grondslag te geven voor de voortzetting van hun bedrijfsuitoefening. De omzetting van het rekening-courantkrediet in een geldlening onder borgtocht van de bestuurder geschiedde in dit kader. Het aangaan van de geldlening waarvoor de borgtocht werd verstrekt behoorde gezien dit kader niet tot de normale bedrijfsuitoefening.

Zie ook de casus van het vonnis van de **Rechtbank Zutphen** d.d. 16 mei 2012 ECLI:NL:RBZUT:2012:BW5761.

A en B richten dochter C op. C kan de verschuldigde managementfee aan A nog niet betalen, die zijn bestuurder die deze werkzaamheden voor C verricht geen loon kan betalen. B leent gelden aan A om het loon te kunnen betalen. De bestuurder van A heeft zich later als medeschuldenaar verbonden.

Aan de orde was de vraag of de geldleningsovereenkomst is geschied ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap. De Rechtbank oordeelde, dat van een in de normale bedrijfsuitoefening gebruikelijke rechtshandeling als het afsluiten van een krediet ter vergroting van de liquiditeit of financiering van de kernactiviteiten van een onderneming geen sprake was.

#### **4. Beroep op vernietiging wegens ontbrekende toestemming onrechtmatig?**

In de casus van het vonnis van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant d.d. 20 maart 2013 (ECLI:NL:2013:BZ4984) ging het om een wisselbrief, die de bestuurder in privé voor aval tekende. De echtgenote, die tevens mede-bestuurder was, vernietigde deze rechtshandeling wegens het ontbreken van haar toestemming. De Rechtbank oordeelde dat dit onrechtmatig was. Deze wissel met aval was in ruil van uitstel van betaling afgegeven in het belang van de vennootschap. Ook op haar rust de plicht tot een behoorlijke taakuitoefening. Dat zij stelt niet van de wissel met aval op de hoogte te zijn geweest kan haar daarom niet baten. Gezien de aard van de activiteiten van de onderneming mag van haar als voldoende nauwgezet (mede)bestuurder worden verwacht dat zij op de hoogte is van de transacties van de onderneming en de in het kader daarvan gemaakte (betalings)afspraken.

#### **5. Zorgplicht bank.**

Relevant kan ook zijn het arrest van de Hoge Raad d.d. 12 april 2013 ECLI:NL:HR:2013:BY8651. De zorgplicht van de bank jegens de borg strekt zich in beginsel niet uit tot de echtgenoot die op grond van art. 1:88 BW toestemming dient te geven voor de

borgtocht. Een andere beslissing zou niet in overeenstemming zijn met de rechtszekerheid en de eisen van een vlot en ongestoord rechtsverkeer.

Evenwel kunnen de omstandigheden van het geval meebrengen, dat de Bank bij het aangaan van de borgstelling en de verlening van de derde hypotheek gehouden was om de vrouw te waarschuwen voor het risico dat haar privévermogen daardoor liep. Het tekortschieten in deze waarschuwingsplicht kan meebrengen dat de Bank door de werking van art. 6:248 lid 2 BW wordt beperkt in de mogelijkheid tot verhaal op het privévermogen van de vrouw voor de gemeenschappelijke schulden van de echtgenoten. Daarbij verdient opmerking dat de zorgplicht die de Bank in dit geval volgens de onderdelen heeft, geen verband houdt met het vereiste van art. 1:88 BW en dus niet afhangt van het antwoord op de vraag of voor de borgstelling de toestemming van de vrouw was vereist.

*3.5.3 De onderdelen zijn echter gegrond voor zover zij betrekking hebben op het verwijt van [eiser 1] en [eiseres 2] aan de Bank dat zij is tekortgeschoten in haar zorgplicht jegens [eiseres 2] als haar klant. [eiser 1] en [eiseres 2] hebben in dit verband onder meer aangevoerd (i) dat, gelet op de vaststaande feiten dat [eiseres 2], net als [eiser 1], reeds geruime tijd (privé) vaste klant was van de Bank, dat zij tezamen met [eiser 1] een eerste en tweede hypotheek aan de Bank had verleend voor ten dele hun gemeenschappelijke privéschulden aan de Bank en dat zij tezamen met haar echtgenoot in verband met de borgstelling een derde hypotheek aan de Bank verleende, een contractuele relatie bestond tussen [eiseres 2] en de Bank waaruit voor de Bank een zorgplicht voortvloeide jegens haar, ook met betrekking tot de verlening van de borgtocht, (ii) dat de Bank wist dat [eiseres 2] (een aanzienlijk) privévermogen had, (iii) dat de Bank wist en overzag dat borgstelling en hypotheek tot gevolg konden hebben dat dit privévermogen zou (moeten) worden aangesproken voor de gemeenschappelijke schulden van [eiser 1] en [eiseres 2] aan de Bank die voordien geheel gedekt werden door de reeds verleende eerste en tweede hypotheek, en (iv) dat [eiseres 2] dit voor haar ernstige gevolg - haar privévermogen fungeerde als pensioenvoorziening - niet heeft voorzien en overzien ten tijde van (haar medewerking aan) borgstelling en hypotheek.*

## **6. Conclusie.**

Duidelijk is, dat de vraag wat tot de normale bedrijfsuitoefening behoort van geval tot geval moet worden beoordeeld. Betreft het een rechtshandeling, die een wezenlijk bedrijfsbelang dient en dienstig is aan de kernactiviteit van de onderneming? Slechts als daarvan sprake is kan de toestemming van de echtgenote van de bestuurder achterwege blijven.

Het sluiten van een geldleningsovereenkomst(krediet) met borgtocht ter vergroting van de liquiditeit of financiering van de kernactiviteiten van een onderneming behoort tot de normale bedrijfsuitoefening.

Het sluiten van een betalingsovereenkomst, waarbij de bestuurder zich persoonlijk garant stelde, waarbij de regeling het bedrijf tevens een financieel voordeel opleverde, doordat een deel van de uitstaande schuld werd kwijtgescholden, behoort eveneens tot deze categorie.

De omzetting van een rekeningcourantschuld in een geldlening met borgtocht, teneinde het bedrijf weer gezond te maken, behoorde daartoe echter niet.

Interessant is de casus waarin het doen van beroep op het ontbreken van toestemming onrechtmatig werd geoordeeld.

Ook de casus van de Hoge Raad van 12 april 2013 is relevant. Alhoewel een schuldeiser in het algemeen geen zorgplicht heeft jegens de echtgenote die toestemming heeft gegeven, kan de klantrelatie onder omstandigheden meebrengen dat de bank de klant/echtgenote dient te waarschuwen bij het aangaan van de borgtocht. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid brengt dan mede dat de verhaalsmogelijkheden van de bank worden ingeperkt.

(pdb131017)