

ECLI:NL:HR:2018:1220

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	13-07-2018
Datum publicatie	13-07-2018
Zaaknummer	17/03820
Formele relaties	In cassatie op : ECLI:NL:GHARL:2017:3926, (Gedeeltelijke) vernietiging met verwijzen Conclusie: ECLI:NL:PHR:2018:460, Gevolgd
Rechtsgebieden	Personen- en familierecht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	Verbintenissenrecht, huwelijksvermogensrecht. Vernietigbaarheid borgtochtovereenkomst wegens ontbreken toestemming echtgenote? Art. 1:88 lid 1, onder c, BW i.v.m. art. 1:89 lid 1 BW. Reikwijdte uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW. Rechtshandeling ten behoeve van normale bedrijfsuitoefening.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl PFR-Updates.nl 2018-0190 NJB 2018/1520 NJ 2018/342 RvdW 2018/897 Ars Aequi AA20180816 met annotatie van A.J.M. Nuytinck JIN 2018/137 met annotatie van G.G. Boeve

Uitspraak

13 juli 2018

Eerste Kamer

17/03820

TT/EE

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

De coöperatie COÖPERATIEVE RABOBANK U.A.,
gevestigd te Amsterdam,
EISERES tot cassatie,
advocaat: mr. T.T. van Zanten,

t e g e n

[verweerder],
wonende te [woonplaats],
VERWEERDER in cassatie,
niet verschenen.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Rabobank en [verweerder].

1 Het geding in feitelijke instanties

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

- a. de vonnissen in de zaak C/19/105459/HA ZA 14-142 van de rechtbank Noord-Nederland van 15 oktober 2014 en 18 februari 2015;
- b. het arrest in de zaak 200.170.502/01 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 9 mei 2017.
Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft Rabobank beroep in cassatie ingesteld. De procesinleiding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Tegen [verweerder] is verstek verleend.

De conclusie van de Advocaat-Generaal M.L.C.C. Lückers strekt tot vernietiging en verwijzing.

3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [verweerder] is accountant. Op 30 mei 2006 zijn opgericht Acca Accountants en Adviseurs B.V. (hierna: Acca), A-Top Holding B.V. (hierna: A-Top Holding) en Stichting Administratiekantoor Focus (hierna: de Stichting). Enig aandeelhouder en bestuurder van Acca is A-Top Holding. Enig aandeelhouder van A-Top Holding is de Stichting. Enig bestuurder van A-Top Holding en van de Stichting is [verweerder]. [verweerder] houdt de meerderheid van de door de Stichting uitgegeven certificaten van aandelen.

Het statutaire doel van Acca is blijkens art. 2 van de akte van oprichting:

“a. het uitoefenen van dienstverlening op het gebied van accountancy, belastingadvisering, consultancy en financiële dienstverlening in de meest ruime zin;

b. het verwerven, beheren (waaronder mede wordt verstaan het beleggen) en vervreemden van aandelen in naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en van effecten in het algemeen, alsmede van registergoederen en andere

vermogensbestanddelen;

c. het oprichten en verwerven van, het deelnemen in, het samenwerken met, het voeren van het bestuur over, alsmede het (doen) financieren van andere ondernemingen, in welke rechtsvorm ook;

d. het verlenen van managementdiensten en het aangaan van managementovereenkomsten;

e. het sluiten en uitvoeren van lijfrente-overeenkomsten;

f. het overeenkomen, uitvoeren en beheren van pensioenregelingen;

g. het verstrekken en aangaan van geldleningen, het stellen van zekerheden, ook voor schulden van anderen;

h. het verrichten van al hetgeen met het vorenstaande verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn, alles in de ruimste zin."

- ii) Rabobank is in januari 2007 met Acca een financierings- en kredietovereenkomst aangegaan.
- iii) [verweerder] heeft zich bij onderhandse akte van 11 januari 2007 borg gesteld tegenover Rabobank voor de betaling van al hetgeen Rabobank blijkens haar administratie van Acca te vorderen heeft of mocht hebben. Het bedrag waarvoor [verweerder] uit hoofde van deze borgstelling kan worden aangesproken is beperkt tot € 350.000,--.

- iv) Met de in januari 2007 door Rabobank verstrekte financiering heeft Acca zich ingekocht in de maatschap [A] (hierna: [A]). Vanaf dat moment heeft [verweerder] zijn werk als accountant binnen die groep uitgeoefend.

- v) In maart 2011 heeft een herfinanciering plaatsgevonden, waarbij Rabobank een geldlening van € 350.000,-- en een krediet van € 85.000,-- aan Acca en A-Top Holding heeft verstrekt. A-Top Holding is naast Acca hoofdelijk aansprakelijk jegens Rabobank voor deze financiering.

- vi) In de financieringsovereenkomst van maart 2011 is onder meer het volgende bepaald:

"De bestaande zekerheden blijven gehandhaafd en strekken ook tot zekerheid voor de aangeboden financiering(en)."

- vii) [A] is in ernstige financiële problemen geraakt nadat haar grootste cliënt in 2012 failliet ging. Acca is per 31 december 2013 ontbonden en uitgeschreven uit het handelsregister.

- viii) Wegens de ontbinding van Acca heeft Rabobank de financieringsovereenkomst bij brief van 3 februari 2014 opgezegd en de gehele financiering opgeëist. Tevens heeft zij [verweerder] op grond van zijn borgstelling tot betaling van een bedrag van € 350.000,-- aangesproken.

- ix) Bij brief van 24 juni 2014 heeft de echtgenote van [verweerder] de door [verweerder] op 11 januari 2007 gesloten borgtochtovereenkomst vernietigd op grond van artikel 1:89 BW wegens het ontbreken van haar toestemming als bedoeld in artikel 1:88 BW.

3.2.1 Voor zover in cassatie van belang, heeft Rabobank gevorderd om [verweerder] te veroordelen op grond van de borgtochtovereenkomst aan haar een bedrag van € 350.000,-- in hoofdsom te betalen. De rechtbank heeft de vordering afgewezen.

3.2.2 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Het heeft geoordeeld dat het aangaan van de financiering ten behoeve van de inkoop van Acca in [A] om [verweerder] in staat te stellen zijn beroep als accountant in [A] uit te oefenen niet als een rechtshandeling ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van Acca kan worden beschouwd. Het heeft in dit verband overwogen:

"5.7 De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3606, onder verwijzing naar zijn arrest van 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5526, overwogen dat uit de ontstaansgeschiedenis van artikel 1:88 lid 5 (destijds lid 4) BW naar voren komt dat de wetgever in het kader van de in artikel 1:88 BW geregelde materie het beginsel van de gezinsbescherming belangrijk achtte en dat hij daarop weliswaar een uitzondering heeft gemaakt door lid 5 toe te voegen, doch daarbij met de woorden "*mits zij geschiedt ten*

behoefte van de normale bedrijfsuitoefening van die vennootschap” een wezenlijke beperking heeft beoogd. De toestemming van de andere echtgenoot is alleen dan niet vereist indien de rechtshandeling waarvoor de in artikel 1:88 lid 1 aanhef en onder c BW bedoelde zekerheid wordt verstrekt zelf behoort tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van een bedrijf plegen te worden verricht.

- 5.8 Het hof stelt in dit verband voorop dat tussen partijen niet in geschil is dat [verweerder] ter uitoefening van zijn beroep als accountant binnen de [A] een juridische structuur heeft opgezet met Acca als werkmaatschappij. Door middel van Acca heeft [verweerder] zich ingekocht in de [A] en bij Rabobank de daarvoor benodigde gelden geleend. Het doel van Acca is blijkens haar statuten in de eerste plaats (a) het uitoefenen van dienstverlening op het gebied van accountancy, belastingadvisering, consultancy en financiële dienstverlening in de meest ruime zin. De overige doelstellingen (b t/m h) kunnen niet los worden gezien van de primaire doelstelling, maar houden daarmee verband of kunnen daartoe bevorderlijk zijn. Het hof is dan ook van oordeel dat het voor de beantwoording van de vraag wat behoort tot de normale bedrijfsuitoefening van Acca bepalend is wat behoort tot de normale bedrijfsuitoefening van een accountant.
- 5.9 Het aangaan van een bankkrediet door een accountant zal doorgaans als een normale bedrijfshandeling kunnen worden aangemerkt wanneer het gaat om een gewone geldlening ter financiering van zaken als kantoorinrichting of een vervoersmiddel of ter vergroting van liquiditeiten. De vraag ligt voor of dat ook geldt voor het aangaan van een krediet als het onderhavige van € 350.000,- ten behoeve van de bij intreding in de maatschap ineens te betalen goodwill-som, waarmee het recht werd verworven om te delen in toekomstige winsten van die maatschap. Dienaangaande overweegt het hof het volgende.
- 5.10 Het beroep van accountant kan, zoals ook [verweerder] heeft betoogd, op verschillende manieren worden uitgeoefend. Zo kan een accountant in loondienst werken of als zelfstandige het beroep uitoefenen in de vorm van een eenmanszaak of door middel van een besloten vennootschap. Ook kan hij in maatschapsverband werken al dan niet door middel van een besloten vennootschap. Toetreding tot een bestaande maatschap kan bovendien op verschillende manieren plaatsvinden. Naast inkoop in een maatschap door betaling van een bedrag (goodwill-som) ineens, is één of andere vorm van een inklimregeling/inverdienregeling alleszins gebruikelijk.
- 5.11 Het hof is, gelet op hetgeen hiervoor in rechtsoverweging 5.10 is overwogen en mede gezien de gezinsbeschermingsgedachte die ten grondslag ligt aan art. 1:88 lid 1 BW en die dwingt tot een restrictieve uitleg van de uitzondering van lid 5, van oordeel dat het aangaan van de in het geding zijnde financiering ten behoeve van de inkoop in een maatschap door betaling van een goodwill-som van € 350.000,- ineens, niet kan worden aangemerkt als een rechtshandeling die *kenmerkend* is in die zin dat zij ten behoeve van de normale uitoefening van het beroep van accountant gebruikelijk is. Dit brengt mee dat op grond van artikel 1:88 lid 1 aanhef en onder c BW de toestemming van de echtgenote van [verweerder] vereist was en dat zij, nu deze toestemming niet was verleend, de borgtocht heeft kunnen vernietigen.
- 5.12 Het onder grief 1 verwoorde bewijsaanbod zal het hof passeren, nu dat aanbod niet ter zake dienend is.”
- 3.3.1 Onderdeel 1.2 van het middel betoogt dat het hof in rov. 5.11 heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting of zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd, door bij de beoordeling van de vraag of de rechtshandeling is geschied ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening in de zin van art. 1:88 lid 5 BW, beslissend te achten of de rechtshandeling kenmerkend is voor het beroep van accountant. Voorts getuigt het oordeel van het hof in rov. 5.11 in verbinding met rov. 5.10 volgens het onderdeel van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot het begrip “ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening” in de zin van art. 1:88 lid 5 BW. Voor het antwoord op de vraag of een

bepaalde rechtshandeling geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van een vennootschap, is niet beslissend of voor het doel waarvoor die rechtshandeling is aangegaan alternatieven bestaan.

Onderdeel 1.3 doet een beroep op de volgende stellingen die door Rabobank zijn aangevoerd en door het hof niet onjuist zijn bevonden: (i) dat de financieringsovereenkomst door Acca is aangegaan om zich te kunnen inkopen in [A] en de financiering ook voor dat doel is aangewend, terwijl het aangaan van een financieringsovereenkomst met dat doel in wezen de enige functie van Acca was; (ii) dat, hoewel de financiering een substantieel bedrag betrof, het hierbij niet ging om een financiering met een verhoogd kredietrisico; (iii) dat [A] zich, toen de financiering in 2007 werd aangetrokken, nog niet in financiële problemen bevond; en (iv) dat de financiering daadwerkelijk ten goede is gekomen aan Acca (en dus indirect ook aan [verweerder]) en door de financiering de liquiditeiten van Acca werden vergroot.

Het hof heeft in rov. 5.8-5.11 deze stellingen ten onrechte niet betrokken bij de beoordeling van de vraag of de rechtshandeling is geschied ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening in de zin van art. 1:88 lid 5 BW, aldus het onderdeel.

3.3.2 Volgens art. 1:88 lid 1, aanhef en onder c, BW heeft een echtgenoot de toestemming van de andere echtgenoot voor een overeenkomst waarbij hij zich, anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf, als borg verbindt. Art. 1:88 lid 5 BW bepaalt dat de toestemming voor het verrichten van een rechtshandeling als bedoeld in art. 1:88 lid 1, onder c, BW niet is vereist indien die rechtshandeling 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 van de aandelen houdt en mits die rechtshandeling geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap.

In de parlementaire geschiedenis is de in art. 1:88 lid 5 BW bedoelde uitzondering op het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1, aanhef en onder c, BW onder meer als volgt toegelicht:

“Lid 4 [thans lid 5] wijzigt de vrijstelling van het vereiste der toestemming, die artikel 88 lid 1 onder c thans bevat voor borgstellingen en dgl. die «in de uitoefening van een beroep of bedrijf» worden gegeven. In de rechtspraak wordt deze vrijstelling thans zeer beperkt uitgelegd (...). Een beperkte uitleg valt in het belang van de andere echtgenoot in beginsel toe te juichen, omdat garanties ten behoeve van derden uitzonderlijke en gevaarlijke handelingen plegen te zijn. Echter bestaat er aanleiding toe voor één categorie uitzondering te maken. Degene die een zelfstandig beroep uitoefent of door een eenmansonderneming of vennootschap onder firma aan het zakenleven deelneemt, draagt daarvoor de volle aansprakelijkheid, waarvan zijn echtgenote de financiële gevolgen kan ondervinden, zonder dat diens persoonlijke 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] komt aan deze behoefte van de praktijk tegemoet. Dit is ook tegenover de andere echtgenoot gerechtvaardigd, omdat deze geen meerder risico loopt dan bij rechtstreekse beroeps- of bedrijfsuitoefening buiten de rechtsvorm der besloten vennootschap.”

(Parl. Gesch. Aanpassing B.W. (Inv. 3, 5 en 6), p. 20).

En:

“Artikel 88 lid 4. Ter inleiding van de beantwoording der vragen waartoe deze bepaling

aanleiding geeft, wil ik opmerken dat zij in het bijzonder van belang is voor middenstandsbedrijven in de rechtsvorm van een BV. Een middenstandsonderneming is zonder bankkrediet nauwelijks te drijven. Wordt zij gedreven in de vorm van een eenmanszaak of een vennootschap onder firma, dan pleegt de bank allerlei zakelijke zekerheid te bedingen, doch bovendien is de eigenaar der zaak, resp. zijn de vennoten, tegenover de bank ook volledig persoonlijk aansprakelijk. Door oprichting van, vaak <<omzetting>> van een bestaand bedrijf in, een BV valt die persoonlijke aansprakelijkheid weg. Voor haar bereidheid tot kredietverlening pleegt de bank dan ook in zulk een geval de verlening van borgtocht door de ondernemer te verlangen. Aangezien, zoals opgemerkt, bankkrediet voor het ondernemen onontbeerlijk is, valt daaraan wel niet te ontkomen. Maar dan is het ook niet gewenst dat de echtgenoot het verstrekken van die borgtocht kan tegenhouden. Het alternatief zou dan zijn dat hetzij de onderneming, gewoonlijk de bron van inkomen voor het gezin, moet sluiten of worden verkocht, hetzij de ondernemer machtiging van de kantonrechter moet zien te verkrijgen, met alle echtelijke onaangenaamheden die daaraan zijn verbonden. Daarbij moet worden gedacht dat de keuze van de rechtsvorm der onderneming niet of slechts in geringe mate met het oog op de gevolgen voor het huwelijksvermogensrecht wordt bepaald, maar veeleer door commerciële of fiscale overwegingen."

(Parl. Gesch. Aanpassing B.W. (Inv. 3, 5 en 6), p. 35)

Vgl. ook de memorie van toelichting bij art. 7:857 BW, Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 444-445, waar in aanvulling op het voorgaande is opgemerkt:

"Men lette erop dat de bepaling in dit verband spreekt van de „normale" uitoefening van het bedrijf. Aldus wordt aangegeven dat de onderhavige afdeling wèl van toepassing is op borgtochten die weliswaar door een bestuurder als hier bedoeld zijn aangegaan ten behoeve van de vennootschap, maar die van de aanvang af zakelijke grondslag ontbeerden, bij voorbeeld omdat zij verband hielden met de financiering van handelingen die met de uitoefening van het bedrijf van een vennootschap onvoldoende van doen hadden."

Het voorgaande betekent volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad niet dat bij borgstelling voor bankkredieten de uitzondering op het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 5 BW in beginsel steeds van toepassing is. De maatstaf voor de toepasselijkheid van art. 1:88 lid 5 BW is 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 (vgl. HR 8 juli 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2632, NJ 2006/96, rov. 3.5; HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3606, NJ 2016/29, rov. 4.2).

- 3.3.3 [verweerder] heeft zich als enig middellijk bestuurder van Acca borg gesteld opdat Acca financiering zou verkrijgen teneinde zich te kunnen inkopen in [A], waardoor [verweerder] zijn werk als accountant binnen [A] kon uitoefenen. Gelet op hetgeen hiervoor in 3.3.2 is overwogen, diende het hof te onderzoeken of de lening waarvoor [verweerder] zich aldus borg stelde, behoort tot de rechtshandelingen die ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van Acca plegen te worden verricht. In dat verband zijn de in onderdeel 1.3 genoemde en hiervoor in 3.3.1 vermelde stellingen van belang, waarin besloten ligt dat de financiering was vereist om Acca in staat te stellen haar normale bedrijfsuitoefening te ontplooien, dat de financiering een normale bedrijfshandeling was, en dat aan deze financiering geen bijzonder risico verbonden was. Het hof had een en ander in zijn beoordeling dienen te betrekken. Voorts is niet van belang dat er voor [verweerder] nog andere manieren waren om zijn beroep als accountant uit te oefenen en dat inkoop in een bestaande maatschap ook op een andere wijze kan plaatsvinden. Door te oordelen dat, mede gelet op het bestaan van die andere manieren, het aangaan van de in het geding zijnde financiering ten behoeve van de inkoop in een maatschap door betaling van een goodwill-som van € 350.000,-- ineens, niet kan worden aangemerkt als een rechtshandeling die kenmerkend is in die zin dat zij ten behoeve van de normale uitoefening van het beroep

van accountant gebruikelijk is en door daarbij geen kenbare aandacht te besteden aan de in onderdeel 1.3 genoemde stellingen, heeft het hof dan ook ofwel een te strenge maatstaf aangelegd, ofwel zijn oordeel niet naar behoren gemotiveerd. De onderdelen 1.2 en 1.3 zijn dus gegrond.

3.4 Het hiervoor in 3.3.3 overwogene brengt mee dat ook onderdeel 2, dat gericht is tegen het passeren in rov. 5.12 van het bewijsaanbod van Rabobank, slaagt.

3.5 Onderdeel 1.1 kan niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 9 mei 2017;

verwijst het geding naar het gerechtshof 's Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt [verweerder] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Rabobank begroot op € 6.671,96 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president C.A. Streefkerk als voorzitter en de raadsheren A.H.T. Heisterkamp, T.H. Tanja-van den Broek, C.E. du Perron en C.H. Sieburgh, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer T.H. Tanja-van den Broek op 13 juli 2018.