

ECLI:NL:HR:2020:483

□ Rechtspraak.nl, Hoge Raad, 20-03-2020, ECLI:NL:HR:2020:483, 19/02195

Borgtocht; familierecht; procesrecht. Borgstelling door dga om uitstel van betaling voor onderneming te verkrijgen en aanvraag faillissement te voorkomen. Rechtsgeldige vernietiging van borgtocht door echtgenoot van dga? Art. 1:88 lid 1, onder c, BW en art. 1:88 lid 5 BW. Veroordeling in cassatie tot terugbetaling van hetgeen is betaald op grondslag van in cassatie vernietigde uitspraak?

GEGEVENS

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	20-03-2020
Datum publicatie	20-03-2020
Publicatie	Rechtspraak.nl
ECLI	ECLI:NL:HR:2020:483
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2019:1229, Gevolgd In cassatie op : ECLI:NL:GHSHE:2019:502, (Gedeeltelijke) vernietiging met verwijzen
Zaaknummer	19/02195
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Rechtsgebied	Burgerlijk procesrecht, Personen- en familierecht
Overige publicaties	JOR 2020/185 met annotatie van Christiaans, C.R. PFR-Updates.nl 2020-0073 NJB 2020/821 RvdW 2020/408 NJ 2020/125 RO 2020/32 RFR 2020/80

UITSPRAAK

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

CIVIELE KAMER

Nummer 19/02195

Datum 20 maart 2020

ARREST

In de zaak van

[eiser],wonende te [woonplaats],

EISER tot cassatie,

hierna: [eiser],

advocaten: A.C. van Schaick en N.E. Groeneveld-Tijssens,

tegen

[verweerster] B.V.,gevestigd te [vestigingsplaats],

VERWEERSTER in cassatie,

hierna: [verweerster],

niet verschenen.

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- het vonnis in de zaak C/01/304054/HA ZA 16-108 van de rechtbank Oost-Brabant van 21 december 2016;
- het arrest in de zaak 200.211.473/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 12 februari 2019.

[eiser] heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

Tegen [verweerster] is verstek verleend.

De zaak is voor [eiser] toegelicht door zijn advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal M.L.C.C. Lückers strekt tot vernietiging en verwijzing en tot toewijzing van de vordering tot terugbetaling van de proces- en nakosten waarin [eiser] in hoger beroep is veroordeeld, voor zover die reeds zijn voldaan, inclusief daarover verschuldigde wettelijke rente vanaf het moment van betaling

De advocaten van [eiser] hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2 Uitgangspunten en feiten

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) [verweerster] houdt zich onder meer bezig met het uitzenden en uitlenen van personeel.
- (ii) [A] B.V. hield zich onder meer bezig met asbestsanering en het slopen van bouwwerken. De statutaire naam van deze vennootschap is in 2015 gewijzigd in [B] B.V. (hierna: [B]).
- (iii) [C] B.V. (hierna: [C]) is de bestuurder en enig aandeelhouder van [B]. [eiser] houdt 10,1% van de aandelen in [C]. Zijn echtgenote [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]) houdt 89,9% van de aandelen en is de enige bestuurder van [C].
- (iv) Tussen [verweerster] en [B] bestond een handelsrelatie, in het kader waarvan zij (inleen)overeenkomsten met betrekking tot personeel hebben gesloten.
- (v) Ter uitvoering van deze overeenkomsten heeft [verweerster] aan [B] werknemers ter beschikking gesteld. Daarvoor heeft [verweerster] facturen aan [B] verzonden. Deze zijn, ondanks aanmaning voor een bedrag van € 33.498,35 onbetaald gebleven.
- (vi) Op 1 juni 2015 heeft [D] (hierna: [D]), de (toenmalige) gemachtigde van [verweerster], voor zover relevant, de volgende e-mail verzonden aan [eiser]:

“Ik heb overleg gehad met [betrokkene 2].

Hij wil akkoord gaan met betaling over 2 weken (...), maar dan moet u vandaag een garantstelling opstellen en tekenen waarin staat dat u met u privé holding en privé garant staat voor het bedrag van € 48.062,35. (...)”

- (vii) [eiser] heeft op deze e-mail dezelfde dag voor zover relevant, als volgt gereageerd:

“Ik heb uw mail in goede orde ontvangen.

Indien u een concept stuk op zou willen stellen dan stuur ik deze, ter goedkeuring, naar mijn adviseur zodat het e.e.a. geregeld zal worden.”

- (viii) Op 22 juni 2015 om 15:30 uur heeft [D], voor zover relevant, de volgende e-mail aan [eiser] gestuurd (en deze e-mail tevens verstuurd naar het zakelijke e-mailadres van diens echtgenote):

“Als u voor 17.00 uur een borgstelling in Privé getekend dan wachten we tot aan het einde van de week. Stuurt hij het niet op dan gaat om 17.00 de [faillissements]aanvraag eruit. (...)”

- (ix) Op 22 juni 2015 om 16:06 uur heeft [D] een e-mail aan [verweerster] gezonden met, voor zover relevant, de volgende inhoud:

“Ik ben gebeld door de Advocaat van [eiser] (...). Hij gaf mij aan dat er echt een akkoord is met de gemeente en er vrijdag zo als het nu lijkt wordt betaald. (...)

Hij gaf aan [eiser] een mail te laten opstellen waarin hij persoonlijk garant staat voor de betaling. Hij vond dit een zware garantie die wij wilden hebben. Ik ga er dus vanuit dat ik straks een mail ontvang van [eiser]. (...)”

- (x) [eiser] heeft op 22 juni 2015 om 16:58 uur een e-mail met, voor zover relevant, de volgende inhoud aan de gemachtigde van [verweerster] gezonden:

“Zoals besproken doen wij er echt alles aan om de vordering van [verweerster] zo spoedig te voldoen. U bent er mee bekend dat wij in overleg zijn met de gemeente en dat wij de vordering van [verweerster] voldoen meteen zodra wij geld van de gemeente hebben ontvangen. U liet mij weten dat [betrokkene 2] alleen afziet van het indienen van een faillissementsaanvraag indien ik mij persoonlijk borg stel voor de vordering van € 38.062,35.

Ik heb dan ook geen andere keuze dan hierbij te bevestigen dat ik mij – [eiser] – persoonlijk borg stel voor de voornoemde vordering van [verweerster]. De borgtocht komt natuurlijk te vervallen zodra de vordering is voldaan.”

- (xi) [B] is op 18 augustus 2015 failliet verklaard.

(xii) Bij brief van 28 augustus 2015 heeft de advocaat van [betrokkene 1] namens haar een beroep gedaan op de vernietigingsgrond van art. 1:89 lid 1 BW in verbinding met art. 1:88 lid 1, aanhef en onder c, BW.

- 2.2 [verweerster] vordert van [eiser] betaling van een bedrag van (in hoofdsom) € 34.608,33. Aan deze vordering heeft zij ten grondslag gelegd dat [B] de door [verweerster] gefactureerde bedragen onbetaald heeft gelaten en dat [eiser] op grond van de borgtocht gehouden is tot betaling. [eiser] heeft aangevoerd dat – als al sprake is van een borgtocht – deze door zijn echtgenote bij de hiervoor in 2.1 onder (xii) bedoelde brief is vernietigd. Deze vernietiging is volgens [eiser] rechtsgeldig, aangezien zijn echtgenote niet de voor deze borgtocht op grond van art. 1:88 lid 1, onder c, BW vereiste toestemming heeft verleend.
- 2.3 De rechtbank heeft de vordering van [verweerster] toegewezen. Volgens de rechtbank gaat het in dit geval om een (particuliere) borgtocht, waarvoor [betrokkene 1] toestemming had moeten geven. Haar beroep op de vernietigbaarheid is volgens de rechtbank echter in het licht van de beschermingsgedachte achter het toestemmingsvereiste naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, omdat onaannemelijk is dat zij niet van de borgstelling zou hebben geweten en evenmin aannemelijk is dat [eiser] daarin volledig op eigen houtje heeft gehandeld.
- 2.4 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.¹ Daartoe heeft het hof, samengevat weergegeven, als volgt overwogen. Ten tijde van de (hiervoor in 2.1 onder (x)) bedoelde e-mail van 22 juni 2015 was [eiser] weliswaar niet middellijk statutair bestuurder van [B], maar hij was toen wel feitelijk een bestuurder van de onderneming [eiser] was zo nauw verbonden met de vennootschappen en had financieel belang bij de bedrijfsresultaten van [B] (via [C]), dat hij in de praktijk als ondernemer moet gelden. (rov. 5.5) De rechtshandelingen waarvoor zekerheid werd verstrekt, betreffen het nakomen van aangevane verplichtingen voor het inlenen van personeel. Beoordeeld moet worden of die rechtshandelingen geschieden ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap. Dat het inlenen van personeel en het daarvoor betalen tot de normale bedrijfsvoering van [B] behoorden, volgt uit het betoog van [eiser] zelf. (rov. 5.6) De verklaring van [eiser] in de e-mail van 22 juni 2015 kan niet anders worden gelezen dan als een borgstelling, gelet op de betekenis die partijen over en weer aan de verklaring mochten geven, althans gelet op de betekenis die [verweerster] daaraan mocht geven. Het gaat hier om een zakelijke borgstelling (die werd verricht door een bestuurder van een besloten vennootschap, die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid der aandelen houdt en die geschiedde ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap), zodat het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1, onder c, BW en het bewijsvoorschrift van art. 7:859 BW niet van toepassing zijn. Daaruit volgt dat de e-mail ook voldoende bewijs oplevert van de borgstelling en dat [betrokkene 1] de borgstelling niet kon vernietigen. (rov. 5.7)

3 Beoordeling van het middel

- 3.1 Onderdeel 1 van het middel klaagt dat het (door het hof in rov. 5.6 bedoelde) nakomen van aangevane verplichtingen voor het inlenen van personeel geen

rechtshandeling is, althans geen rechtshandeling die behoort tot de normale uitoefening van het bedrijf van een vennootschap als bedoeld in art. 1:88 lid 5 BW respectievelijk art. 7:857 BW. Dat geldt zeker indien de overeenkomst die het stellen van zekerheid voor het nakomen van aangelegene verplichtingen tot onderwerp heeft, ertoe strekt een faillissementsaanvraag te voorkomen en aansprakelijkheid beoogt te creëren voor een bestaande vordering op de vennootschap waarvoor voordien geen aansprakelijkheid bestond, zonder dat daartegenover een prestatie van de schuldeiser staat die de vennootschap of de steller van zekerheid (financieel) voordeel oplevert. Het oordeel van het hof is dan ook onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd, aldus de klacht.

- 3.2 Op grond van vaste rechtspraak van de Hoge Raad moet de vraag of de uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW op het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1, aanhef en onder c, BW van toepassing is, worden beantwoord aan de hand van de maatstaf 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.²
- 3.3 In de passages in de processtukken waarnaar onderdeel 1 verwijst, heeft [eiser] aangevoerd, kort samengevat, dat hij zich borg heeft gesteld voor een verplichting die [B] reeds eerder jegens [verweerster] was aangeaan, dat de borgstelling ertoe diende om uitstel van betaling voor [B] te verkrijgen en om te voorkomen dat [verweerster] het faillissement van [B] zou aanvragen, en dat tegenover de borgtocht niet een prestatie van de kant van [verweerster] stond die [B] dan wel [eiser] financieel of ander voordeel opleverde.
- 3.4 Blijkens rov. 5.6 heeft het hof onderzocht of “het inlenen van personeel en het daarvoor betalen tot de normale bedrijfsvoering van [B] behoorde”. Aldus heeft het hof miskend dat in de hiervoor in 3.3 bedoelde stellingen van [eiser] besloten ligt dat de zekerheid niet werd verstrekt om het inlenen van personeel te kunnen voortzetten, maar met het oog op het aangaan van een overeenkomst tussen [B] en [verweerster] die ertoe strekte dat [B] uitstel van betaling verkreeg van haar bestaande verplichtingen jegens [verweerster] en dat laatstgenoemde niet het faillissement van [B] zou aanvragen. Het hof had dan ook moeten onderzoeken of laatstgenoemde overeenkomst behoort tot de rechtshandelingen die ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van [B] pleegden te worden verricht.³ Daarbij had het hof ook kenbaar moeten ingaan op de stelling van [eiser] dat tegenover de borgtocht niet een tegenprestatie van [verweerster] stond die [B] dan wel [eiser] financieel of ander voordeel opleverde.
- 3.5 De op het vorenstaande gerichte klachten van onderdeel 1 treffen doel. De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.
- 3.6.1 Bij zijn procesinleiding in cassatie vordert [eiser] veroordeling van [verweerster] tot terugbetaling van alles wat [eiser] op grond van het vonnis van de rechtbank en het arrest van het hof heeft betaald, vermeerderd met de wettelijke rente.
- 3.6.2 In cassatie is alleen plaats voor een veroordeling tot terugbetaling van hetgeen waartoe een partij in de bestreden uitspraak is veroordeeld, indien de Hoge Raad die uitspraak vernietigt en, op de voet van art. 420 Rv, zelf het geding afdoet door de in die uitspraak toegewezen vordering alsnog af te wijzen.⁴ Deze met de aard van de cassatieprocedure samenhangende regel ziet zowel op de in de bestreden uitspraak uitgesproken hoofdveroordeling als op de in die uitspraak vervatte proceskostenveroordeling. In dit geval doet de Hoge Raad niet zelf de zaak af, zodat er geen plaats is voor een veroordeling tot terugbetaling. Deze vordering moet derhalve worden afgewezen.
- 3.6.3 Het vorenstaande laat onverlet dat een partij in een afzonderlijk geding kan worden veroordeeld tot terugbetaling van hetgeen aan haar is betaald op grond van een in hoger beroep uitgesproken proceskostenveroordeling, indien door vernietiging in cassatie van de bestreden uitspraak de rechtsgrond aan die proceskostenveroordeling is ontvallen.⁵

4 Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 12 februari 2019;
- verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing
- veroordeelt [verweerster] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiser] begroot op € 996,60 aan verschotten en € 2.600,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [verweerster] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan;
- wijst de hiervoor in 3.6.1 vermelde vordering af.

Dit arrest is gewezen door de vicepresident C.A. Streefkerk als voorzitter en de raadsheren M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek, C.E. du Perron en F.J.P. Lock, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer C.E. du Perron op 20 maart 2020.

VOETNOTEN

1
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:502.

2
Zie HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1220, rov. 3.3.2, met verwijzingen naar eerdere rechtspraak.

3
Vgl. HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3606, rov. 4.3.

4
Zie HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2013, rov. 1.6, en HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1845, rov. 3.4.2.

5
Zie HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:728.