

## **JOR 2006/195**

### **Hoge Raad**

20 januari 2006, C04/296HR; LJN  
AU5681.

( Mr. De Savornin Lohman  
Mr. Van Buchem-Spapens  
Mr. Numann  
Mr. Van Oven  
Mr. Asser )  
(Concl. P-G Hartkamp )

Fortis Bank (Nederland) NV te Rotterdam,  
eiseres tot cassatie,  
advocaat: mr. G. Snijders,  
tegen  
1. F. van der Zee te De Bilt,  
2. R.A. van der Zee-Oosterwijk te De Bilt,  
verweerders in cassatie,  
advocaat: mr. G.C. Makkink.

Borgtochtovereenkomst,  
Toestemmingsvereiste ex art. 1:88 BW,  
Uitleg uitzondering hierop in art. 1:88 lid 5  
BW, Aan vereiste hoedanigheid van  
aandeelhouder is niet voldaan indien op  
moment van aangaan van borgtocht  
aandelen zijn gekocht maar nog niet zijn  
geleverd

[BW Boek 1 - 88]

## **» Samenvatting**

Uit de ontstaansgeschiedenis van art. 1:88  
BW, zoals die is weergegeven in de  
conclusie van de P-G onder 10, komt naar  
voren dat de wetgever met de uitzondering  
op de gezinsbescherming van lid 5  
(voorheen lid 4) van art. 1:88 een  
eenvoudige, doorzichtige regeling heeft  
willen geven en die uitzondering daarom  
heeft willen beperken tot gevallen waarin  
de handelende echtgenoot bestuurder is van  
een naamloze of besloten vennootschap  
waarvan deze alleen of met zijn  
medebestuurders de meerderheid van de  
aandelen houdt. Met afwijkingen van de  
normale regeling van het stemrecht en met

de mogelijkheid van certificering van de  
aandelen heeft de wetgever in het huidige  
lid 5 van art. 1:88 daarom bewust geen  
rekening gehouden. Het moest een  
eenvoudige, doorzichtige regeling zijn die  
de criteria bevat die hier van belang zijn,  
namelijk een combinatie van zeggenschap  
en financieel belang, zoals die zich voor de  
ondernemer ook bij de eenmanszaak en de  
vof voordoet.

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

[beslissing/besluit](#)

## **» Uitspraak**

### **Conclusie Procureur-Generaal**

(mr. Hartkamp)

### **Feiten en procesverloop**

1. In cassatie kan worden uitgegaan van de  
volgende feiten die door de rechtbank in  
eerste aanleg (vonnis d.d. 30 mei 2002, r.o.  
1.1 t/m 1.18) zijn vastgesteld, [\[noot:1\]](#)  
waartegen in hoger beroep geen grieven  
zijn gericht en waarvan kennelijk ook het  
hof is uitgegaan in zijn bestreden arrest.  
Verweerder in cassatie sub 1, verder te  
noemen: “Van der Zee”, heeft op 26 april  
1999 namens de besloten vennootschap  
Schilders- en Afwerkingsbedrijf Goedhart  
B.V., verder te noemen: “Goedhart”, een  
offerte van (de rechtsvoorgangster van)  
eiseres tot cassatie, verder te noemen: “de  
bank”, ondertekend met onder meer de  
volgende inhoud:

“(…) dat wij bereid zijn u het navolgende kredietarrangement ter beschikking te stellen:

Een rekening-courant faciliteit met een limiet van f 500.000,= (…)

Kredietnemer: Schilder- en afwerkingsbedrijf Goedhart B.V.

Doel: financiering van uw werkkapitaal

(…)

## ZEKERHEDEN

Tot meerdere zekerheid voor de voldoening van al hetgeen u ons op enig moment, uit dezen of uit welken hoofde dan ook zult blijken schuldig te zijn, ontvangen wij:

- Verpanding van vorderingen.
- Verpanding van voorraden.
- Verpanding van inventaris en bedrijfsuitrusting of bepaalde zaken.
- Borgtocht ad f 500.000,= van de heer F. van der Zee. (…)

Eveneens op 26 april 1999 heeft Van der Zee zich als borg jegens de bank verbonden voor de betaling van al hetgeen Goedhart aan de bank schuldig is of zal worden uit hoofde van overeenkomsten van geldlening, kredietverlening of uit welken andere hoofde ook. Het bedrag waarvoor Van der Zee uit hoofde van deze borgstelling kan worden aangesproken is beperkt tot een bedrag van f 500.000,=. In artikel 12 van de borgtochtovereenkomst staat:

“Indien de borg een natuurlijk persoon is, verklaart hij bestuurder te zijn van de hoofdschuldenaar en alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid der aandelen van de hoofdschuldenaar te hebben.”

Het Handelsregister vermeldt Van der Zee met ingang van 1 april 1999 als directeur van Goedhart. Bij notariële akte van 13 september 1999 heeft Van der Zee alle uitstaande aandelen in het kapitaal van Goedhart overgedragen gekregen.

De borgstelling is niet mede ondertekend door de echtgenote van Van der Zee, verweerster in cassatie sub 2 (verder te noemen: “Van der Zee-Oosterwijk”).

Bij brief van 12 november 1999 heeft de bank het door haar aan Goedhart verstrekte krediet in rekening-courant met onmiddellijke ingang opgezegd en het krediet opeisbaar gesteld per 15 januari 2000. Bij brief van 23 november 1999 heeft de echtgenote van Van der Zee aan de bank medegedeeld dat zij de nietigheid inroept van de hiervoor vermelde borgtochtovereenkomst, omdat zij niet de daarvoor door artikel 1:88, aanhef en onder c BW geëiste toestemming heeft verleend.

Op 13 januari 2000 is Goedhart failliet verklaard.

De bank heeft Van der Zee aangesproken uit de borgtocht en heeft zich verhaald op een door Van der Zee-Oosterwijk bij de bank aangehouden, aan de bank verpande effectenportefeuille.

2. In het onderhavige geding vorderen verweerders in cassatie sub 1 en 2, verder gezamenlijk aan te duiden als: “Van der Zee c.s.”, een verklaring voor recht dat Van der Zee-Oosterwijk de door Van der Zee afgegeven borgtocht rechtsgeldig heeft vernietigd en veroordeling van de bank tot terugbetaling van het uit hoofde van de borgtochtovereenkomst uitgewonnen bedrag van € 226.890,11 (f 500.000,=) vermeerderd met wettelijke rente. Voorzover in cassatie van belang heeft Van der Zee c.s. zich beroepen op de vernietiging van de borgtochtovereenkomst door Van der Zee-Oosterwijk ex artikel 1:89 BW wegens het ontbreken van haar

toestemming tot het aangaan daarvan (artikel 1:88 BW). De bank heeft de vordering gemotiveerd bestreden.

3. Bij vonnis van 30 mei 2002 heeft de rechtbank te Rotterdam de vordering van Van der Zee c.s. afgewezen. De rechtbank volgde de bank in haar stelling dat zij ten tijde van het sluiten van de borgtochtovereenkomst te goeder trouw was, zodat Van der Zee-Oosterwijk deze overeenkomst niet kon vernietigen (artikel 1:89 lid 2 BW). De rechtbank liet daarbij in het midden of de uitzondering op het toestemmingsvereiste van artikel 1:88 lid 5 [\[noot:2\]](#) BW zich in casu voordeed, zoals de bank tevens had aangevoerd. Deze uitzondering houdt in dat geen toestemming van de echtgenote van de borg nodig is indien deze laatste bestuurder is van een naamloze of besloten vennootschap waarvan hij alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen houdt en indien de borgstelling geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap.

4. Tegen het vonnis van de rechtbank heeft Van der Zee c.s. hoger beroep ingesteld. De bank heeft de grieven van Van der Zee c.s. bestreden.

5. Bij arrest van 29 juni 2004 heeft het gerechtshof te 's Gravenhage het vonnis van de rechtbank vernietigd en, opnieuw rechtdoende, voor recht verklaard dat Van der Zee-Oosterwijk de door Van der Zee op 26 april 1999 afgegeven borgtocht rechtsgeldig heeft vernietigd en de bank veroordeeld om aan Van der Zee-Oosterwijk tegen behoorlijk bewijs van kwijting te betalen een bedrag van € 226.890,11 (*f* 500.000,=) vermeerderd met wettelijke rente. Voorzover in cassatie van belang heeft het hof daarbij overwogen:

“2.4. Het hof laat – anders dan de rechtbank – niet in het midden of de reeds

genoemde uitzonderingsbepaling van artikel 1:88 lid 4 BW in dit geval van toepassing is. Beoordeeld dient daarbij te worden of Van der Zee, toen hij op 26 april 1999 de borgtocht aanging, alleen of met een medebestuurder de meerderheid van de aandelen in Goedhart B.V. hield.

2.5. Vast staat dat Van der Zee op dat moment waarop hij de borgtocht aanging geen enkel aandeel in de betrokken besloten vennootschap hield, immers alle aandelen toen eigendom waren van de – in de leveringsakte genoemde – heren P.G. Goedhart en S.C. Goedhart, althans uitsluitend van de eerstgenoemde, en dat die aandelen eerst bij akte van 13 september 1999 aan Van der Zee zijn geleverd.

2.6. De bank stelt zich op het standpunt dat deze omstandigheid onvoldoende is om te concluderen dat de uitzonderingsbepaling van genoemd lid 4 niet van toepassing is, aangezien Van der Zee – zo stelt zij – ten tijde van het aangaan van de borgtocht economisch gerechtigd was tot de aandelen Goedhart B.V., dat wil zeggen hij de aandelen had gekocht maar nog niet geleverd had gekregen, en zulks gelet op de ratio van de onderhavige bepaling voldoende is voor het maken van uitzondering op de regel dat de toestemming van de echtgenoot voor het aangaan van de borgtocht is vereist. Het hof acht deze stellingname van de Bank onjuist. Van der Zee – die zoals reeds werd overwogen – geen aandelen in Goedhart B.V. hield, kan bij de toepassing van artikel 1:88 lid 4 BW niet met een dergelijke aandeelhouder gelijk worden gesteld. Zeker niet nu gesteld noch gebleken is dat Van der Zee de koopsom van de aandelen ten tijde van het aangaan van de borgtocht al had betaald. Verder is van betekenis dat ingevolge artikel 3 van de uit de akte van aandelenoverdracht van 13 september 1999 blijkende koopvoorwaarden, de baten en lasten van de aandelen eerst per de datum van overdracht voor rekening en risico van

Van der Zee kwamen. De omstandigheid dat er geen interim-uitkering aan de vorige aandeelhouder(s) is gedaan neemt – anders dan de Bank aanvoert – de betekenis van die bepaling niet weg, mede omdat moet worden aangenomen dat de koopsom van de aandelen gerelateerd is aan de waarde van die aandelen ten tijde van de levering.

2.7. Bovendien, zo wordt ten overvloede overwogen, heeft de Bank aangevoerd (conclusie van antwoord onder 2.17) dat het door haar aan Goedhart B.V. verleende krediet is gebruikt door het doen van betalingen aan de voormalig aandeelhouder van Goedhart B.V. Dit lijkt erop te wijzen dat aldus de koopsom van de aandelen of een deel daarvan uit het bankkrediet – waarvoor de borgtocht een vereiste was – afkomstig is. Het laat zich niet met de bedoeling van artikel 1:88 BW verenigen dat de onderhavige uitzondering op het toestemmingsvereiste van de andere echtgenoot voor het aangaan van een borgtocht kan worden gemaakt, indien die uitzonderingspositie van – kort gezegd – enig aandeelhouder is verworven met middelen die slechts konden worden verkregen door die borgtocht aan te gaan. Onvoldoende is gebleken dat de Bank, die kennelijk Van der Zee heeft aangespoord om zijn inschrijving als directeur te doen plaatsvinden, niet op deze aanwending van het krediet bedacht heeft hoeven zijn.”

6. Tegen het arrest van het hof heeft de bank beroep in cassatie ingesteld. Van der Zee c.s. heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Partijen hebben hun stellingen schriftelijk doen toelichten. Partijen hebben vervolgens van re- en dupliek gediend.

### **Bespreking van het cassatiemiddel**

7. Onderdeel 1 is gericht tegen r.o. 2.6 van het arrest van het hof en betoogt onder a dat van het houden van aandelen in de zin van artikel 1:88 lid 5 BW ook sprake is in geval van economische eigendom van de

aandelen in de zin dat de handelende echtgenoot de aandelen wel reeds onvoorwaardelijk heeft gekocht maar deze nog niet geleverd heeft gekregen.

8. Artikel 1:88 lid 1, aanhef en onder c luidt:

1. Een echtgenoot behoeft de toestemming van de andere echtgenoot voor de volgende rechtshandelingen:

(...)

c. overeenkomsten die ertoe strekken dat hij, anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf, zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt, of zich tot zekerheidstelling voor een schuld van de derde verbindt;

(...)

Het vijfde lid van artikel 1:88 BW bevat daarop de volgende uitzondering:

5. Toestemming voor een rechtshandeling als bedoeld in lid 1 onder c, is niet vereist, indien zij wordt verricht door een bestuurder van een naamloze vennootschap of van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid der aandelen houdt en mits zij geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap.

9. Duidelijk is dat het onderhavige geval naar de letter niet onder de uitzonderingsbepaling valt. De vraag die door het cassatiemiddel aan de orde wordt gesteld is of er aanleiding bestaat artikel 1:88 lid 5 BW “op te rekken” in die zin dat ook een bestuurder die geen aandeelhouder is maar wel een recht heeft op levering van de aandelen geen toestemming van zijn echtgenote behoeft indien hij zich persoonlijk borg stelt voor

een schuld die de vennootschap aangaat in de normale uitoefening van haar bedrijf.

Ik ben van mening dat die vraag ontkennend moet worden beantwoord en licht dat als volgt toe.

10. De parlementaire geschiedenis vermeldt ten aanzien van (de voorloper van) artikel 1:88 lid 1 onder c BW:

(Parl. Gesch. NBW, Boek 1, p. 261:)

“Het stelsel (...) van het ontwerp is immers dat een echtgenoot in het algemeen geen toestemming van de andere echtgenoot behoeft om over zijn privégoed of het onder zijn bestuur staande gemeenschapsgoed te beschikken, noch om verbintenissen aan te gaan. Aan de hier besproken uitzonderingsbepaling ligt ten grondslag, dat het aangaan van borgtochten zeer grote risico's met zich kan brengen, die maar al te vaak niet overzien worden, het aanwezige vermogen veelal verre te boven gaan en het gezin met schulden kunnen belasten, waaronder het jarenlang gebukt zal gaan. (...)”

(t.a.p. waar een passage uit de totstandkomingsgeschiedenis van de wet van 14 juni 1956, Stb. 343 wordt geciteerd:) “Bij de hier genoemde rechtshandelingen toch gaat het erom, in het belang van het gezin, de echtgenoten tegen zichzelf en elkaar te beschermen, (...)”

(Parl. Gesch. NBW, Invoeringswet Boek 1, p. 1170)

“In lid 1 onder c is ‘in de uitoefening van een beroep of bedrijf’ vervangen door ‘ten behoeve van zijn beroep of bedrijf’, bewoordingen die naar de mening van de ondergetekende beter aansluiten bij de toepassing van het geldende artikel 164a B.W., zoals deze zich schijnt te ontwikkelen; men vergelijkte H.R. 29 maart 1963, N.J. 1963, 331 met noot van J.H.B.

Bij de beoordeling of een borgstelling van een directeur van een naamloze vennootschap ter verkrijging van een voor haar bedrijf benodigd krediet dient te worden aangemerkt als een ten behoeve van zijn beroep verrichte handeling, vragen men zich af of hij redelijkerwijs kon menen tot deze borgstelling in het belang van zijn broodwinning te moeten overgaan. (...)”

(a.w. p. 1171:)

“De commissie nam voorts kennis van een artikel van mr. A. Bockwinkel in W.P.N.R. 4909. Deze schrijver constateert, dat de in het eerste lid, onder c, voorkomende uitzondering door de vervanging van ‘in de uitoefening van een beroep of bedrijf’ door ‘ten behoeve van zijn beroep of bedrijf’ aanzienlijk is verruimd. Anders dan de memorie van toelichting is hij echter van mening, dat deze verruiming niet aansluit bij de ontwikkeling van de rechtspraak ten aanzien van het geldende artikel 164a B.W.; zij gaat daar juist lijnrecht tegenin. Schrijver is voorts van mening, dat uit de memorie van toelichting blijkt, dat voor de vraag wanneer de uitzondering aanwezig geacht mag worden een subjectief criterium geldt; hij acht dit echter in ieder geval niet gewenst. Overigens zou hij de voorkeur geven aan de bestaande, enge redactie.

De commissie zou gaarne het oordeel van de Minister over het hierboven weergegeven betoog vernemen. Zij wilde hierbij nog aantekenen, dat zij, ter bescherming van de andere echtgenoot, meer voelde voor de huidige enge redactie. Slechts indien gebleken zou zijn, dat het verkeer daardoor te zeer werd belemmerd, zou er naar haar oordeel plaats zijn voor de ruimere formulering. Ook dan echter, zo werd in de commissie opgemerkt, zou het gewenst zijn duidelijk vast te leggen, dat de vraag of er sprake is van een overeenkomst ten behoeve van beroep of bedrijf naar een objectief criterium dient te worden beoordeeld.”

(a.w. p. 1172:)

“Wat er zij van de uiteenlopende beschouwingen waartoe de ontwikkeling van de rechtspraak over de in artikel 164a lid 1 onder c gemaakte uitzondering voor overeenkomsten aangegaan ‘in de uitoefening van een beroep of bedrijf’ aanleiding heeft gegeven, naar de mening van de ondergetekende levert met name die van de rechtspraak van de Hoge Raad geen grond op voor de stelling dat de aangehaalde bewoordingen van het artikel zo eng zijn, dat het verkeer door deze bepaling te zeer wordt belemmerd. Hij acht het dan ook voorshands niet nodig dat de wetgever ingrijpt door een gewijzigde formulering vast te stellen. Mitsdien zijn in het gewijzigd ontwerp van wet in lid 1 onder c de woorden ‘ten behoeve van zijn beroep of bedrijf,’ weder vervangen door: ‘in de uitoefening van een beroep of bedrijf.’”

De uitzonderingsbepaling van het huidige vijfde lid van art. 1:88 BW (het voormalige vierde lid) is geïntroduceerd bij de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 BW. De parlementaire geschiedenis vermeldt er onder meer het volgende over (Parl. Gesch. NBW, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Aanpassing Burgerlijk Wetboek, p. 20):

‘Lid 4 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. (...)’”

(a.w. p. 35:)

“a. Het is juist dat in de voorgestelde regeling geen rekening is gehouden met afwijkingen van de normale regeling van het stemrecht en evenmin met de mogelijkheid van certificering van aandelen. In het vennootschapsrecht is dat wel het geval, begrijpelijk, omdat dit een, in beginsel dwingende, regeling geeft van de inrichting der vennootschap, waarbij met alle denkbare mogelijkheden dient te worden gerekend. Dit heeft, mede ter

voorkoming van misbruiken, een ingewikkelde regeling tot onvermijdelijk gevolg. Daaraan bestaat hier geen behoefte. De vennootschappen waarop de onderhavige bepaling het oog heeft, zijn zelden gecompliceerd van structuur; afwijking van de wettelijke stemregeling en certificering van aandelen zijn denkbaar, maar zullen weinig voorkomen. Een eenvoudige, doorzichtige regeling verdient de voorkeur, indien deze maar de criteria bevat die hier van belang zijn, nl. een combinatie van zeggenschap en financieel belang, zoals die zich voor de ondernemer ook bij de eenmanszaak en de vennootschap onder een firma voordoet. Wie voorkeur heeft voor een ingewikkelde structuur, moet voor het verschaffen van borgtocht de toestemming van zijn echtgenoot zien te verkrijgen.”

(a.w. p. 36:)

“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.”

11. Uit de hiervoor weergegeven totstandkomingsgeschiedenis van art. 1:88 lid 1 sub c en het later ingevoerde vierde (thans vijfde) lid van art. 1:88 blijkt dat met deze bepalingen is gepoogd het gezinsvermogen te beschermen tegen bepaalde voor dat vermogen risicovolle rechtshandelingen verricht door een echtgenoot door voor die rechtshandelingen de toestemming van de andere echtgenoot te eisen. De wetgever heeft daarbij een uitzondering gemaakt voor rechtshandelingen die in de normale

bedrijfsuitoefening van een echtgenoot worden verricht omdat daarmee, zo is de gedachte, juist gezinsinkomen wordt gegenereerd.

Vervolgens heeft de wetgever een tweede uitzondering ingevoerd, voor rechtshandelingen die de echtgenoot verricht ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van de b.v. of n.v. waarin hij zijn onderneming heeft ondergebracht. De ratio van deze tweede uitzondering is dat het voor de toepassing van art. 1:88 lid 1 onder c geen verschil moet maken of een echtgenoot zijn onderneming uitoefent in de vorm van een eenmanszaak of een personenvennootschap, dan wel in de vorm van een b.v. of n.v. Nu in het eerste geval de echtgenoot persoonlijk aansprakelijk is voor de schulden uit het door hem (alleen of met anderen) uitgeoefende beroep of bedrijf zonder dat art. 1:88 daarbij een rol speelt, dient in het tweede geval evenmin op grond van art. 1:88 toestemming te worden geëist voor een borgtocht die ertoe strekt de echtgenoot persoonlijk aansprakelijk te doen zijn voor de schulden uit zijn beroep of bedrijf, zo is de gedachte van de wetgever geweest. De wetgever heeft bij deze uitzondering dan ook het oog op de situatie waarin materieel geen onderscheid bestaat tussen de echtgenoot en de besloten of naamloze vennootschap waarin hij zijn onderneming drijft, en waarin sprake is van een combinatie van zeggenschap en financieel belang zoals die zich ook bij de eenmanszaak en de v.o.f. voordoet. Dit wordt in de wettekst tot uitdrukking gebracht door de eis dat de handelende echtgenoot zowel statutair bestuurder als (alleen of tezamen met zijn medebestuurders) meerderheidsaandeelhouder is van de betreffende vennootschap.

Daarnaast blijkt uit de weergegeven gedeelten uit de parlementaire geschiedenis dat de wetgever de uitzonderingsregeling van het vierde lid (thans het vijfde lid) van

art. 1:88 bewust eenvoudig heeft gehouden, en de uitzondering bewust heeft beperkt tot gevallen waarin aan de twee genoemde formele vereisten is voldaan. Allerlei andere situaties waarin mogelijk sprake is van een combinatie van zeggenschap en financieel belang als bij een eenmanszaak of een v.o.f., zoals bijvoorbeeld als aandelen zijn gecertificeerd of wanneer een afwijkende regeling van het stemrecht geldt, heeft de wetgever bewust buiten de uitzondering gehouden: in meer ingewikkelde situaties (dan die van bestuurder-(groot/enig)aandeelhouder) moet gewoon de toestemming van de andere echtgenoot worden gevraagd.

12. Nu Van der Zee de aandelen in Goedhart op het moment van de borgstelling nog niet geleverd had gekregen, had hij op dat moment geen zeggenschap in die vennootschap. Deze zeggenschap zou hij pas verkrijgen op het moment dat hij de aandelen zou verwerven (zo'n vijf maanden na de borgstelling). Dit betekent dat in casu niet alleen niet is voldaan aan de letter, maar ook niet aan de ratio van de uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW. Bij het ontbreken van de (uiteindelijke) [\[noot:3\]](#) zeggenschap in de onderneming van Goedhart was Van der Zee op het moment van de borgstelling ten behoeve van Goedhart immers niet te vergelijken met een ondernemer die zijn beroep of bedrijf uitoefent in de vorm van een eenmanszaak of v.o.f. en voor de schulden van dat bedrijf persoonlijk aansprakelijk is. De borgstelling en het krediet aan Goedhart droegen dan ook niet bij aan het genereren van gezinsinkomen voor Van der Zee c.s., maar creëerden daarentegen een aanzienlijk risico voor het gezinsvermogen. Van der Zee had immers als niet-aandeelhouder geen althans onvoldoende zeggenschap over de aanwending van de ter leen verstrekte gelden, noch over de overige bedrijfsvoering van Goedhart. Daarmee had Van der Zee, anders dan een ondernemer in een eenmanszaak of v.o.f.,

geen (of onvoldoende) invloed op de kans dat hij persoonlijk (als borg) zou worden aangesproken.

Voorts was op het moment van de borgstelling niet zeker of Van der Zee als koper van de aandelen Goedhart deze aandelen ook daadwerkelijk geleverd zou krijgen. Dit was bijvoorbeeld nog afhankelijk van de betaling van de koopprijs door Van der Zee en van de nakoming door de verkopers (die bijvoorbeeld nog wanprestatie zouden kunnen plegen door de aandelen aan een derde te verkopen en te leveren, of beschikkingsonbevoegd zouden kunnen worden als gevolg van faillissement). Een dergelijk onzeker toekomstig financieel belang bij een onderneming rechtvaardigt m.i. niet een persoonlijke borgstelling zonder toestemming van de andere echtgenoot tot zekerheid voor de terugbetaling van een aan die onderneming verstrekt bankkrediet.

Om deze redenen ben ik van mening dat de ratio van artikel 1:88 lid 5 in casu niet van toepassing is en het toepassingsgebied van deze uitzonderingsbepaling derhalve niet moet worden uitgebreid tot een obligatoir recht op levering van de aandelen in de b.v. of n.v. voor wier schuld(en) men zich borg stelt. [\[noot:4\]](#)

13. Maar zelfs in gevallen van “economische eigendom” waarin wèl kan worden gezegd dat de echtgenoot in een vergelijkbare positie verkeert als de ondernemer die zijn beroep of bedrijf voert in de vorm van een eenmanszaak of personenvennootschap, kan m.i. uit uit de parlementaire geschiedenis worden afgeleid dat toestemming van de andere echtgenoot vereist is voor de rechtshandelingen als bedoeld in art. 1:88 lid 1 sub c. De wetgever heeft zoals gezegd bewust alleen de eenvoudig te toetsen [\[noot:5\]](#) situatie van de bestuurder/(groot/enig)aandeelhouder onder de uitzondering van het vijfde lid



willen brengen, en voor ingewikkelde situaties toestemming nodig geacht. Dit lijkt mij ook wenselijk in verband met de eis van rechtszekerheid in het handelsverkeer en ter voorkoming van uitvoerige discussies achteraf over de noodzaak van toestemming. Bij “economische eigendom” is van een dergelijke eenvoudig te toetsen situatie geen sprake: de inhoud van dat begrip staat niet vast (vgl. HR 13 sept. 2002, NJ 2003, 400 m.nt. WMK en mijn conclusie voor dat arrest) en economische eigendom is niet gemakkelijk op de in voetnoot 5 vermelde wijze vast te stellen.

In dit verband merk ik op dat het geval waarin een echtgenoot niet direct, maar indirect, via één of meer tussenholdings enig-/grootaandeelhouder en bestuurder is van de b.v. of n.v. ten behoeve van welke hij zich borg stelt, wèl gemakkelijk (via raadpleging van het handelsregister en eventueel het aandeelhoudersregister en de akte van levering) [\[noot:6\]](#) is vast te stellen, zodat de rechtszekerheid niet in de knel komt door dit onder het toepassingsbereik van art. 1:88 lid 5 te brengen. Voorts is in dat geval in gelijke mate als bij een rechtstreeks bestuurder-/aandeelhouderschap sprake van de door de wetgever beoogde combinatie van zeggenschap en financieel belang. Zie HR 11 juli 2003, NJ 2004, 173 m.nt. WMK en mijn conclusie voor dat arrest.

14. Onderdeel 1a faalt derhalve. Ook de onderdelen 1b en 1c, die subsidiair aanvoeren dat art. 1:88 lid 5 van toepassing is indien de handelende echtgenoot niet alleen een recht op levering van de aandelen heeft, maar ook het resultaat over het lopende boekjaar voor rekening en risico van de handelende echtgenoot is vanaf het moment van de overdracht, respectievelijk indien de borgstelling plaatsvond vooruitlopend op de later daadwerkelijk gevolgde levering van de reeds gekochte aandelen, kunnen om de hiervoor genoemde redenen niet tot

cassatie leiden. Deze omstandigheden doen immers aan het hierboven gesignaleerde gebrek aan zeggenschap, alsmede de onzekerheid ten aanzien van het (uiteindelijk, daadwerkelijk) verkrijgen van financieel belang niet af, terwijl ook de door de wetgever beoogde eenvoud van de regeling niet wordt bereikt met het maken van dergelijke onderscheidingen.

De aanvullende klacht van onderdeel 1b dat het hof op ongeoorloofde wijze de feiten heeft aangevuld met zijn overweging (r.o. 2.6, laatste volzin) dat moet worden aangenomen dat de koopsom van de aandelen gerelateerd is aan de waarde van de aandelen ten tijde van de levering mist gelet op het voorgaande belang. Hetzelfde geldt voor de in dat onderdeel opgenomen motiveringsklacht tegen het oordeel van het hof dat Van der Zee voor de toepassing van art. 1:88 lid 5 niet met een enig/grootaandeelhouder kan worden gelijkgesteld. Dit oordeel is immers, wat er ook zij van de motivering ervan, juist.

15. Onderdeel 2 bevat subsidiair de klacht dat het hof heeft miskend dat in het onderhavige geval alsnog aan de uitzonderingsbepaling van art. 1:88 lid 5 werd voldaan toen Van der Zee bij notariële akte van 13 september 1999 de aandelen in Goedhart verkreeg, op een moment waarop Van der Zee-Oosterwijk nog niet de borgtocht had vernietigd wegens het ontbreken van haar toestemming. Vanaf het moment van verkrijging van de aandelen was toestemming van Van der Zee-Oosterwijk niet meer vereist, en op het ontbreken van die toestemming kon vanaf dat moment niet meer met succes een beroep worden gedaan, aldus het onderdeel. In de schriftelijke toelichting op deze klacht wordt een parallel getrokken met de rechtsfiguur van de bekrachtiging (art. 3:58 BW), inhoudende dat indien eerst na het verrichten van een rechtshandeling een voor haar geldigheid gesteld wettelijk vereiste wordt vervuld, maar alle

onmiddellijke belanghebbenden die zich op dit gebrek hadden kunnen beroepen, de handeling in de tussende handeling en de vervulling van het vereiste liggende tijdsruimte als geldig hebben aangemerkt, de rechtshandeling daarmee is bekrachtigd.

[\[noot:7\]](#)

Het onderdeel treft geen doel. De door art. 1:88 lid 5 BW beschreven hoedanigheid van bestuurder/aandeelhouder dient aanwezig te zijn op het moment van de borgstelling. Het zou te zeer afbreuk doen aan de bescherming van de andere echtgenoot indien een later ingetreden bestuurder-/aandeelhouderschap als bedoeld in genoemde bepaling de vernietigbaarheid van de borgstelling alsnog zou helen. Daarbij valt te bedenken dat in de tussenliggende periode door de aandeelhouder(s) invloed kan worden uitgeoefend in de vennootschap en het door de vennootschap uitgeoefende bedrijf; deze invloed laat zijn sporen dan na ook nadat de handelende echtgenoot de aandelen verkrijgt. Men denke bijvoorbeeld aan dividenduitkeringen of andere uitkeringen aan de aandeelhouder(s), waardoor het vermogen c.q. de reserves van de vennootschap worden verminderd. Het is m.i. dan ook in strijd met de ratio van art. 1:88 lid 5 BW om aan de andere echtgenoot de mogelijkheid van vernietiging te onthouden wegens het feit dat de handelende echtgenoot op een later moment alsnog bestuurder/aandeelhouder in de zin van die bepaling is geworden. Het kwaad kan op dat moment immers al zijn geschied, zodat het belang bij vernietiging op dat moment onverkort c.q. eens te meer aanwezig is.

Bovendien eisen het belang van de rechtszekerheid en het belang van de eenvoudige toepasbaarheid van de regeling dat er één duidelijk peilmoment is voor de beantwoording van de vragen of toestemming is vereist en derhalve of kan worden vernietigd wegens het ontbreken

van die toestemming. Dit moment is dat van het aangaan van de borgtocht.

Gelet op het voorgaande bestaat er m.i. geen aanleiding de aan de figuur van de bekrachtiging ten grondslag liggende gedachte tot het onderhavige geval uit te breiden. [\[noot:8\]](#)

16. Onderdeel 3 keert zich tegen een overweging ten overvloede (r.o. 2.7, hiervoor geciteerd onder 5) en kan daarom bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. Ik acht het onderdeel overigens terecht voorgesteld. Waar het in het kader van artikel 1:88 lid 5 BW om gaat, is of de schuld van de vennootschap (waarvoor borgstelling plaatsvindt) wordt aangeaan in de normale bedrijfsuitoefening van de vennootschap (HR 14 april 2000, NJ 2000, 689 m.nt. WMK) en of de bank daarvan redelijkerwijze kan uitgaan. Een en ander moet naar objectieve maatstaven op het ogenblik van de borgstelling worden beoordeeld. Hiervan hangt het af of toestemming van de echtgenoot is vereist. Voor de bank niet kenbare subjectieve bedoelingen van de vennootschap en/of haar organen met betrekking tot de aanwending van een bankkrediet dienen geen rol te spelen en ook de vraag hoe het verstrekte bankkrediet vervolgens wordt aangewend kan daarop niet meer van invloed zijn.

## Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

Hoge Raad

## 1. Het geding in feitelijke instanties

Verweerders in cassatie – verder te noemen: Van der Zee c.s. – hebben bij exploit van 6 september 2001 eiseres tot cassatie – verder te noemen: de bank – gedagvaard voor de rechtbank te Rotterdam en gevorderd:

i. te verklaren voor recht dat:

a. verweerster in cassatie sub 2 (hierna ook: Van der Zee-Oosterwijk) de door verweerder sub 1 (hierna ook: Van der Zee) afgegeven borgtocht rechtsgeldig heeft vernietigd;

b. subsidiair dat de bank, gelet op de schending van de op haar rustende zorgplicht, niet in redelijkheid kon komen tot uitoefening van haar bevoegdheid tot uitwinning van de effectenportefeuille van Van der Zee-Oosterwijk uit hoofde van de akte van derdenverpanding, en aldus misbruik van die bevoegdheid heeft gemaakt;

ii. de bank te veroordelen aan Van der Zee-Oosterwijk te betalen een bedrag van f 500.000,= (€ 226.890,10);

iii. de wettelijke rente over de onder ii. genoemde hoofdsom vanaf 14 juni 2000 tot de dag der algehele voldoening.

De bank heeft de vorderingen bestreden.

De rechtbank heeft bij vonnis van 30 mei 2002 de vorderingen afgewezen. Tegen dit vonnis hebben Van der Zee c.s. hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage.

Bij arrest van 29 juni 2004 heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van Van der Zee c.s. alsnog toegewezen. (...; *red.*).

## 2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft de bank beroep in cassatie ingesteld. (...; *red.*).

Van der Zee c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Procureur-Generaal strekt tot verwerping van het beroep.

De advocaat van Fortis heeft bij brief van 29 september 2005 op die conclusie gereageerd.

## 3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i. Van der Zee heeft op 26 april 1999 namens de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Schilders- en Afwerkingsbedrijf "Goedhart B.V." een kredietovereenkomst gesloten met (de rechtsvoorgangster van) de bank. Goedhart B.V. kreeg een krediet van f 500.000,= ter financiering van haar werkkapitaal.

ii. Eveneens op 26 april 1999 heeft Van der Zee zich als borg jegens de bank verbonden voor de betaling van al hetgeen Goedhart B.V. aan de bank schuldig is of zal worden uit hoofde van overeenkomsten van geldlening, kredietverlening of uit welken andere hoofde ook. Het bedrag waarvoor Van der Zee uit hoofde van deze borgstelling kan worden aangesproken is beperkt tot f 500.000,=. Art. 12 van de borgtochtovereenkomst houdt in dat Van der Zee verklaart bestuurder te zijn van Goedhart B.V. en dat hij alleen of samen met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen van Goedhart B.V. heeft. De borgtochtovereenkomst is niet medeondertekend door Van der Zee-Oosterwijk, de echtgenote van Van der Zee.

iii. Van der Zee is per 1 april 1999 in het handelsregister ingeschreven als directeur van Goedhart B.V. Bij notariële akte van 13 september 1999 zijn alle uitstaande aandelen in het kapitaal van Goedhart B.V. aan Van der Zee overgedragen.

iv. Bij brief van 12 november 1999 heeft de bank het door haar aan Goedhart B.V.

verstrekke krediet in rekening-courant met onmiddellijke ingang opgezegd en het krediet opeisbaar gesteld per 15 januari 2000.

v. Bij brief van 23 november 1999 is aan de bank medegedeeld dat Van der Zee-Oosterwijk de borgtocht vernietigt met een beroep op het bepaalde in de art. 1:88 en 1:89 BW.

vi. Op 13 januari 2000 is Goedhart B.V. failliet verklaard.

vii. De bank heeft Van der Zee aangesproken uit hoofde van de borgtochtvereenkomst en heeft haar vordering verhaald op een door Van der Zee-Oosterwijk bij de bank aangehouden en aan de bank verpande effectenportefeuille.

3.2. Van der Zee c.s. vorderen in dit geding een verklaring voor recht dat Van der Zee-Oosterwijk de door Van der Zee aangegane borgtocht rechtsgeldig heeft vernietigd en de veroordeling van de bank tot terugbetaling van het uit hoofde van de borgtochtvereenkomst uitgewonnen bedrag van f 500.000,= (€ 226.890,11).

De rechtbank heeft de vorderingen van Van der Zee c.s. afgewezen op de grond dat de bank ten tijde van het sluiten van de borgtochtvereenkomst te goeder trouw was in de zin van art. 1:89 lid 2 BW. Het hof heeft de vorderingen alsnog toegewezen. Hetgeen het hof daartoe overwoog, kan als volgt worden samengevat. Het hof laat – anders dan de rechtbank – niet in het midden of art. 1:88 lid 5 (voorheen lid 4) BW van toepassing is. Beoordeeld dient te worden of Van der Zee, toen hij op 26 april 1999 de borgtocht aanging, alleen of met een medebestuurder de meerderheid van de aandelen in Goedhart B.V. hield (rov. 2.4). Vaststaat dat Van der Zee op het moment dat hij de borgtocht aanging, geen enkel aandeel in die B.V. hield; eerst bij akte van 13

september 1999 zijn de aandelen aan Van der Zee geleverd (rov. 2.5). De bank stelt dat Van der Zee ten tijde van het aangaan van de borgtocht economisch gerechtigd was tot de aandelen Goedhart B.V. en dat zulks, gelet op de ratio van art. 1:88 lid 5 BW, voldoende is voor het maken van een uitzondering op de regel dat voor het aangaan van de borgtocht toestemming van de echtgenoot is vereist. Het hof acht die stellingname van de bank onjuist. Van der Zee, die geen aandelen in Goedhart B.V. hield, kan bij de toepassing van art. 1:88 lid 5 BW niet worden gelijkgesteld met een aandeelhouder als in dat artikel bedoeld (rov. 2.6). Het hof is tot de conclusie gekomen dat de uitzonderingsbepaling van art. 1:88 lid 5 BW niet van toepassing is en dat Van der Zee voor het aangaan van de borgtocht de toestemming van Van der Zee-Oosterwijk behoefde (rov. 2.8).

3.3. Onderdeel 1a komt met een rechts- en motiveringsklacht op tegen rov. 2.6. Het onderdeel betoogt dat van het houden van aandelen als bedoeld in art. 1:88 lid 5 BW ook sprake is in geval van economische eigendom van de aandelen in de zin dat de betrokkene de aandelen heeft gekocht, maar deze nog niet geleverd heeft gekregen.

3.4. Uit de ontstaansgeschiedenis van art. 1:88 BW, zoals die is weergegeven in de conclusie van de Procureur-Generaal onder 10, komt naar voren dat de wetgever met de uitzondering op de gezinsbescherming van lid 5 (voorheen lid 4) van art. 1:88 een eenvoudige, doorzichtige regeling heeft willen geven en die uitzondering daarom heeft willen beperken tot gevallen waarin de handelende echtgenoot bestuurder is van een naamloze of besloten vennootschap waarvan deze alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen houdt. Met afwijkingen van de normale regeling van het stemrecht en met de mogelijkheid van certificering van de aandelen heeft de wetgever in het huidige lid 5 van art. 1:88 daarom bewust geen

rekening gehouden. Het moest een eenvoudige, doorzichtige regeling zijn die de criteria bevat die hier van belang zijn, namelijk een combinatie van zeggenschap en financieel belang, zoals die zich voor de ondernemer ook bij de eenmanszaak en de vennootschap onder firma voordoet.

3.5. Hierbij past niet de uitzonderingsbepaling van art. 1:88 lid 5 BW aldus uit te leggen dat die mede ziet op handelingen van een echtgenoot die bestuurder is van een besloten vennootschap en de aandelen daarvan niet houdt maar slechts heeft gekocht zonder dat zij aan hem zijn geleverd. De kwalificatie “economische eigendom van de aandelen” van het onderdeel voor deze rechtstoestand maakt dit niet anders. Het onderdeel faalt daarom, ook voorzover het de daarin voorgestelde rechtsopvatting met behulp van een motiveringsklacht ingang wil doen vinden.

3.6. De onderdelen 1b en 1c zijn eveneens tevergeefs voorgesteld. De door die onderdelen naar voren gebrachte omstandigheden dat Van der Zee belang had bij het resultaat van de vennootschap over het lopende boekjaar en dat de aandelen niet lang na het aangaan van de borgtocht zijn geleverd, doen aan het hiervoor in 3.5 overwogene niet af.

3.7. Onderdeel 2 betoogt dat het hof heeft miskend dat art. 1:88 lid 5 BW alsnog van toepassing is geworden nu Van der Zee de juridische eigendom van de aandelen heeft verkregen voordat Van der Zee-Oosterwijk de nietigheid van de borgtochtvereenkomst heeft ingeroepen. Het onderdeel faalt. De hoedanigheid van bestuurder/aandeelhouder zoals vereist door art. 1:88 lid 5 dient aanwezig te zijn op het moment van het aangaan van de borgtocht. De door het onderdeel voorgestane opvatting verdraagt zich niet met de strekking van deze bepaling.

3.8. Onderdeel 3 is tevergeefs voorgesteld omdat het zich richt tegen een overweging die de beslissing van het hof niet draagt.

## 4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Fortis in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

## » Noot

1. Voor een aantal rechtshandelingen heeft een gehuwd persoon toestemming nodig van zijn echtgenoot. Ontbreekt deze toestemming, dan kan de echtgenoot of partner wiens toestemming vereist was de rechtshandeling vernietigen; zie art. 1:88–89 BW. Deze bepalingen zijn ook van toepassing op personen die een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan; zie art. 80b BW. De ratio van dit toestemmingsvereiste is bescherming van “de andere echtgenoot” en het gezin tegen de gevolgen van bepaalde benadelende of risicovolle, door de “handelende echtgenoot”, verrichte rechtshandelingen, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis.

2. Een in de financieringspraktijk veel voorkomende rechtshandeling waarvoor de handelende echtgenoot de toestemming van de andere echtgenoot behoeft, is de overeenkomst waarbij de handelende echtgenoot zich borg stelt voor de schulden van een derde; zie art. 1:88 lid 1 sub c BW. Verstrekkt een bank krediet aan een of meer vennootschappen die een onderneming uitoefenen waarachter een natuurlijke persoon (of enkele natuurlijke personen) de drijvende kracht is, dan wordt door de bank vaak verlangd dat die natuurlijke persoon zich borg stelt voor het krediet aan de vennootschap. Zo een vennootschap is dan een derde in de in art. 1:88 lid sub c BW bedoelde zin.

3. Toestemming van de andere echtgenoot is niet vereist als een handelende echtgenoot zich borg stelt en voldaan is aan al de volgende, in art. 1:88 lid 5 BW opgenomen vereisten:

- i. de zekerheidsstelling geschiedt ten behoeve van een naamloze of besloten vennootschap; en
- ii. de handelende echtgenoot is bestuurder van de vennootschap; en
- iii. de handelende echtgenoot is aandeelhouder van de vennootschap; en
- iv. de handelende echtgenoot houdt, eventueel samen met zijn medebestuurders, de meerderheid van de aandelen in de vennootschap; en
- v. de zekerheidsstelling geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap.

Het onderhavige arrest gaat uitsluitend over de vraag of voldaan is aan het derde vereiste, het vereiste dat de handelende echtgenoot aandeelhouder is in de vennootschap waarvoor hij zich borgstelt.

4. Kort samengevat zijn de feiten als volgt. Goedhart BV (“de vennootschap”) sluit op 26 april 1999 een kredietovereenkomst met Fortis Bank. Op dezelfde datum stelt Van der Zee zich borg jegens de bank voor de schulden van de vennootschap. Op die datum is Van der Zee (nog) geen rechthebbende van de aandelen in de vennootschap. Hij heeft de aandelen gekocht maar deze zijn nog niet aan hem overgedragen. Nadat de bank het aan de vennootschap verstrekte krediet heeft opgezegd, vernietigt de echtgenote van Van der Zee de overeenkomst van borgtocht met een beroep op art. 1:88 en 89 BW.

5. Fortis stelt dat de uitzondering van lid 5 van art. 1:88 BW ook van toepassing is op een geval als het onderhavige omdat, kort

samengevat, de handelende echtgenoot in economische zin als aandeelhouder is te beschouwen; nadat aandelen zijn verkocht, zal normaliter het risico dat een aandeelhouder loopt voor rekening van de koper en niet langer voor rekening van de verkoper zijn, ook als de aandelen nog niet zijn overgedragen. Deze redenering is in zoverre in overeenstemming met de ratio van de uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW, dat de wetgever zekerheidsstelling van een bestuurder-aandeelhouder van toestemming wilde uitzonderen, indien deze zeggenschap over en financieel belang bij de vennootschap heeft; zie r.o. 3.4 van het arrest.

6. De Hoge Raad volgt Fortis niet, omdat de wetgever een eenvoudige, doorzichtige regeling wilde. Zo heeft de wetgever geen rekening gehouden met afwijkingen van de normale regeling van het stemrecht en met de mogelijkheid van certificering van aandelen. Het “oprekken” van de uitzondering op het toestemmingsvereiste tot de onderhavige situatie past niet bij (deze bedoeling van de wetgever met) deze uitzondering, zo oordeelt de Hoge Raad.

7. Enerzijds is het oordeel van de Hoge Raad begrijpelijk en uit een oogpunt van consistentie bij de uitleg van verspreid in de wet voorkomende begrippen alleszins te billijken. Houder van aandelen in een vennootschap in de in Boek 2 BW bedoelde zin is uitsluitend degene die gerechtigd is tot die aandelen in juridische zin. Anderzijds is de Hoge Raad bij de interpretatie van het begrip aandeelhouder bij de toepassing art. 1:88 lid 5 BW niet consistent. In zijn arrest van 11 juli 2003, «JOR» 2003/223, m.nt. Verdaas (Kelders/Fortis) oordeelde de Hoge Raad namelijk dat ook een echtgenoot die indirect, via een of meer tussengeschakelde vennootschappen, aandelen houdt in een vennootschap, aandeelhouder van die vennootschap is in de in art. 1:88 lid 5 BW bedoelde zin. Zo bezien had de Hoge Raad over het onderhavige geval ook anders

kunnen oordelen en dat andere oordeel ook dragend kunnen motiveren. Dat de Hoge Raad de grens heeft getrokken waar hij dat nu heeft gedaan is een beslissing waar ik niets op af wil dingen.

8. Voor de praktijk is weer iets duidelijker geworden wanneer al dan niet toestemming van de andere echtgenoot vereist is. Zo moet het er op grond van het onderhavige arrest voor worden gehouden dat de uitzondering van lid 5 van art. 1:88 BW niet van toepassing is als de aandelen in de vennootschap waarvoor de handelende echtgenoot zekerheid stelt zijn gecertificeerd, ook niet als de echtgenoot bestuurder is van de vennootschap, de (enig) certificaathouder is en (enig) bestuurder is van de stichting die de aandelen houdt. In de lagere jurisprudentie werd hierover wel anders geoordeeld. Zie bijvoorbeeld Rb Utrecht 17 januari 2001 en Hof Amsterdam 13 december 2001, NJ 2004, 145, Rb Rotterdam 26 maart 2003, «JOR» 2003/189, m.nt. Verdaas onder «JOR» 2003/191, en Rb Breda 21 december 2005, HA ZA 05-821 (n.g.).

9. In de praktijk zijn situaties als die in het onderhavige arrest aan de orde van de dag. Worden aandelen in een vennootschap verkocht en heeft de verkoper boter bij de vis bedongen, dan zal de koper die voor de koopsom financiering behoeft een kredietovereenkomst sluiten en de daarin bedongen zekerheden stellen voordat de aandelen aan hem worden overgedragen.

A.J. Verdaas, onderzoeker  
Onderzoekcentrum Onderneming & Recht  
en specialist Financiering & Zekerheden,  
Juridische Zaken SNS REAAL

## » Voetnoten

### [1]

Enkele in cassatie niet van belang zijnde feiten uit de feitenopsomming van de rechtbank zijn weggelaten

### [2]

Tot 1 januari 2003 was deze bepaling opgenomen in lid 4 van artikel 1:88 BW (zie de Wet van 18 april 2002, Stb. 227 tot vaststelling van titel 7.3 (Schenking) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, artikel II, waarbij het huidige vierde lid werd ingevoegd; inwerkingtreding Stb. 2002, 558)

### [3]

Van der Zee had als statutair bestuurder weliswaar enige zeggenschap, maar nu het de algemene vergadering van aandeelhouders is die een bestuurder kan ontslaan (artt. 2:132 en 2:134 resp. 2:242 en 2:244 BW), was deze zeggenschap uiteindelijk onderworpen aan de zeggenschap van de aandeelhouders

### [4]

In de literatuur wordt de hier aan de orde zijnde vraag niet behandeld; in het algemeen wordt al kritisch geoordeeld over de in het vijfde lid van art. 1:88 opgenomen uitzondering als zodanig, zodat van een ruim uitleggen van deze uitzondering al helemaal niet wordt gerept. Zie over de bepaling van art. 1:88 in het algemeen en over het eerste lid sub c en het vijfde lid in het bijzonder Asser-De Boer (2002), nr. 236 t/m 240 resp. 248 t/m 250 en Losbl. Personen- en familierecht, aant. 2 op art. 1:88 (Stille), beiden met verdere literatuurverwijzingen

### [5]

Het zijn van statutair bestuurder blijkt uit het Handelsregister (art. 14 sub b Handelsregisterbesluit 1996); voor het controleren van het aandeelhouderschap kan, in geval van enig aandeelhouderschap, eveneens het Handelsregister worden geraadpleegd (art. 14 sub g Handelsregisterbesluit 1996) en anders het aandeelhoudersregister van de

vennootschap (artt. 2:85 en 2:194 BW)  
en/of de notariële leveringsakte (artt. 2:86  
en 2:196 BW)

[\[6\]](#)

Zie vorige voetnoot

[\[7\]](#)

Het artikel is in casu niet van toepassing omdat geen sprake is van de vervulling van een voor de geldigheid van een rechtshandeling gesteld wettelijk vereiste. Het zijn van aandeelhouder als bedoeld in art. 1:88 lid 5 BW is immers niet te beschouwen als een wettelijk vereiste voor het geldig kunnen aangaan van een borgtocht. Ook op de door vernietiging van een rechtshandeling ingetreden nietigheid is het artikel niet van toepassing; zie Asser-Hartkamp 4-II (2005), nr. 503 i.f

[\[8\]](#)

Zie voor gevallen waarin dat mogelijk wel kan W. Snijders, WPNR 6547 (2003), nr. 15