

JOR 2018/263, Hoge Raad, 13-07-2018, ECLI:NL:HR:2018:1220,
ECLI:NL:PHR:2018:460, 17/03820 (annotatie)

Instantie: Hoge Raad
Datum uitspraak: 13-07-2018, 04-05-2018
Publicatie: JOR 2018/263 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 10, 2018
Annotator: <ul style="list-style-type: none"> • mr. G.J.L. Bergervoet
ECLI: ECLI:NL:HR:2018:1220 , ECLI:NL:PHR:2018:460
Zaaknummer: 17/03820, 17/03820
Overige publicaties: <ul style="list-style-type: none"> • ECLI:NL:HR:2018:1220 • JIN 2018/137 met annotatie van G.G. Boeve • JPF 2018/122 • NJB 2018/1520 • NJ 2018/342 • RvdW 2018/897 • RFR 2018/132 • RCR 2018/83 • JONDR 2018/577 • PFR-Updates.nl 2018-0190 • AA20180816 met annotatie van Nuytinck A.J.M. André • ECLI:NL:PHR:2018:460 • JIN 2018/137 met annotatie van G.G. Boeve • JPF 2018/122
Rechtsgebied: Insolventierecht
Rubriek: Financiering, zekerheden en insolventie
Rechters: <ul style="list-style-type: none"> • mr. Streefkerk • mr. Heisterkamp • mr. Tanja-van den Broek • mr. Du Perron • mr. Sieburgh
Partijen: De coöperatie Coöperatieve Rabobank UA te Amsterdam, eiseres tot cassatie, advocaat: mr. T.T. van Zanten, tegen X, verweerder in cassatie, niet verschenen.
Regelgeving: <ul style="list-style-type: none"> • BW Boek 1 - 88 lid 1 aanhef en onder c en lid 5 • BW Boek 1 - 89

Inhoudsindicatie

Borgtochtovereenkomst, Toestemmingsvereiste ex art. 1:88 lid 1 aanhef en onder c BW, Uitzondering ex art. 1:88 lid 5 BW, Behoort het aangaan van financiering ten behoeve van inkoop in maatschap door accountant tot de normale uitoefening van het beroep van accountant, Maatstaf en motivering, Cassatie van Hof Arnhem-Leeuwarden 9 mei 2017, «JOR» 2018/44, m.nt. Christiaans, Verwijzing naar HR 8 juli 2005, «JOR» 2005/233, m.nt. Verdaas (Rabobank/Van

Hees) en HR 18 december 2015, «JOR» 2016/106, m.nt. Bertrams (Nooij/ING)

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Samenvatting

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. Gelet op de parlementaire geschiedenis 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, «JOR» 2005/233, m.nt. Verdaas (Rabobank/Van Hees) en HR 18 december 2015, «JOR» 2016/106, m.nt. Bertrams (Nooij/ING)). Verweerder (in cassatie) 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 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 stellingen van de bank 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 genoemde stellingen, heeft het hof dan ook ofwel een te strenge maatstaf aangelegd, ofwel zijn oordeel niet naar behoren gemotiveerd.

Uitspraak

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Lückers)

In deze zaak heeft een accountant zich borg gesteld voor de door zijn vennootschap – waarvan hij indirect directeur-grootaandeelhouder was – aangetrokken financiering voor de inkoop door deze vennootschap in een maatschap waarin de accountant zijn beroep uitoefende. Als door de bank een beroep wordt gedaan op deze borgstelling, komt aan de orde of hiervoor de toestemming van zijn echtgenote was vereist op grond van art 1:88 lid 1 sub c BW of dat hier de uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW opging. Daarbij speelt slechts nog de vraag of de borgstelling was geschied “ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap” in de zin van art. 1:88 lid 5 BW. In cassatie wordt geklaagd over het oordeel van het hof dat aan deze eis niet was voldaan nu “het aangaan van de in 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". De klachten richten zich enerzijds tegen het oordeel dat voor de normale bedrijfsuitoefening van de vennootschap bepalend is wat behoort tot de normale bedrijfsuitoefening van een accountant, en anderzijds keren ze zich tegen de aan het oordeel van het hof ten grondslag liggende gedachte dat, nu er (ook) gebruikelijke alternatieven zijn voor (de uitoefening van het beroep van accountant via) de inkoop in een maatschap met een som ineens, de financiering van deze inkoop niet tot de normale bedrijfsuitoefening behoort. Aandacht wordt besteed aan de parlementaire geschiedenis en de bestendige lijn van HR-jurisprudentie over dit criterium (welke laatste in deze zaak overigens niet aan de orde lijkt te zijn). Ten slotte lijkt niet goed mogelijk om gehoor te geven aan de oproep van eiseres tot cassatie tot het geven van duidelijke, algemene (en ook minder stringente) richtlijnen voor de invulling van dit nogal casusafhankelijke criterium.

1. Feiten en procesverloop

1.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten:¹

(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. Enig aandeelhouder en bestuurder van Acca is A-Top Holding. Enig aandeelhouder van A-Top Holding is Stichting Administratiekantoor Focus. Enig bestuurder van A-Top Holding en Stichting Administratiekantoor Focus is [verweerder]. [verweerder] houdt de meerderheid van de door Stichting Administratiekantoor Focus uitgegeven certificaten van aandelen.

(ii) Het statutaire doel van Acca is blijkens artikel 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.”

(iii) Rabobank is in januari 2007 met Acca een financierings- en kredietovereenkomst aangegaan.

(iv) [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 een bedrag van € 350.000,-.

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

(vi) In maart 2011 heeft er 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.

(vii) 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).”

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

(ix) Vanwege 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.

(x) Bij brief van 24 juni 2014 heeft [betrokkene 1], 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.

1.2. Bij dagvaarding van 3 juni 2014 heeft Rabobank de onderhavige procedure – toen nog jegens [verweerder] zowel als A-Top Holding – bij de rechtbank Noord-Nederland ingeleid. Zij heeft daarbij gevorderd dat [verweerder] op grond van de borgtochtovereenkomst wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 350.000,- vermeerderd met rente en kosten en dat A-Top Holding op grond van de terugbetalingsverplichting uit de financieringsovereenkomst wordt veroordeeld tot betaling van € 365.199,68 vermeerderd met rente en kosten.

1.3. [verweerder] heeft gemotiveerd verweer gevoerd en geconcludeerd tot afwijzing van de vordering van Rabobank jegens hem. Hij heeft betwist dat sprake is van een geldige borgtochtovereenkomst, nu zijn echtgenote de daarvoor op grond van art. 1:88 lid 1 sub c BW benodigde toestemming niet heeft verleend.

1.4. Nadat bij tussenvonnis van 15 oktober 2014 een comparitie van partijen was gelast, welke comparitie op 23 januari 2015 heeft plaatsgevonden, heeft de rechtbank bij vonnis van 18 februari 2015 de vordering ten aanzien van [verweerder] afgewezen. De vordering ten aanzien van A-Top Holding – die in cassatie geen rol meer speelt – werd toegewezen.

De rechtbank heeft hiertoe overwogen dat [verweerder] met betrekking tot Acca aan de vereisten van de uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW voldoet wat betreft zeggenschap en financieel belang (rov. 4.4-4.6). Wat betreft de vraag of de betreffende lening aan Acca is verstrekt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf, heeft de rechtbank geoordeeld dat vaststaat dat de financieringsovereenkomst is gesloten ten behoeve van de inkoop van Acca in de maatschap [A] en dat [verweerder] via Acca in de maatschap [A] zijn beroep als accountant uitoefende, maar dat dit nog niet wil zeggen dat alle investeringen van Acca die daartoe strekten ook tot de normale bedrijfsuitoefening van Acca behoorden. Ook heeft zij overwogen dat het hier om een omvangrijke investering gaat die zich eerder noch later weer heeft voorgedaan en dat de onderhavige financiering werd aangetrokken voor een uitzonderlijke investering van de onderneming (rov. 4.8, eerste alinea). Voorts heeft de rechtbank nog overwogen dat het enkele feit dat de statutaire doelstellingen van Acca activiteiten als het deelnemen in andere ondernemingen vermelden, nog niet betekent dat (financiering ten behoeve van) de inkoop in een maatschap binnen de bedrijfsvoering van Acca als normaal kan worden beschouwd (rov. 4.8, tweede alinea) en dat Rabobank geen andere feiten of omstandigheden heeft gesteld op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat de financieringsovereenkomst ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van Acca is gesloten (rov. 4.9). Op grond daarvan is de uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW niet van toepassing en behoefde [verweerder] ingevolge art. 1:88 lid 1 sub c BW de toestemming van zijn echtgenote voor het sluiten van de borgtochtovereenkomst, die aldus op goede gronden door haar is vernietigd (rov. 4.10).

1.5. Bij dagvaarding van 13 mei 2015 is Rabobank bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in hoger beroep gekomen van dit eindvonnis met conclusie dat het hof dit vonnis vernietigt en, opnieuw rechtdoende, haar vordering jegens [verweerder] alsnog toewijst. Zij heeft daarbij gegriefd tegen de rov. 4.8-4.10 met betrekking tot de uitleg van het begrip “de normale uitoefening van het bedrijf” en de toepassing daarvan in het onderhavige geval.

1.6. [verweerder] heeft gemotiveerd verweer gevoerd en geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, al dan niet onder verbetering van gronden.

1.7. Nadat partijen de zaak ter zitting van 16 februari 2016 hebben doen bepleiten, heeft het hof bij arrest van 9 mei 2017² het bestreden vonnis bekrachtigd.

Het heeft daartoe als volgt 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 behoeve 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.”

1.8. Rabobank heeft tegen dit arrest – tijdig³ – beroep in cassatie ingesteld en heeft afgezien van (verdere) schriftelijke

toelichting. [verweerder] is in cassatie niet verschenen; tegen hem is verstek verleend.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1. Rabobank heeft één middel van cassatie voorgesteld, dat bestaat uit drie onderdelen (waarvan slechts de eerste twee als zodanig zijn aangeduid). Het eerste onderdeel is onderverdeeld in drie subonderdelen.

2.2. *Onderdeel 1* is gericht tegen de hierboven vermelde rov. 5.8-5.11 en de daarin gegeven oordelen dat (i) 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, en dat (ii) het aangaan van de 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.

2.3. *Subonderdeel 1.1* klaagt dat voor zover het hof aan zijn oordeel dat bepalend is wat behoort tot de normale bedrijfsuitoefening van een accountant ten grondslag heeft gelegd dat de *primaire* doelstelling van Acca het uitoefenen van dienstverlening op het gebied van accountancy is en dat de overige doelstellingen niet los kunnen worden gezien van die primaire doelstelling, dit oordeel van een onjuiste rechtsopvatting getuigt en/of, zonder nadere motivering, onbegrijpelijk is.

In de eerste plaats is dat volgens het subonderdeel omdat Rabobank de doelstelling genoemd in art. 2 onder (a) van de statuten van Acca niet aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd, zoals [verweerder] die doelstelling niet aan zijn verweer ten grondslag heeft gelegd, zodat het hof in strijd met art. 24 Rv. buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden.

In de tweede plaats brengt het hof een onderscheid aan in het gewicht dat aan de verschillende doelstellingen die in de statuten zijn opgenomen moet worden gehecht, welk onderscheid geen steun vindt in het recht, noch in de stellingen van partijen. Integendeel, Rabobank heeft zich beroepen op de doelstelling in art. 2 onder (c) van de statuten, zijnde het deelnemen in een andere onderneming, en heeft gesteld dat het aantrekken van financiering ook uitdrukkelijk met die doelstelling in overeenstemming is.

Ten slotte stelt het subonderdeel dat het oordeel dat bij de beantwoording van de vraag wat behoort tot de normale uitoefening van Acca bepalend is wat behoort tot de normale bedrijfsuitoefening van een accountant, onbegrijpelijk is, althans ontoereikend gemotiveerd tegen de achtergrond van het partijdebat. Rabobank heeft immers steeds gesteld dat de enige functie van Acca was het aantrekken van financiering om zich in te kopen in de [A], dat Acca geen andere (handels)activiteiten had en dat de accountancywerkzaamheden dan ook niet in Acca zelf plaatsvonden maar door [verweerder] werden verricht in de maatschap [A]. Ook [verweerder] heeft gesteld dat alle beroeps- en bedrijfsmatige (accountants)activiteiten *niet* plaatsvonden in Acca maar in de [A]. Tegen deze achtergrond valt zonder nadere motivering niet in te zien waarom het hof de normale bedrijfsuitoefening van Acca gelijkstelt aan de normale bedrijfsuitoefening van een accountant. Voor zover in de vooropstelling van het hof in rov. 5.8 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, het oordeel ligt besloten dat in Acca (accountants)werkzaamheden plaatsvonden, is dat oordeel, tegen de achtergrond van de hiervoor genoemde stellingen van Rabobank, onbegrijpelijk.

2.4. Voor zover met dit subonderdeel wordt geklaagd dat het hof met zijn oordeel buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden, kan het niet slagen.

Tussen partijen was immers in geschil, en is ter beoordeling aan het hof voorgelegd, of de lening aan Acca is verstrekt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf. Daarbij zijn door Rabobank in deze procedure de statuten van Acca overgelegd,⁴ waarop zij zich in haar pleitaantekeningen ter staving van haar standpunt in deze heeft beroepen (overigens niet alleen op art. 2 onder c, maar ook op art. 2 onder a en onder h).⁵ Het stond het hof derhalve op zich vrij om de in de statuten opgenomen doelstellingen van Acca in zijn oordeel te betrekken, en daaruit zijn eigen gevolgtrekkingen te maken, aangezien “het de rechter vrijstaat, binnen de grenzen van de rechtsstrijd, alle behoorlijk te zijner kennis gebrachte en ten processe gebleken feiten en omstandigheden in zijn beoordeling van het hem

voorgelegde punt van geschil te betrekken, en (...) de rechter bij die beoordeling niet is beperkt tot de feiten en omstandigheden die door ieder van de partijen voor het door haar ingeroepen rechtsgevolg zijn aangevoerd”⁶ en de rechter ook “de vrijheid [heeft] daaraan zijn eigen conclusies te verbinden.”⁷

2.5. De overige klachten van dit subonderdeel zullen tezamen met de overige subonderdelen van onderdeel 1 worden besproken.

2.6. *Subonderdeel 1.2* klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 5.11 – dat het aangaan van het krediet ten behoeve van de intreding in een maatschap door betaling van een *goodwill*-som 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 – blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, omdat het hof een onjuiste, want te enge, maatstaf heeft gehanteerd bij de beoordeling of de rechtshandeling is geschied ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening in de zin van art. 1:88 lid 5 BW. Of een rechtshandeling *kenmerkend* is voor een beroep of bedrijf is van belang bij de beoordeling naar de vraag of deze “in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf” is aangegaan in de zin van art. 1:88 lid 1 sub c BW. Het criterium “ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf” in de zin van art. 1:88 lid 5 BW is ruimer, aldus het subonderdeel. Het subonderdeel doet hierbij een beroep op de parlementaire geschiedenis. Slechts in het kader van art. 1:88 lid 1 sub c wordt het criterium zo uitgelegd dat het gaat om handelingen die kenmerkend zijn in deze zin dat zij in de normale uitoefening daarvan plegen te worden verricht. Het hof heeft dit criterium volgens het subonderdeel ten onrechte toegepast in het kader van art. 1:88 lid 5 BW.

Voorts getuigt dit oordeel volgens het subonderdeel van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot het begrip “normale bedrijfsuitoefening” in de zin van art. 1:88 lid 5 BW, althans is het onbegrijpelijk. Voor de vraag of een bepaalde rechtshandeling geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van een bepaalde vennootschap, is immers niet van doorslaggevende betekenis of voor het doel waarvoor die rechtshandeling is aangegaan alternatieven bestaan. Het enkele feit dat de uitoefening van het accountantsberoep ook op andere wijzen dan in maatschapsverband kan geschieden en dat toetreding tot een bestaande maatschap ook op een andere manier kan plaatsvinden dan door inkoop middels betaling van een eenmalige *goodwill*-som, maakt niet dat het aangaan van een financiering ten behoeve van de inkoop in een accountantsmaatschap door middel van de betaling van een som ineens *dus* niet als een rechtshandeling ten behoeve van de normale uitoefening van het beroep van accountant kan gelden. In dit verband moet worden bedacht dat ook bij het aantrekken van een geldlening voor de aanschaf van kantoorinrichting of een vervoersmiddel, welke rechtshandeling volgens het hof in rov. 5.9 doorgaans wél ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening geschiedt, geldt dat er in de regel alternatieven bestaan (betaling van de koopprijs in termijnen (*financial lease*) of huur van de desbetreffende bedrijfsmiddelen), zonder dat het bestaan van die alternatieven aan de kwalificatie van een rechtshandeling ten behoeve van de normaal bedrijfsuitoefening in de weg staat. Het hof kon zijn oordeel dan ook niet louter op het bestaan van mogelijke alternatieven gronden.

2.7. *Subonderdeel 1.3* klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 5.8-5.11 dat het aangaan van de financiering ter grootte van € 350.000,- voor de intreding in een maatschap middels een ineens te betalen *goodwill*-som *niet* is geschied ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van Acca in de zin van art. 1:88 lid 5 BW, blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, althans onbegrijpelijk en/of ontoereikend is gemotiveerd. Het hof heeft in zijn beoordeling immers niet (kenbaar) de door Rabobank genoemde omstandigheden betrokken, terwijl die in het kader van de vraag of een financiering ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening in de zin van art. 1:88 lid 5 BW is, wel degelijk van belang (kunnen) zijn, namelijk:

(i) dat de financieringsovereenkomst door Acca is aangegaan om zich te kunnen inkopen in de [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 de [A] zich, toen de financiering in 2007 werd aangetrokken, nog niet in de financiële problemen bevond;

(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.

Volgens de Rabobank valt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad slechts met zekerheid op te maken dat indien krediet is verleend aan een onderneming in financiële moeilijkheden, deze omstandigheid bijdraagt aan het oordeel dat het krediet niet is verleend in het kader van de normale bedrijfsuitoefening. In de onderhavige zaak doet die omstandigheid zich niet voor.

Ook wijst het subonderdeel er nog op dat in de praktijk onduidelijk is welke omstandigheden van belang zijn bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een rechtshandeling ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening in de zin van art. 1:88 lid 5 BW, waardoor de jurisprudentie op dit punt weerbarstig en onvoorspelbaar is en waardoor financiers niet meer op de uitzondering in deze bepaling durven te varen (en deze een zinledige bepaling wordt, terwijl deze nu juist een reactie van de wetgever is op een geconstateerde behoefte in de rechtspraak)⁸. Rabobank verzoekt de Hoge Raad dan ook om ten behoeve van de financieringspraktijk en in het belang van de rechtseenheid, rechtszekerheid en rechtsontwikkeling meer duidelijkheid te verschaffen over de invulling van dit criterium, en wijst erop dat een te enge uitleg van het begrip als onwenselijk gevolg heeft dat het toestemmingsvereiste voor veelvoorkomende rechtshandelingen een eenvoudig middel wordt voor ondernemers om de risico's die zij bewust op zich hebben genomen met een formaliteit op financiers af te wentelen, terwijl de ondernemer en zijn echtgenoot/gezin bij de verkregen financiering zijn gebaat.

2.8. De (resterende) klachten van de subonderdelen 1.1, 1.2 en 1.3 lenen zich voor een gezamenlijke behandeling.

2.9. Daarbij kan het volgende worden vooropgesteld.

2.10. Lid 5 van art. 1:88 BW is bij de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe BW in 1992 in de wet opgenomen (als, toen nog, lid 4). Vóór die tijd werd gebruik gemaakt van het reeds bestaande art. 1:88 lid 1 sub c BW (waardoor de handelende echtgenoot toestemming nodig had van de andere echtgenoot voor een borgstelling anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf), óók voor directeuren-groootaandeelhouders die zich borg stellen voor de vennootschap waarvan ze directeur-groootaandeelhouder zijn. Het criterium "in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf" werd naar vaste rechtspraak echter zeer restrictief uitgelegd, zodanig dat "niet alle met een beroep of bedrijf verband houdende borgtochten zijn uitgezonderd, maar enkel die, waarvan het aangaan voor den borg een uitoefening vormt van een beroep of bedrijf van dien borg zelf"⁹ ofwel het ging om "rechtshandelingen die voor het door de betrokkene uitgeoefende beroep of bedrijf *kenmerkend* zijn in deze zin dat zij in de normale uitoefening daarvan plegen te worden verricht"¹⁰ (onderstreping toegevoegd AG (gecursiveerd; *red.*)). Voor directeuren-groootaandeelhouders kwam dit erop neer dat slechts geen toestemming was vereist indien het ging om een borgtocht waarvan het aangaan "voor het eigen beroep van de directeur-aandeelhouder *kenmerkend* is in die zin dat het in de normale uitoefening daarvan is geschied"¹¹ (onderstreping toegevoegd (gecursiveerd; *red.*)). Deze uitzonderingen op het toestemmingsvereiste waren hoogst zelden aan de orde: alleen voor hen die er hun beroep of bedrijf van maken om borgtochten aan te gaan, garanties af te geven enzovoorts. De achtergrond hierbij is de gezinsbescherming althans de bescherming van de echtgenoot tegen bepaalde bijzondere benadelende of risicovolle rechtshandelingen van de andere echtgenoot die art. 1:88 BW beoogt te bieden.

2.11. Bij de directeur-groootaandeelhouder¹² is echter in feite sprake van een ondernemer die zijn onderneming in de vorm van een B.V. (of N.V.) drijft. Die situatie is veeleer te vergelijken met de ondernemer die zijn onderneming in een eenmanszaak of een vennootschap onder firma drijft. Dat is ook de achtergrond van de opname van het huidige art. 1:88 lid 5 BW in de wet. Waar het in art. 1:88 lid 1 sub c BW gaat om borgstellingen *ten behoeve van een ander/derde* (zoals te doen gebruikelijk), gaat het bij de directeur-groootaandeelhouder – weliswaar strikt genomen ook hier om een borgstelling ten behoeve van een derde/een andere (rechts-)persoon (de vennootschap waarin het daadwerkelijke beroep of bedrijf wordt uitgeoefend), maar in feite – om de borgstelling *ten behoeve van zijn eigen onderneming*, net zoals dat geldt bij de (persoonlijke) aansprakelijkheid van een ondernemer met een eenmanszaak of een vennootschap onder firma. Vergelijk hierover de parlementaire geschiedenis:

"Lid 4 [thans lid 5, AG] 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 (zie H.R. 22 juni 1962, N.J. 1963, 53; 29 maart 1963, N.J. 1963, 331 en 2 juni 1978, N.J. 1979, 126). 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 echtgenoot de financiële gevolgen kan ondervinden, zonder dat diens 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 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. (...)

De vrijstelling wordt slechts gegeven met betrekking tot handelingen van bestuurders-aandeelhouders van naamloze en besloten vennootschappen: alleen zij zijn vergelijkbaar met zelfstandige beroepsuitoefenaren en vennoten van een maatschap of vennootschap onder firma. (...) Een verdere beperking is gelegen in de begrenzing tot rechtshandelingen die de normale uitoefening van het bedrijf dienen; men vergelijkte voor deze term artikel 97 lid 2.”¹³

“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 een 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.”¹⁴

“(…) De reden waarom voor het verstrekken van borgtocht in artikel 1:88 de toestemming van de echtgenoot wordt vereist, is dat zo’n borgtocht, die voor de schulden van een ander wordt gegeven, een zeer uitzonderlijke handeling is, die ernstige financiële gevolgen voor het gezin kan hebben. In het geval van lid 4 gaat het om een borgtocht voor een vennootschap die alleen maar formeel een ander is, maar die in werkelijkheid een bedrijfsactiviteit van de borg zelf is, even persoonlijk als een eenmanszaak of een vennootschap onder een firma. Dat is toch ook de reden, waarom de borgtocht wordt verlangd. Juist de weigering van de toestemming, zo deze wordt vereist, kan het gezin licht in ernstige financiële moeilijkheden brengen, omdat het onmisbare bankkrediet dan niet kan worden verkregen.

Zoals reeds is opgemerkt, pleegt de keuze ook niet op de rechtsvorm van een BV te vallen wegens de daaraan te ontnemen bescherming van de echtgenoot van de ondernemer tegenover de bank. (...)”¹⁵

Voor deze categorie diende dus niet (meer) het oude, restrictieve criterium (“kenmerkend”) te gelden volgens de wetgever. Dit komt tot uitdrukking in het verschil in terminologie dat is gehanteerd tussen enerzijds art. 1:88 lid 1 sub c BW en anderzijds art. 1:88 lid 5 (toen nog lid 4) BW (en overigens ook art. 1:88 lid 1 sub d BW):

“3. Tenslotte wijst de commissie op het onderscheid in formulering tussen dit onderdeel [onderdeel d van lid 1, AG] («ten behoeve van de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf») en onderdeel c van hetzelfde lid («in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf»). Terecht herinnert zij eraan dat de laatstgenoemde zinswending in de jurisprudentie zeer eng is opgevat: onder haar vallen slechts de transacties die kenmerkend zijn voor het beroep of

bedrijf.

Die beperkende interpretatie heeft voor onderdeel c goede zin: men stelt zich borg enz. voor de schuld van *een ander*, en in het verband van zijn beroep of bedrijf behoort men dat behoudens toestemming ook alleen maar te doen, als dat een handeling is die tot dat beroep of bedrijf moet worden gerekend. Er bestaat *daarnaast* echter in één geval behoefte aan een mogelijkheid tot borgstelling enz. zonder toestemming buiten uitoefening van eigen beroep of bedrijf, en wel in het in lid 4 omschreven geval: men stelt zich in privé aansprakelijk voor de n.v. of b.v. waarvan men directeur is.

Bij onderdeel d echter is de situatie anders: de privé-ondernemer – in een eenmanszaak of in een maat- of vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid – koopt enz. voor zijn *eigen* beroep of bedrijf op afbetaling. Hij doet dat niet voor een ander, zodat er hier geen transactie is die met het in lid 4 bedoelde geval vergelijkbaar is. Men denke aan een slager die een vleessnijmachine op afbetaling koopt – hij doet dat voor zijn eigen eenmansbedrijf, niet in privé voor het bedrijf van een b.v. waarvan hij bestuurder is.

Hiermee is verklaard dat in onderdeel d de uitzondering voor beroep of bedrijf zèlf is verwerkt, terwijl er *naast* onderdeel c behoefte is aan een afzonderlijke bepaling – lid 4 – die juist niet de uitoefening van een eigen beroep of bedrijf betreft.

Uit dit verschil is ook het verschil in terminologie – «in» tegenover «ten behoeve van» beroep of bedrijf – te verklaren. Zoals reeds eerder is opgemerkt, heeft de term «in de uitoefening van beroep of bedrijf» in de jurisprudentie op artikel 88 niet ten onrechte een beperkende uitleg gekregen: handelingen die de uitoefening van het beroep of bedrijf zelf vormen (H.R. 22 juni 1962, N.J. 1963, 53). Echter voor onderdeel d zou deze term in deze uitleg echter te beperkt zijn, zoals uit het bovengenoemde voorbeeld van de slager blijkt: het kopen van vleessnijmachines op afbetaling vormt immers niet het slagersbedrijf zelf. *Hier bestond behoefte aan een ruimere term, die is gevonden in de uitdrukking «ten behoeve van», welke trouwens, en om dezelfde reden, is verkozen voor lid 4.* Uit het voorgaande volgt dat de echtgenoot wèl toestemming behoeft, indien hij in privé, doch ten behoeve van de n.v. of b.v. waarvan hij aandeelhouder-bestuurder is, op afbetaling koopt: hij koopt dan niet ten behoeve van *zijn*, doch van *haar* bedrijf. In de praktijk zal zo'n transactie zich dan ook anders voltrekken: de n.v. of b.v. koopt zelf op afbetaling – waarvoor uiteraard niet de toestemming van artikel 88 is vereist –, en desverlangd stelt de bestuurder zich in privé garant, waarvoor – doch nu krachtens artikel 88 lid 4 – evenmin toestemming is vereist.¹⁶ (onderstreping toegevoegd, AG (gecursiveerd; red.))

2.12. De *borgstelling zelf* hoeft in lid 4 (thans 5) derhalve niet (meer) tot de normale uitoefening van het bedrijf te behoren om zonder toestemming van de echtgenoot te kunnen handelen, zoals in art. 1:88 lid 1 sub c BW, zij moet slechts geschieden *ten behoeve van* die normale bedrijfsuitoefening. Zoals in het geval van lid 1 sub d de koop op afbetaling niet *zelf* hoeft te behoren tot de normale bedrijfsuitoefening, maar die koop moet geschieden *ten behoeve van* die uitoefening (zoals bij het kopen door een slager van een vleessnijmachine), geldt dus een overeenkomstige regel in geval van lid 4 (thans 5). Het lijkt voor deze categorie daarom van belang te zijn wat het doel is van de *rechtshandeling waarvoor* men zich (bijvoorbeeld) borg stelt. Gaat het om de borgstelling voor een af te sluiten krediet,¹⁷ dan lijken mij doel en aanwending van het krediet¹⁸ derhalve in beginsel cruciaal: dat moet worden aangetrokken *ten behoeve van* om te worden gebruikt *in* de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap. De parlementaire geschiedenis bevat hierover trouwens nog de volgende opmerking:

“Bankkredieten, waarop de bepaling het oog heeft, plegen niet te worden gegeven voor een bepaalde transactie, waarvan zou moeten worden onderzocht, of ze onder de normale uitoefening van het bedrijf valt, maar voor de (normale) bedrijfsschulden in het algemeen.”¹⁹

2.13. Wat tot de normale uitoefening van het bedrijf behoort is overigens nogal casusafhankelijk; er bestaan weinig algemene richtsnoeren om deze vraag te beantwoorden. Het lijkt mij wel voor de hand te liggen dat bij de bepaling van de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap de statutaire doelstellingen in het algemeen niet zozeer relevant zijn, althans niet doorslaggevend kunnen zijn. Het gaat er immers om welk bedrijf in de vennootschap *daadwerkelijk* wordt uitgeoefend (bedoeld is te worden uitgeoefend) en welke activiteiten *daadwerkelijk* plaatsvinden

(bedoeld zijn om plaats te vinden) in dat bedrijf. De statutaire doelstellingen van een vennootschap echter kunnen (en zullen vaak) heel ruim zijn opgesteld om op voorhand zo veel mogelijk open te houden en tot de mogelijkheden te laten blijven behoren.²⁰

In die zin is het feit dat het hof de normale bedrijfsuitoefening van Acca dus betreft op het uitoefenen van het accountancybedrijf – nog even ongeacht de precieze argumentatie die het daaraan ten grondslag legt – in mijn ogen juist. In de vennootschap Acca werd er geen bedrijf van gemaakt om allerlei participaties in accountancybedrijven aan te gaan. De vennootschap was bedoeld en werd gebruikt om het accountancybedrijf uit te (kunnen) oefenen – om [verweerder] zijn beroep als accountant te (kunnen) laten uitoefenen –, in dit geval in de maatschap waarvan Acca maat werd door zich daarin in te kopen. Dat het hof daarbij in rov. 5.8 een bepaald belang lijkt te hechten aan de statutaire doelstellingen van Acca, en daarin een bepaalde hiërarchie lijkt aan te brengen, lijkt mij minder relevant. Van belang – en op zichzelf voldoende dragend voor het oordeel dat het gaat om de normale bedrijfsuitoefening van een accountant – is echter wel dat het hof (in de eerste volzin van rov. 5.8) vaststelt dat de juridische structuur door [verweerder] is opgezet (en gebruikt) “*ter uitoefening van zijn beroep als accountant binnen de [A] (...) met Acca als werkmaatschappij*”. Dat de vennootschap (Acca) haar (accountancy-)bedrijf uitoefende in de vorm van een maatschap (die zelf geen juridische entiteit vormt,) kan daaraan niet afdoen.

2.14. Zo betreft het hier – de parlementaire geschiedenis indachtig, doch uitdrukkelijk *onder de voorwaarde* dat het wel gaat om een borgstelling ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap – een situatie die vergelijkbaar is met de privépersoon die zich ook als maat kan inkopen in een maatschap, waarbij hij persoonlijk aansprakelijk zal zijn voor een door hem daartoe afgesloten krediet (en overigens ook – binnen de voor de maatschap geldende regels – persoonlijk aansprakelijk zal (kunnen) worden voor door hemzelf en eventueel door de andere maten voor de maatschap verrichte rechtshandelingen, waartoe eveneens een aangetrokken krediet kan behoren), zonder dat daarvoor de toestemming van zijn echtgenoot is vereist. Dat zal hier derhalve, overeenkomstig de bedoeling van de wetgever, ook gelden voor de (indirecte) directeur-grotoaandeelhouder die zich borg stelt voor een dergelijk door zijn werkmaatschappij ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening aangetrokken krediet. De vraag daarbij blijft of de *borgstelling* voor de lening die werd afgesloten om zich in te kopen in de maatschap²¹ geschiedt *ten behoeve van* de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap, en derhalve of de *lening* naar doel en aanwending (inkoop in de maatschap) werd afgesloten *ten behoeve van* en om te worden gebruikt *in* die normale bedrijfsuitoefening.

2.15. In een bestendige lijn van jurisprudentie van de Hoge Raad²² is echter ook hier, in aanvulling op het voorgaande, het toepasselijke criterium (een borgstelling e.d. “*ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap*”) – dat in de parlementaire geschiedenis vrij ruim lijkt te zijn bedoeld²³ – in zekere zin restrictief uitgelegd. In het arrest [S./S.] overwoog de Hoge Raad dienaangaande (in rov. 3.4):

“Uit de ontstaansgeschiedenis van lid 4 van art. 1:88, zoals die wordt weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal Hartkamp onder 6 en 7 – men vergelijkte in dit verband ook de memorie van toelichting bij art. 7:857 BW, Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 444 en 445 – komt naar voren dat de wetgever in het kader van de in art. 1:88 geregelde materie het beginsel van de 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. Klaarblijkelijk is bedoeld dat de toestemming van de andere echtgenoot alleen dan niet is vereist indien de rechtshandeling waarvoor de in art. 1:88 lid 1 onder c bedoelde zekerheid wordt verstrekt *zelf* behoort tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van een bedrijf plegen te worden verricht.”

In het daar aan de orde zijnde geval – waarin een borgtocht werd verleend in het kader van de verwerving voor 1 gulden van de aandelen in een BV, deze BV geen enkel reëel vermogen had en het niet om een gewone geldlening ging (waardoor de liquiditeit van de BV zou zijn vergroot), maar om de omzetting van een bestaande, in feite onverhaalbare, vordering in een achtergestelde lening – oordeelde de Hoge Raad dat het oordeel van het hof dat onder die omstandigheden het zich verbinden als borg voor die lening niet is geschied ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de BV, in het licht van het in rov. 3.4 overwogene niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting.

2.16. In aanvulling op mijn voorgaande overwegingen, kan men aan de hand van dit arrest concluderen dat (weliswaar

niet meer de *borgstelling* zelf, maar wel) de *rechtshandeling* waarvoor men zich borg stelt (lening, krediet) ook zelf niet alleen *ten behoeve van*, maar tevens *in* de normale bedrijfsuitoefening dient te zijn aangegaan. Niet alleen doel en aanwending, maar ook aard en karakter van die rechtshandeling zijn van belang. Alles tezamen genomen, dient voor de beantwoording van de vraag of de *borgstelling* voor een lening geschiedt *ten behoeve van* de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap in de zin van art. 1:88 lid 5 BW te worden gezien of de *lening* niet alleen naar haar doel en aanwending werd afgesloten *ten behoeve van* en om te worden gebruikt *in* die normale bedrijfsuitoefening, maar óók of deze lening *zelf* naar haar aard en karakter werd afgesloten *in* die normale bedrijfsuitoefening.

Met andere woorden: de lening moet niet onder zulke omstandigheden zijn afgesloten dat ook het afsluiten van een dergelijke lening *zelf* niet meer als “normaal” of “gebruikelijk” kan worden beschouwd, *los van* doel en aanwending van die lening.²⁴ Men houde hierbij de woorden in de conclusie (onder 9) van toenmalig A-G Hartkamp – die hier door de Hoge Raad werd gevolgd – voor ogen, dat het niet voor de hand ligt om het toenmalige art. 1:88 lid 4 BW extensief te interpreteren en dat kennelijk is bedoeld “dat de *handeling* zelf tot de normale, gebruikelijke bedrijfshandelingen behoort; niet voldoende is dat zij normale bedrijfshandelingen begunstigt, daarvoor noodzakelijke voorwaarden scheidt”. Hij geeft daarbij nog als voorbeelden:

“Als bedrijf A door bedrijf B van de markt dreigt te worden gedrukt en zich alleen staande kan houden door dat bedrijf B op te kopen, is dat geen normale bedrijfshandeling, ook al wordt daardoor de verdere normale bedrijfsuitoefening van A verzekerd. Hetzelfde zal m.i. in beginsel gelden voor handelingen strekkende tot redding van een bedrijf via een samenstel van financiële transacties, ongeacht of dat gebeurt bij de aanschaf van een bedrijf (zoals in casu) of ‘tijdens de rit’, teneinde een faillissement te voorkomen.”

Annotator Kleyn laat hierop (in NJ 2000/689) volgen dat hieruit naar zijn mening blijkt dat een geldlening wel als een normale bedrijfsuitoefening kan worden beschouwd maar dan moet het wel gaan om een geldlening die de liquiditeit van de BV (het bedrijf) vergroot, en dat het niet moet gaan om “een poging tot het vullen van een bodemloze put, maar om een wezenlijk en reëel bedrijfsbelang (van een levensvatbaar bedrijf?)”.

2.17. A-G Wuisman merkte ten aanzien van de door de Hoge Raad als zodanig benoemde, door de wetgever beoogde “wezenlijke beperking” het volgende op:

“Het gegeven dat een ‘wezenlijke beperking’ is beoogd, zal mede in acht dienen te worden genomen bij de invulling van het begrip ‘de normale uitoefening van het bedrijf’ in lid 5. Met dit gegeven strookt niet dat de grens van de normale bedrijfsuitoefening pas wordt overschreden bij rechtshandelingen die in het maatschappelijke verkeer niet meer als passend bij het voeren van een bedrijf worden opgevat. De grens dient, zo schijnt het toe, enger te moeten worden getrokken. Aan een ‘wezenlijke beperking’ beantwoordt meer wanneer men aanneemt dat een rechtshandeling binnen het verband van lid 5 van artikel 1:88 BW dan reeds niet meer tot de normale bedrijfsuitoefening wordt gerekend, wanneer de rechtshandeling *naar zijn aard en/of risico afwijkt van wat bij de uitoefening van het bedrijf van de voorliggende vennootschap gangbaar en gebruikelijk is*. Op een rechtshandeling waarvan weliswaar niet kan worden gezegd dat het vreemd is dat deze door de vennootschap wordt verricht maar die toch niet valt binnen of niet verbonden is met wat voor die vennootschap de gangbare en gewone bedrijfsactiviteiten zijn, is derhalve de uitzondering van lid 5 van artikel 1:88 BW niet van toepassing.

Genoemde omlijning van het begrip ‘normale uitoefening van het bedrijf’ brengt mee niet alleen dat de grens steeds van geval tot geval zal moeten worden bepaald, maar ook dat de bestuurders van de vennootschap en de bij de in lid 1 sub c van artikel 1:88 BW genoemde rechtshandelingen betrokken wederpartijen – vaak banken of andere financiers – toch steeds bedacht dienen te zijn op de mogelijkheid dat toestemming van de andere echtgenoot is vereist. Dat is echter de prijs voor het stellen van de eis van een ‘wezenlijke beperking’. Voor banken of andere professionele financiers is die prijs minder bezwaarlijk, nu zij hun interne procedures zo kunnen inrichten dat steeds mede de aandacht wordt gevestigd op de mogelijkheid dat toestemming van de andere echtgenoot is vereist.”²⁵ (onderstreping toegevoegd, AG (gecursiveerd; red.))

2.18. De lijn van het arrest [S./S.] werd voortgezet in de arresten *Rabobank/ [Van H.]* en *[N.]/ING*.²⁶

In *Rabobank/[Van H.]* werd bij de beoordeling van de vraag of de geldlening zelf tot de normale, gebruikelijke bedrijfshandelingen behoorde, ook belang gehecht aan enkele omstandigheden die de borgstelling betroffen. Het ging ook hier niet om een gewone geldlening, waardoor de liquiditeiten van de vennootschap werden vergroot, maar om de omzetting van een bestaande rekening-courantschuld in een geldlening, waarvoor extra zekerheid werd bedongen. Hierbij had de borg dus in privé een op hem verhaalbare vordering aanvaard, waarvoor hij voordien niet aansprakelijk was, zonder dat daartegenover een prestatie stond die hem of de vennootschap een direct financieel voordeel opleverde. Deze borgstelling vormde voorts een absolute voorwaarde om de “*turn around*” van de vennootschap te bewerkstelligen, zonder welke het bedrijf naar het oordeel van de bank niet meer bancair financierbaar was. Het oordeel van het hof dat deze financiering niet tot de normale bedrijfsuitoefening van de vennootschap behoorde, werd door de Hoge Raad gesanctioneerd. Hieraan kon niet afdoen dat het krediet uitsluitend mocht worden aangewend voor de financiering van de bedrijfsuitoefening van de vennootschap. Uit dit arrest en het eerdere arrest *[S./S.]* concludeerde Verdaas (in **JOR 2005/233**) dat een financieringsovereenkomst met een voor de financier (en bijgevolg voor de eventuele borg) bijzonder, verhoogd, kredietrisico een overeenkomst is die niet behoort tot de normale bedrijfsuitoefening van de vennootschap.²⁷

In *[N.]/ING* casseerde de Hoge Raad het oordeel van het hof, nu het zonder nadere motivering onbegrijpelijk achtte hoe het hof tot het oordeel was gekomen dat het aangaan van een overbruggingskrediet behoorde tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van het bedrijf plachten te worden verricht, in het licht van stellingen die erop neer komen dat – anders dan de bestaande kredietverlening (waaronder een door de bank beschikbaar gestelde seizoensfaciliteit) – 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. De omstandigheid dat het overeengekomen overbruggingskrediet mede ertoe strekte de onderneming in staat te stellen haar normale bedrijfsuitoefening nog gedurende die te overbruggen periode voort te zetten, ontnam aan deze rechtshandeling niet haar uitzonderlijke – met de acuut dreigende discontinuïteit van de onderneming samenhangende – karakter. Volgens de in deze concluderende A-G Timmerman (conclusie onder 3.5) zal – hoewel zeer wel mogelijk is dat een persoonlijke borgstelling die verstrekt wordt in het kader van een wijziging van de financiering van een onderneming, plaatsvindt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap als bedoeld in art. 1:88 lid 5 BW – een wijziging van de financiering bij een onderneming in financiële moeilijkheden in de regel niet zijn aangegaan ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening. Dit geldt zijns inziens in elk geval indien er ook na aanpassing van de financiering nog aanzienlijke onzekerheid blijft bestaan over de financiële soliditeit van de onderneming.²⁸

Recent verwierp de Hoge Raad het cassatieberoep (met toepassing van art. 81 RO) tegen het oordeel van het hof dat, ondanks de omstandigheden (de moeilijke tijd die de vennootschap achter de rug had, waardoor het eigen vermogen van de onderneming sterk was teruggelopen, en het feit dat grotendeels sprake was van een herfinanciering), toch sprake was van een financieringsovereenkomst die ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschappen was afgesloten.²⁹

2.19. In het licht van het voorgaande, kan ik over het resterende deel van de aangevoerde subonderdelen van onderdeel 1 relatief kort zijn.

2.20. Aan het hof lag voor te beoordelen of de borgstelling voor de geldlening die werd afgesloten om zich in te kopen in de maatschap, was verleend *ten behoeve van* de normale uitoefening van het bedrijf van Acca in de zin van art. 1:88 lid 5 BW. Daartoe diende het te bezien of de *lening* naar doel en aanwending (inkoop in de maatschap) werd afgesloten *ten behoeve van* en om te worden gebruikt *in* die normale bedrijfsuitoefening, en of die lening ook *zelf* naar haar aard en karakter werd afgesloten *in* die normale bedrijfsuitoefening.

2.21. Ten aanzien van deze laatste vraag, de vraag of die lening ook *zelf* naar haar aard en karakter werd afgesloten *in* die normale bedrijfsuitoefening – de nuancering uit de bestendige lijn van jurisprudentie van de Hoge Raad dat, kort samengevat, ook de lening zelf “gebruikelijk” moet zijn –, lijken in het onderhavige geval in ieder geval geen noemenswaardige problemen te bestaan. In het bestreden arrest komt nergens naar voren dat op het moment van het afsluiten van de financierings- en kredietovereenkomst, de borgstelling of de herfinanciering met handhaving van zekerheden, sprake was van de in deze arresten aan de orde zijnde of vergelijkbare omstandigheden, dan wel van een

uitzonderlijk karakter of risico van de financiering of (ernstige) financiële moeilijkheden in het algemeen, die in de weg zouden kunnen staan aan de toepassing van de uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW. Daarover wordt in cassatie ook niet geklaagd (al is dat omdat [verweerder] in cassatie niet is verschenen). De ernstige financiële problemen van de [A], en bijgevolg Acca, zo heeft het hof – eveneens in cassatie onbestreden – vastgesteld, zijn ontstaan nadat haar grootste cliënt ongeveer een jaar na de herfinanciering failliet ging. Opmerking verdient bovendien nog dat met de herfinanciering de reeds borg staande [verweerder] geen groter risico op zich nam dan hij met de oorspronkelijke financierings- en kredietovereenkomst al had gedaan (namelijk een borgstelling tot een bedrag van € 350.000,- voor de betaling van al hetgeen Rabobank blijkens haar administratie van Acca te vorderen heeft of mocht hebben).

Dergelijke, in de lijn van deze jurisprudentie liggende overwegingen kan het hof derhalve niet, in ieder geval niet zonder enige nadere motivering, aan zijn oordeel ten grondslag hebben gelegd.

2.22. Blijft over de vraag of de *lening* naar doel en aanwending (inkoop in de maatschap) werd afgesloten *ten behoeve van* en om te worden gebruikt *in* die normale bedrijfsuitoefening.

2.23. Gelet op hetgeen hiervoor onder 2.13 werd overwogen, kan subonderdeel 1.1 – dat is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 5.8 dat 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 – ook voor zover het betoogt dat het hof hierbij onvoldoende of een onjuiste waarde heeft gehecht aan de statutaire doelstellingen van Acca en de overige stellingen van Rabobank over de normale bedrijfsuitoefening van Acca, niet tot cassatie leiden. Voor de overige subonderdelen geldt het volgende.

2.24. Ter beantwoording van de in 2.22 bedoelde vraag heeft het Hof in rov 5.11 geoordeeld “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 *gebruikelijk* is” (onderstrepingen toegevoegd; gecursiveerd; *red.*). Hiermee heeft het hof mijns inziens ofwel het verkeerde criterium gebruikt (het voor de situatie van lid 5 niet meer geldende “kenmerkend”-criterium van art. 1:88 lid 1 sub c BW, zie hierboven onder 2.10-2.11), ofwel heeft het een op zich toepasselijk criterium gehanteerd (“gebruikelijk”), maar dat betrokken op het verkeerde aspect. Het hof heeft dit criterium immers niet betrokken op het aspect of kan worden gezegd dat de lening zelf onder de gegeven omstandigheden *in* de normale bedrijfsuitoefening werd afgesloten, dus tot de normale, gebruikelijke bedrijfshandelingen behoorde of, kort gezegd, (naar aard en/of risico) “gangbaar” en “gebruikelijk” was³⁰ (hetgeen – zie onder 2.21 hierboven – mijns inziens hier geen probleem kan vormen), maar op het aspect of de lening werd afgesloten *ten behoeve van* die normale bedrijfsuitoefening: op de vraag dus of de lening was bedoeld om te gebruiken in de normale bedrijfsuitoefening en daaraan ten goede te komen. In dat kader is de “gebruikelijkheid” mijns inziens echter niet (zozeer) relevant: het gaat erom *of* een lening of krediet naar doel en aanwending werd afgesloten ten behoeve van en om te worden gebruikt in de normale (zo men wil: gebruikelijke) bedrijfsuitoefening, en niet erom of *de vorm waarin* je dat bedrijf gaat uitoefenen of *de manier waarop* een dergelijke lening werd geïnvesteerd in de normale (algehele) bedrijfsuitoefening of een dergelijk krediet werd aangewend in die bedrijfsuitoefening wel “gebruikelijk” of zelfs *de meest gebruikelijke of gebruikte* vorm of manier was, zoals het hof in rov. 5.9-5.11, mijns inziens dus ten onrechte, lijkt te hebben getoetst. Sterker nog, art. 1:88 lid 5 BW is nu juist opgezet om door bepaalde structuren één te beoordelen of iemand in feite in (de normale uitoefening van) zijn eigen onderneming investeert. Dat de lening in het onderhavige geval was bedoeld en werd gebruikt ter inkoop in de maatschap staat helemaal niet ter discussie, en dat met die inkoop (slechts) werd beoogd om, door Acca als werkmaatschappij – en in de praktijk door [verweerder] –, (gewoonweg) het accountancybedrijf – respectievelijk zijn beroep als accountant – uit te oefenen evenmin. Zoals subonderdeel 1.2 memoreert, zal bijvoorbeeld ook bij het aantrekken van een geldlening voor de aanschaf van kantoorinrichting – waarvan niet zal worden betwijfeld dat die lening naar doel en aanwending ten goede komt aan de normale bedrijfsuitoefening – deze investering in de praktijk op verschillende wijzen kunnen plaatsvinden (koop, huur, *financial lease* e.d.), zonder dat deze wijze van investeren afdoet aan het oordeel dat dit plaatsvindt ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening. Ook met de inkoop in een maatschap wordt (weliswaar wellicht niet in die maatschap zelf, maar wél) door de (hier relevante) vennootschap met de hem ter beschikking gestelde liquide middelen geïnvesteerd in de aanschaf van (in de maatschap reeds bestaande) kantoorinrichting, *goodwill* etcetera, en dus in

“de normale uitoefening van het bedrijf *van die vennootschap*” als bedoeld in art. 1:88 lid 5 BW. Er moet mijns inziens wel van een buitengewoon ongebruikelijke wijze van investeren in een dergelijke bedrijfsuitoefening sprake zijn, of een bijzonder risicovolle, wil die in de weg kunnen staan aan het oordeel dat dit gebeurt ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening. Wellicht kan dat het geval zijn indien de vorm waarin of de manier waarop wordt geïnvesteerd in de bedrijfs- of beroepsuitoefening dusdanig riskant is, dat daarmee alsnog niet kan worden gezegd dat de investering ten goede komt of ten goede kan komen aan die bedrijfs- of beroepsuitoefening. Een en ander lijkt me niet direct goed voorstelbaar. Van de inkoop in een (op dat moment financieel gezonde) maatschap kan dit in ieder geval niet gezegd worden, ook niet bij de betaling van een bedrag (*goodwill*-som) ineens. Ook een in beginsel eenmalige en/of omvangrijke investering in de uitoefening van het bedrijf, kan ten behoeve van de normale uitoefening daarvan geschieden; datzelfde geldt immers voor de in beginsel eenmalige en/of omvangrijke investering in kantoorinrichting. Hoe de ondernemer zijn verkregen lening of krediet precies wenst in te zetten in zijn onderneming staat naar mijn idee bovendien, ook in deze context, in hoge mate ter vrije bepaling van die ondernemer zelf, en is voor art. 1:88 BW niet relevant zolang maar kan worden gezegd dat die lening of dat krediet naar doel en aanwending werd afgesloten ten behoeve van en om te worden gebruikt in de normale bedrijfsuitoefening. Dat geldt op grond van art. 1:88 lid 5 BW ook voor de directeur-groootaandeelhouder die zijn onderneming in een B.V. (of N.V.) drijft en zich persoonlijk borg stelt voor een door de vennootschap aangetrokken krediet.³¹

2.25. In het licht van het voorgaande, moet worden geconcludeerd dat de subonderdelen 1.2 en 1.3 doel treffen.

2.26. Ten slotte is niet goed mogelijk, zoals het subonderdeel 1.3 nog vraagt, om op het voorgaande aanvullende, algemene richtlijnen te geven voor de beantwoording van de vraag wat tot de normale bedrijfsuitoefening van een vennootschap behoort, nu deze sterk afhangen van het bedrijf in kwestie en de precieze omstandigheden waarin de relevante rechtshandelingen plaatsvinden. Dat lijkt ook de mening van A-G Wuisman te zijn, waar hij overweegt:

“Doordat de vaststelling of een rechtshandeling tot de ‘normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap’ kan worden gerekend, sterk bepaald wordt door de omstandigheden van het concrete geval, zal de toetsing in cassatie van het oordeel van de feitenrechter dienaangaande als regel slechts globaal kunnen zijn. Afgezien van het controleren van de motivering van het oordeel van de feitenrechter, zal veelal moeten worden volstaan met de algemene toets of achter dat oordeel een onjuiste rechtsopvatting omtrent artikel 1:88 BW schuil gaat.”³²

Wel kan het mijns inziens geen kwaad om nog eens op te merken dat de hierboven beschreven lijn van de jurisprudentie van de Hoge Raad naar mijn mening dient te worden beschouwd als een *aanvulling* op het basiscriterium dat de rechtshandeling (lening, krediet) waarvoor borg wordt gesteld naar doel en aanwending geschiedt om te worden gebruikt in de normale bedrijfsuitoefening.³³

2.27. *Onderdeel 2* keert zich tegen rov. 5.12, waarin het hof het door Rabobank onder grief 1 verwoorde bewijsaanbod passeert, omdat dit volgens het hof niet ter zake dienend is. Het betoogt dat dit oordeel van een onjuiste rechtsopvatting getuigt en/of onvoldoende begrijpelijk en/of ontoereikend is gemotiveerd, nu Rabobank heeft aangeboden de stellingen te bewijzen dat (i) de omvang van de financiering passend was voor het doel waarvoor deze door Acca werd aangetrokken; en (ii) de door [verweerder]/Acca aan Rabobank verstrekte gegevens ter zake niet duiden op een bijzonder risicovolle investering; hetgeen voor de beoordeling van de onderhavige zaak essentiële stellingen zijn, zoals toegelicht in subonderdeel 1.3 hiervoor. Het hof heeft het bewijsaanbod van Rabobank dan ook niet, althans niet zonder nadere motivering, als niet ter zake dienend kunnen passeren.

2.28. In het kielzog van subonderdeel 1.3 moet ook dit onderdeel slagen.

2.29. Tot besluit stelt het middel – in wat ik als *onderdeel 3* zal aanduiden – dat indien één van de hiervoor opgeworpen klachten slaagt, dit meebrengt dat ook het oordeel van het hof in rov. 5.11 laatste zin – dat op grond van art. 1:88 lid 1 aanhef en onder c BW de toestemming van de echtgenote van [verweerder] vereist was voor de borgstelling en dat zij, nu deze toestemming niet was verleend, de borgtocht heeft kunnen vernietigen –, welk oordeel voortbouwt op de aangevochten oordelen, niet in stand kan blijven.

2.30. Ook dit onderdeel zal, in het kielzog van de subonderdelen 1.2 en 1.3, dienen te slagen.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.

Hoge Raad

(...; *red.*)

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](#) ([«JOR» 2016/106](#), m.nt. Bertrams (*Nooij/ING*); *red.*), onder verwijzing naar zijn arrest van 14 april 2000, [ECLI:NL:HR:2000:AA5526](#) ([«JOR» 2000/113](#) (*Soetelieve/Stienstra*); *red.*), 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 behoeve 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 wél 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 («[JOR](#)» 2005/233, m.nt. Verdaas (*Rabobank/Van Hees*); red.), rov. 3.5; HR 18 december 2015, [ECLI:NL:HR:2015:3606](#), NJ 2016/29 («[JOR](#)» 2016/106, m.nt. Bertrams (*Nooij/ING*); red.), 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 ontplooiën, 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 (...; *red.*).

Noot

1. Art. 1:88 lid 5 BW is mislukte wetgeving. Waar het artikellid oorspronkelijk was bedoeld om de (bancaire) praktijk te dienen, is het inmiddels geworden tot een voortdurende bron van onvoorspelbare uitkomsten in de rechtspraak. Deze onvoorspelbaarheid is deels inherent aan de koppeling die het artikellid maakt met de "normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap". Want wat is normaal? Tegelijkertijd wordt het artikellid in de rechtspraak ook regelmatig verkeerd en te terughoudend toegepast. De wijze waarop in de onderhavige zaak het Hof Arnhem-Leeuwarden in zijn arrest van 9 mei 2017 ([«JOR» 2018/44](#), m.nt. Christiaans) met de materie is omgegaan, vormt daar een voorbeeld van (zie hierna onder 3).

2. In deze zaak had de borg, een natuurlijk persoon die in het dagelijks leven accountant was, zich via verschillende vennootschappen waarover hij de zeggenschap had (en financieel belang in had), ingekocht in een accountantsmaatschap. Voor deze inkoop was financiering benodigd. Rabobank wilde deze financiering verstrekken, maar vroeg daarbij wel dat de directeur-groootaandeelhouder van de vennootschap die het krediet verkreeg, Acca Accountants en Adviseurs BV (hierna: Acca), zich ook persoonlijk verbond als borg. Enige tijd na het verstrekken van het krediet verliest de accountantsmaatschap haar belangrijkste klant en komt zij in financiële moeilijkheden. De vennootschap Acca wordt ontbonden, waarna er voor Rabobank weinig andere opties resteren dan het krediet op te eisen en ook de borg aan te spreken. De echtgenote van de borg besluit daarop de borgtocht ex art. 1:89 BW te vernietigen.

3. In de procedure die volgt, beoordelen zowel de Rechtbank Noord-Nederland als het Hof Arnhem-Leeuwarden de vernietiging van de borgtocht als terecht. Het hof hanteerde daarbij echter een maatstaf die te streng is, zo oordeelt de

Hoge Raad. Door het hof werd namelijk aangenomen dat de financiering van de inkoop in de accountantsmaatschap “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”. In overeenstemming met de conclusie van A-G Lückers, meent de Hoge Raad dat het hof een te strenge maatstaf heeft aangelegd, ofwel dat het hof zijn oordeel niet voldoende heeft gemotiveerd. Door te toetsen of het krediet *kenmerkend* is voor de uitoefening van het bedrijf van de vennootschap, heeft het er alle schijn van dat het hof het criterium heeft toegepast dat bij art. 1:88 lid 1 sub c BW hoort, terwijl dit criterium binnen de context van art. 1:88 lid 5 BW geen rol (meer) speelt. Zie conclusie A-G Lückers bij het onderhavige arrest onder 2.11-2.12 en 2.24.

4. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat verschillende relevante stellingen van Rabobank en het daarbij behorende bewijsaanbod ten onrechte zijn gepasseerd door het hof. Het hof had in moeten gaan op het bewijsaanbod van Rabobank waarmee zij trachtte te bewijzen dat het aangaan van de financiering het enige doel van Acca was, de financiering geen verhoogd risico met zich bracht, de accountantsmaatschap ten tijde van het aangaan van de financiering nog niet in financiële moeilijkheden verkeerde, en de liquiditeit van de onderneming door de financiering werkelijk werd vergroot.

5. De positieve uitwerking die hopelijk van dit arrest uit zal gaan, is dat feitenrechters zorgvuldiger gaan afwegen of een rechtshandeling waarvoor een directeur-groootaandeelhouder zich persoonlijk aansprakelijk heeft gesteld, tot de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap behoort. In recente rechtspraak, zeker na het arrest Nooij/ING (HR 18 december 2015, «**JOR**» 2016/106, m.nt. Bertrams), lijkt soms namelijk wel de tendens te bespeuren dat al op voorhand de betreffende rechtshandeling als niet tot de normale uitoefening van het bedrijf van de betreffende vennootschap wordt beschouwd. Nu is het zo dat de wetgeschiedenis veel ruimte laat aan de feitenrechter om terughoudend om te gaan met de beoordeling of een rechtshandeling tot de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap behoort. Zie Bergervoet, *Borgtocht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014, nr. 144. Dat neemt echter niet weg dat art. 1:88 lid 5 BW primair tot doel had om de (bancaire) praktijk te dienen en te voorkomen dat bij elke financiering de niet-handelend echtgenoot toestemming moest verlenen. Daarnaast kan men kan zich overigens – mijns inziens terecht – de vraag stellen of de wetgeschiedenis voldoende redengevend is om de huidige (onwerkbare) situatie te handhaven. Zie Smelt, ‘De normale bedrijfsuitoefening van art. 1:88 lid 5 BW’, WPNR 2017/7166 onder 4.1-4.2 en 5.

6. Een moeilijker punt ten slotte nog is of het criterium van art. 1:88 lid 5 BW, als dit dan wel goed wordt toegepast, überhaupt kan werken in een scenario waar een financiering als de onderhavige wordt verstrekt. De financiering tot inkoop in een accountantsmaatschap is wat dat betreft natuurlijk een “unieke” gebeurtenis, en de gelden worden voor een specifiek doel aangewend. Een unieke gebeurtenis die tegelijkertijd geldt als normale uitoefening van het bedrijf, lijkt wellicht wat tegenstrijdig. Vanuit een oogpunt van praktische werkbaarheid zou ik echter willen verdedigen dat een financiering die instrumenteel is voor de normale bedrijfsuitoefening van de vennootschap, in beginsel steeds onder de reikwijdte van art. 1:88 lid 5 BW valt.

mr. G.J.L. Bergervoet, advocaat bij Clifford Chance LLP Amsterdam en als fellow verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit Nijmegen

Voetnoten

1

Ontleend aan rov. 3.2-3.11 van het bestreden arrest.

2

ECLI:NL:GHARL:2017:3926, JOR 2018/44, m.nt. C.R. Christiaans.

3

De procesinleiding is ingediend op 9 augustus 2017; het bestreden arrest dateert van 9 mei 2017.

4

Productie 6, ten behoeve van de comparitie van partijen in eerste aanleg bij akte in het geding gebracht.

5

Pleitaantekeningen Rabobank, gehecht aan het proces-verbaal van comparitie van 23 januari 2015, nrs. 12-13.

6

HR 12 december 1997, **ECLI:NL:HR:1997:ZC2525**, NJ 1998/224, rov. 3.5. Zie ook HR 24 september 2004, **ECLI:NL:HR:2004:AO9550**, NJ 2004/672, rov. 3.5.2.

7

HR 24 september 2004, [ECLI:NL:HR:2004:AO9550](#), NJ 2004/672, rov. 3.5.2.

8

Zie hiervoor ook de inleiding van het cassatiemiddel onder 1.3-1.4.

9

Aldus HR 22 juni 1962, [ECLI:NL:HR:1962:AG2058](#), NJ 1963/53, m.nt. J.H. Beekhuis.

10

Aldus HR 31 mei 1991 (*Fiets-O-Fit/Mr. Knook*), [ECLI:NL:HR:1991:ZC0260](#), NJ 1991/777, m.nt. E.A.A. Luijten, rov. 4.2; HR 21 februari 1992, [ECLI:NL:HR:1992:ZC0519](#), NJ 1992/336, rov. 3.2.

11

Aldus HR 22 september 1995, [ECLI:NL:HR:1995:ZC1813](#), NJ 1996/521, m.nt. W.M. Kleijn, rov. 3.3.

12

Ik gebruik deze term voor de bestuurder van een N.V. of B.V. in de zin van art. 1:88 lid 5 BW, hoewel deze – strikt genomen – voor de toepassing van deze uitzonderingsbepaling in zijn eentje geen grootaandeelhouder behoeft te zijn.

13

PG Inv. Boek 3,5 en 6 BW, Aanpassing Burgerlijk Wetboek, MvT Inv. bij art. 1:88 BW, p. 20.

14

PG Inv. Boek 3,5 en 6 BW, Aanpassing Burgerlijk Wetboek, MvA I Inv. bij art. 1:88 BW, p. 35.

15

Idem, p. 36.

16

PG Inv. Boek 3,5 en 6 BW, Aanpassing Burgerlijk Wetboek, MvA II Inv. bij art. 1:88 BW, p. 24-25.

17

Geldleningen en bankkredieten zijn blijkens de parlementaire geschiedenis bij uitstek rechtshandelingen waarvoor men zich borg kan stellen (e.d.) waaraan de wetgever in het kader van 1:88 lid 5 BW heeft gedacht, en die dus tot de normale bedrijfsuitoefening kunnen behoren, zie het hierboven onder 2.11 eerst aangehaalde citaat voor de geldlening en voor het bankkrediet nog uitdrukkelijk het aldaar als tweede aangehaalde citaat.

18

Aldus ook Bertrams in zijn annotatie in [JOR 2016/106](#) (nrs. 4-8) onder HR 18 december 2015 (*[N.]/ING*), [ECLI:NL:HR:2015:3606](#). Zie ook rov. 4.7 slot van het vonnis van de rechtbank in de onderhavige zaak. Ik merk nog op dat ik met de aanwending van het krediet niet per se bedoel dat als het krediet achteraf voor andere doeleinden blijkt te zijn aangewend dan waarvoor het was bedoeld, aan dit vereiste dan (toch) niet is voldaan; het gaat dus eigenlijk meer precies om de op het moment van aangaan van de borgtocht *bedoelde* en/of *aangegeven* aanwending van het krediet. Vgl. hierover ook PG Inv. 3, 5 en 6 BW, Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14, MvT bij art. 7:857 BW, p. 445 en Blomkwist, *Borgtocht* (Mon. BW nr. B78), 2012, p. 42.

19

PG Inv. Boek 3,5 en 6 BW, Aanpassing Burgerlijk Wetboek, MvA I Inv. bij art. 1:88 BW, p. 35.

20

Evenzo Christiaans in zijn annotatie onder het hier bestreden hofarrest in [JOR 2018/44](#) onder 9, met enkele verwijzingen naar (lagere) jurisprudentie. Zie ook Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/215.

21

Anders dan de wetgever althans voor bankkredieten gebruikelijk achtte, werd de geldlening in dit geval dus wel degelijk voor een bepaalde transactie aangetrokken en aangewend, zie ook hierboven bij 1.1 onder (v).

22

Zie HR 14 april 2000 (*[S./S.]*), [ECLI:NL:HR:2000:AA5526](#), NJ 2000/689, m.nt. W.M. Kleijn; HR 8 juli 2005 (*Rabobank/ [Van H.]*), [ECLI:NL:HR:2005:AT2632](#), NJ 2006/96, [JOR 2005/233](#), m.nt. A.J. Verdaas, [JPF 2006/24](#), m.nt. B.E. Reinhartz, NTBR 2006/16, m.nt. R.A.M. Quanjel-Schreurs; en HR 18 december 2015 (*[N.]/ING*), [ECLI:NL:HR:2015:3606](#), NJ 2016/29, [JOR 2016/106](#), m.nt. R.I.V.F. Bertrams, [JPF 2017/3](#), m.nt. B.E. Reinhartz.

23

Vgl. in die zin ook Smelt, 'De normale bedrijfsuitoefening van art. 1:88 lid 5 BW', *WPNR* 2017/7166 onder 4.1-4.2 en 5. Hij acht een restrictieve uitleg van lid 5 echter toch gerechtvaardigd op grond van de ratio van de toestemmingsregeling, die door de wetgever uitdrukkelijk werd onderschreven, en het feit dat de wetgever zijns inziens geen evenwichtige en overtuigende afweging lijkt te hebben gemaakt tussen de betrokken belangen (onder 4.3).

24

Opgemerkt kan hier nog worden dat bij het criterium dat de "rechtshandeling [waarvoor borg wordt gesteld] *zelf* behoort tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van een bedrijf plegen te worden verricht" hier het deel "in de normale uitoefening van een bedrijf" kennelijk niet (meer) zo wordt uitgelegd als het – voorheen (ook voor de situaties van art. 1:88 lid 5 BW) en nog altijd in art. 1:88 lid 1 sub c BW – wordt uitgelegd, nl. als "kenmerkend". Hierover Smelt, 'De normale bedrijfsuitoefening van art. 1:88 lid 5 BW', *WPNR* 2017/7166 onder 5.

25

Genoemde A-G in 3.3 van zijn conclusie vóór HR 19 december 2008, [ECLI:NL:HR:2008:BF3942](#), RvdW 2009/108, welk cassatieberoep uiteindelijk (met toepassing van art. 81 RO) door de Hoge Raad, overeenkomstig de conclusie, werd verworpen.

26

HR 8 juli 2005 (*Rabobank/ [Van H.]*), [ECLI:NL:HR:2005:AT2632](#), NJ 2006/96, [JOR 2005/233](#), m.nt. A.J. Verdaas, [JPF 2006/24](#), m.nt. B.E. Reinhartz, NTBR 2006/16, m.nt. R.A.M. Quanjel-Schreurs; en HR 18 december 2015 (*[N.]/ING*), [ECLI:NL:HR:2015:3606](#), NJ 2016/29, [JOR 2016/106](#), m.nt. R.I.V.F. Bertrams, [JPF 2017/3](#), m.nt. B.E. Reinhartz.

27

Zie voor kritiek hierop Blomkwist, *Borgtocht* (Mon. BW nr. B78), 2012, p. 43. Dat het aangaan van de financieringsovereenkomst voor de vennootschap geen verruiming van de liquiditeit tot gevolg heeft, lijkt Verdaas daarbij van ondergeschikt belang, waarmee Blomkwist wel lijkt in te stemmen (a.w., p. 42).

28

Kritisch over deze opvatting van de A-G is Bertrams in zijn annotatie in [JOR 2016/106](#) (nrs. 5-8) onder HR 18 december 2015 (*[N.]/ING*), [ECLI:NL:HR:2015:3606](#). Zie eveneens Blomkwist, *Borgtocht* (Mon. BW nr. B78), 2012, p. 42.

29

HR 10 november 2017, [ECLI:NL:HR:2017:2848](#), RvdW 2017/1204 zie ook de conclusie van mijn ambtgenoot Timmerman.

30

Of de lening bijvoorbeeld op gebruikelijke wijze en onder gebruikelijke omstandigheden en voorwaarden werd verleend.

31

In zijn annotatie in [JOR 2018/44](#) bij het hier bestreden hofarrest komt Christiaans tot een vergelijkbare eindconclusie – namelijk dat de omstandigheid dat andere accountants er voor kunnen kiezen om hun beroep op een andere wijze uit te oefenen dan door middel van inkoop van een werkmaatschappij in een maatschap geen relevant aspect kan zijn bij de beoordeling van de vraag of deze financiering, verkregen door Acca, heeft te gelden als behorende tot de normale bedrijfsuitoefening van Acca – zij het op iets andere gronden. Hij meent dat het hof ten onrechte heeft gekeken naar de normale bedrijfsuitoefening van “een” (gemiddelde, geobjectiveerde) vennootschap (of zelfs accountant) in plaats van naar die van de vennootschap in kwestie.

32

Genoemde A-G in 3.4 van zijn conclusie vóór HR 19 december 2008, [ECLI:NL:HR:2008:BF3942](#), RvdW 2009/108.

33

Het bestaan van dit basiscriterium volgt m.i. ook uit HR 10 november 2017, [ECLI:NL:HR:2017:2849](#), RvdW 2017/1202. Daarin sanctioneerde de Hoge Raad (met toepassing van art. 81 RO) het oordeel van het hof dat, gelet op de bedoeling van de investering en de daarmee beoogde te behalen omzet, borg was gesteld voor een rechtshandeling die geschiedde ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening, nu de betreffende financieringsovereenkomst was afgesloten in het kader van de aanschaf van een motorschip, en de wederpartij had erkend dat het (gaan) verrichten van binnenvaartdiensten met het aangeschafte motorschip viel binnen de normale feitelijke bedrijfsuitoefening. Vgl. hierover ook, hoewel wat sterker aangezet, Bertrams in zijn annotatie in [JOR 2016/106](#) onder HR 18 december 2015 (*[N.]/ING*), [ECLI:NL:HR:2015:3606](#).
