

hoort. Vgl. HR 20 januari 1995, NJ 1995/413 (*Smokehouse/Culimer*), r.o. 3.2.

mr. G.J.L. Bergervoet
advocaat bij Clifford Chance LLP te Amsterdam
en als fellow verbonden aan het Onderzoekscen-
trum Onderneming & Recht, Radboud Universi-
teit Nijmegen

258

Geen toestemming echtgenoot en schriftelijk bewijs vereist voor zakelijke borgstelling door feitelijk bestuurder vennootschap

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
12 februari 2019, zaaknr. 200.211.473/01,
ECLI:NL:GHSHE:2019:502
(mr. Milar, mr. Van Sandick, mr. Groos)
Noot mr. J.A. Stal

Zakelijke borgtochtovereenkomst. Handelend echtgenoot is, als feitelijk bestuurder en aandeelhouder van tussengeschatelde vennootschap, zo nauw verbonden met de vennootschap dat hij in de praktijk als ondernemer kan gelden. Rechtshandelingen waarvoor zekerheid werd verstrekt geschieden ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap. Verwijzing naar HR 11 juli 2003, «JOR» 2003/223, m.nt. Verdaas (Kelders/Fortis); HR 8 oktober 2010, «JOR» 2010/367 (Abbink/SNS) en HR 18 december 2015, «JOR» 2016/106 (Nooij/ING), m.nt. Bertrams.

[BW art. 1:88 lid 1 sub c en lid 5, 7:859]

De Hoge Raad heeft bepaald (HR 8 oktober 2010, «JOR» 2010/367 (Abbink/SNS) dat de maatstaf voor art. 1:88 lid 5 BW niet slechts is of het gaat om een statutair bestuurder van de betrokken vennootschap, maar dat moet worden beoordeeld of in dit geval de handelend echtgenoot zo nauw verbonden is met de onderneming dat hij in de praktijk als ondernemer kan gelden, doordat hij de zeggenschap uitoefent en financieel belang heeft bij de bedrijfsresultaten van de vennootschap ten behoeve waarvan hij zich als hoofdelijk medeschuldenaar verbindt. Daarbij is niet rele-

vant of de handelend echtgenoot rechtstreeks of via een tussengeschatelde vennootschap de bestuurder is (HR 11 juli 2003, «JOR» 2003/223, m.nt. Verdaas (Kelders/Fortis)). Hoewel de handelend echtgenoot niet de middellijk statutair bestuurder van de vennootschap was, was hij wel feitelijk bestuurder van de onderneming. De handelend echtgenoot was met de vennootschappen zo nauw verbonden en had een zodanig financieel belang bij de bedrijfsresultaten van de vennootschap via de tussengeschatelde vennootschap, dat hij in de praktijk als ondernemer kan gelden. De rechtshandelingen waarvoor zekerheid werd verstrekt, betreffen het nakomen van aangegane verplichtingen voor het inlenen van personeel. Beoordeeld moet worden of die rechtshandelingen geschieden ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap (HR 18 december 2015, «JOR» 2016/106, m.nt. Bertrams (Nooij/ING)). Dit is het geval, omdat de vennootschap al sinds 2011 regelmatig uitzendkrachten van geïntimeerde inhuurt. Gelet op het voorgaande, gaat het hier om een zakelijke borgstelling (art. 1:88 lid 5 BW), zodat het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1 sub c BW en het bewijsvoorschrift van art. 7:859 BW niet van toepassing zijn.

X,
appellant in het principaal hoger beroep,
geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,
advocaat: mr. A.J. Exterkate,
tegen
Y,
geïntimeerde in het principaal hoger beroep,
appellant in het incidenteel hoger beroep,
advocaat: mr. A.A. Bos.

(...; red.).

3. De vaststaande feiten

3.1. Het hof gaat in hoger beroep uit van de volgende feiten:

3.2. [geïntimeerde] voert een onderneming die zich onder meer bezighoudt met het uitzenden en uitlenen van personeel binnen de industrie, bouw en techniek.

3.3. Asbestverwijderings- en Milieutechniek [asbestverwijderings- en milieutechniek] B.V. hield zich onder meer bezig met asbestsanering en het slopen van bouwwerken. De statutaire naam van deze vennootschap is per 12 augustus 2015 gewij-

zigt in [gewijzigde statutaire naam van de vennootschap] (hierna: [gewijzigde statutaire naam van de vennootschap]).

3.4. [beheer] beheer B.V. (hierna: [beheer] Beheer) is de bestuurder en enig aandeelhouder van [gewijzigde statutaire naam van de vennootschap]. [appellant] houdt 10,1% van de aandelen in [beheer] Beheer, zijn vrouw [echtgenote van appellant en enige bestuurder van Beheer] houdt 89,9% van de aandelen en is de enige bestuurder van [beheer] Beheer.

3.5. Tussen [geïntimeerde] en [gewijzigde statutaire naam van de vennootschap] bestond een handelsrelatie, in het kader waarvan partijen (inleen)overeenkomsten met betrekking tot personeel hebben gesloten.

3.6. Ter uitvoering van de (inleen)overeenkomsten heeft [geïntimeerde] aan [gewijzigde statutaire naam van de vennootschap] diverse werknemers ter beschikking gesteld. In dat kader heeft [geïntimeerde] meerdere facturen aan [gewijzigde statutaire naam van de vennootschap] verzonden. Deze facturen zijn, ondanks aanmaning, voor een bedrag van € 33.498,35 onbetaald gebleven.

3.7. Op 1 juni 2015 heeft KCF Ondersteuning (hierna: KCF), de (toenmalige) gemachtigde van [geïntimeerde], voor zover relevant, de volgende e-mail verzonden aan [appellant].

“Aan: [e-mailadres 1]

Goedemorgen meneer [appellant],

Ik heb overleg gehad met [medewerker van geïntimeerde].

Hij wil akkoord gaan met betaling over 2 weken uiterlijk 12 mei 2015, maar dan moet u vandaag een garantstelling opstellen en tekenen waarin staat dat u met u privé holding en privé garant staat voor het bedrag van € 48.062,35. (...)”

3.8. Op deze e-mail is dezelfde dag, voor zover relevant, als volgt gereageerd door [appellant].

“(…) Ik heb uw mail in goede orde ontvangen.

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

Met vriendelijke groet,

[appellant]”

3.9. Op 22 juni 2015 om 15:30 uur stuurt KCF, voor zover relevant, de volgende e-mail aan [appellant].

“Aan: [appellant] <[e-mailadres 1]>, [e-mailadres 2], [e-mailadres 3]

Goedemiddag meneer [appellant],

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

3.10. Op 22 juni 2015 om 16:06 uur stuurt KCF een e-mail aan [geïntimeerde] met, voor zover relevant, de volgende inhoud.

“(…) Ik ben gebeld door de Advocaat van [appellant], meneer [advocaat van legal experience] van Legal Experience. Hij gaf mij aan dat er echt een akkoord is met de gemeente en er vrijdag zo als het nu lijkt wordt betaald. (...)”

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

3.11. [appellant] heeft op 22 juni 2015 om 16:58 uur een e-mail met, voor zover relevant, de volgende inhoud aan de gemachtigde van [geïntimeerde] gezonden.

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

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

Met vriendelijke groet,

[appellant]”

3.12. [gewijzigde statutaire naam van de vennootschap] is op 18 augustus 2015 failliet verklaard.

3.13. Bij confraternele brief van 28 augustus 2015 heeft [echtgenote van appellant en enige bestuurder van Beheer] zich beroepen op de vernietigbaarheid van de borgtocht.

4. Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

4.1. [geïntimeerde] heeft in eerste aanleg – samengevat – gevorderd dat [appellant] zou worden veroordeeld tot betaling van 34.608,33 te vermeerderen met de wettelijke rente over € 33.498,35 vanaf 15 september 2015, met veroor-

deling van [appellant] in de proceskosten te vermeerderen met de wettelijke rente en de nakosten. 4.2. [geïntimeerde] legt aan haar vorderingen ten grondslag dat [appellant] een borgtocht heeft afgegeven, zodat hij – omdat [gewijzigde statutaire naam van de vennootschap] de facturen niet betaalt, gehouden is tot betaling. De borgtocht is vastgelegd in de emailwisseling van 22 juni 2015 (zie onder 3.11) en kan niet door [echtgenote van appellant en enige bestuurder van Beheer] vernietigd worden, aldus [geïntimeerde].

4.3. De rechtbank heeft bij vonnis van 21 december 2017 geoordeeld dat het hier ging om een (particuliere) borgtocht, waarvoor [echtgenote van appellant en enige bestuurder van Beheer] toestemming had moeten geven. Haar beroep op de vernietigbaarheid was echter naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, omdat onaannemelijk is dat [echtgenote van appellant en enige bestuurder van Beheer] niet van de borgstelling zou hebben geweten en evenmin aannemelijk is dat [appellant] daarin volledig op eigen houtje zou hebben gehandeld. Gelet op de beschermingsgedachte van artikel 1:88 BW, achtte de rechtbank het beroep op het bepaalde in dat artikel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

5. De motivering van de beslissing in hoger beroep

5.1. Volgens [appellant] (in principaal hoger beroep) zijn de feiten onjuist of in ieder geval onvolledig vastgesteld door de rechtbank (grief 1). [appellant] betwist dat er sprake is van een borgstelling. Er is hoogstens sprake van een verbintenis tot het aangaan van een borgstelling. In ieder geval ontbreekt een door hem ondertekend geschrift (zoals artikel 7:859 BW volgens [appellant] vereist) (grief 2). Grief 3 richt zich tegen de redenering van de rechtbank dat [echtgenote van appellant en enige bestuurder van Beheer] op de hoogte was van de borgstelling. Van een vooropgezet plan om een vernietigbare borgstelling af te geven, was geen sprake, aldus [appellant]. Grief 4 klaagt over de door de rechtbank aangelegde maatstaf bij het oordeel dat de vernietiging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was.

5.2. In incidenteel hoger beroep richt [geïntimeerde] drie grieven tegen het oordeel van de rechtbank dat er – kort gezegd – sprake is van een particuliere borg en niet van een zakelijke borg.

5.3. Het hof ziet aanleiding om eerst de grieven in incidenteel hoger beroep te behandelen. Voor een borgstelling die 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 (kort gezegd: een zakelijke borgstelling) geldt op grond van artikel 1:88 lid 5 het toestemmingsvereiste van de andere echtgenoot niet. Artikel 7:857 BW bepaalt dat afdeling 2 van titel 14, inclusief het bewijsvoorschrift van artikel 7:859 BW waar [appellant] zich op beroept, evenmin van toepassing is op dergelijke zakelijke borgstellingen.

5.4. De Hoge Raad heeft bepaald (HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN1402 («JOR» 2010/367 (*Abbink/SNS*); *red.*)) dat de maatstaf niet slechts is of het gaat om een statutair bestuurder van de betrokken vennootschap (en dat was [appellant] destijds inderdaad niet), maar dat moet worden beoordeeld of in dit geval de handelend echtgenoot ([appellant]) zo nauw verbonden is met de onderneming dat hij in de praktijk als ondernemer kan gelden, doordat hij de zeggenschap uitoefent en financieel belang heeft bij de bedrijfsresultaten van de vennootschap ten behoeve waarvan hij zich als hoofdelijk medeschuldenaar verbindt. Daarbij is niet relevant of de handelend echtgenoot rechtstreeks of via een tussengeschakelde vennootschap de bestuurder is (HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7513 («JOR» 2003/223, m.nt. Verdaas (*Kelders/Fortis*); *red.*)).

5.5. Het hof is van oordeel dat ten tijde van zijn mail van 22 juni 2015, [appellant] via [beheer] Beheer zo nauw verbonden is met [gewijzigde statutaire naam van de vennootschap] dat hij in de praktijk als ondernemer kan gelden. [appellant] stelt zelf dat hij destijds alleen de feitelijke leiding van de onderneming voerde (Memorie van Grieven, onder 4.2.3.). Ter comparitie verklaarde hij dat hij een salaris ontving van [beheer] Beheer en dat [gewijzigde statutaire naam van de vennootschap] (waarin de feitelijke onderneming werd gevoerd) belangrijk was voor de financiële (draag)kracht van [beheer] Beheer. Hij omschreef de taakverdeling zelf binnen de onderneming zo dat hij “alles buiten de deur” regelde en [echtgenote van appellant en enige bestuurder van Beheer] “alles binnen de deur” regelde. Ook uit de

overgelegde verklaring van [echtgenote van appellant en enige bestuurder van Beheer] volgt dat toen zij alleen de statutair bestuurder was, zij slechts een gedeelte van de bestuurstaken uitvoerde en dat [appellant] besliste aan wie haar taken werden overgedragen. Zij schreef immers over bepaalde taken die zij niet langer verrichtte “dit wilde mijn man niet overdragen aan een externe [partij].” [appellant] was ook volledig gevolmachtigd om namens [gewijzigde statutaire naam van de vennootschap] te handelen en voerde, zoals hij zelf stelt in de memorie van antwoord in incidenteel appel, de feitelijke leiding bij [gewijzigde statutaire naam van de vennootschap]. Dit alles bij elkaar genomen betekent dat hoewel [appellant] niet de middellijk statutair bestuurder van [gewijzigde statutaire naam van de vennootschap] was, hij wel feitelijk een bestuurder van de onderneming was. [appellant] was met de vennootschappen zo nauw verbonden en had financieel belang bij de bedrijfsresultaten van [gewijzigde statutaire naam van de vennootschap] (via [beheer] Beheer), dat hij in de praktijk als ondernemer moet gelden.

5.6. De rechtshandelingen waarvoor zekerheid werd verstrekt betreffen het nakomen van aangegane verplichtingen voor het inlenen van personeel. Beoordeeld moet worden of die rechtshandelingen geschieden ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap (HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3606 («JOR» 2016/106 (*Nooij/ING*), m.nt. Bertrams; *red.*). Dat het inlenen van personeel en het daarvoor betalen tot de normale bedrijfsvoering van [gewijzigde statutaire naam van de vennootschap] behoorde, volgt uit het betoog van [appellant] zelf, die in de conclusie van antwoord (in eerste aanleg) onder 6 en 7 aanvoert dat de onderneming al sinds 2011 regelmatig uitzendkrachten van [geïntimeerde] inhuurt.

5.7. De verklaring van [appellant] in zijn e-mail van 22 juni 2015 (zie r.o. 3.11 hiervoor) kan niet anders gelezen worden dan als een borgstelling, gelet op de betekenis die partijen over en weer aan de verklaring mochten geven, althans gelet op de betekenis die [geïntimeerde] aan de verklaring mocht geven. Dat eerder gesproken is over een door een advocaat op te stellen borgstelling, doet daar niet aan af. Het gaat hier om een zakelijke borgstelling (die werd verricht door een bestuurder van een naamloze vennootschap of van een besloten vennootschap met beperkte aansprake-

lijkheid, die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid der aandelen houdt en die geschiedde ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap), zodat het toestemmingsvereiste van artikel 1:88 BW lid 1 sub c en het bewijsvoorschrift van artikel 7:859 BW niet van toepassing zijn. Daaruit volgt dat die e-mail ook voldoende bewijs oplevert van de borgstelling en dat [echtgenote van appellant en enige bestuurder van Beheer] de borgstelling niet kon vernietigen, omdat haar toestemming niet vereist was. De grieven 2 tot en met 4 van [appellant] (in het principaal hoger beroep) kunnen daarom niet slagen. Bij grief 1 in principaal hoger beroep heeft [appellant] geen belang meer, omdat het hof de feiten zelf heeft vastgesteld.

6. De slotsom

6.1. De grieven in het principaal hoger beroep falen en de grieven in het incidenteel hoger beroep slagen. Het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd.

6.2. Als de (overwegend) in het ongelijk te stellen partij zal het hof [appellant] in de kosten van het hoger beroep veroordelen.

(...; *red.*)

6.3. De grieven in incidenteel hoger beroep hadden niet tot doel een materiële wijziging van de uitkomst van de procedure na te streven. Het hof zal daarom geen proceskostenveroordeling in incidenteel hoger beroep uitspreken (zie: HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9966).

6.4. Als niet weersproken zal het hof ook de gevorderde wettelijke rente over de proceskosten en de nakosten toewijzen zoals hierna vermeld.

7. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

7.1. bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Oost-Brabant, zittingsplaats Eindhoven van 21 december 2016;

7.2. veroordeelt [appellant] in de kosten van het hoger beroep (...; *red.*);

7.4. verklaart dit arrest ten aanzien van de daarin vervatte veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

7.5. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

1. Deze procedure gaat over een borgtocht, aangegaan door een natuurlijk persoon (de man) die

samen met zijn vrouw alle aandelen in Beheer BV houdt (in de verhouding 10 respectievelijk 90%). De vrouw is bestuurder van Beheer BV die op haar beurt bestuurder/enig aandeelhouder van de werkmaatschappij, AM BV, is. Geïntimeerde is schuldeiser van AM BV en spreekt de man (appellant) aan onder diens borgtocht. De vrouw heeft zich beroepen op de vernietigbaarheid van de borgtocht, omdat zij geen toestemming voor het aangaan daarvan heeft gegeven. In deze uitspraak staan de vernietiging van de borgtocht door de vrouw en het karakter van de borgtocht (particulier of zakelijk) centraal. Dat laatste is in deze zaak van belang voor de toepasselijkheid van dwingendrechtelijke bepalingen, in het bijzonder het schriftelijkheidsvereiste van de borgtocht.

2. Zowel de rechtbank als het hof toetsen of de borg handelde ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de nv of bv, daarvan bestuurder is en alleen of tezamen met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen houdt. Zo ja, dan is geen toestemming van de echtgenoot vereist (art. 1:88 lid 5 BW) en kwalificeert de borg als zakelijk (art. 7:857 BW). Rechtbank en hof komen tot de conclusie dat de borg formeel niet aan dit criterium voldoet. Kennelijk vinden beide het niet gewenst dat het beroep op vernietigbaarheid slaagt; het hof vindt het kennelijk ook ongewenst dat de borgtocht als zakelijk geldt. De rechtbank lost dat op door het beroep op de vernietigbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten (art. 6:248 lid 2 BW). Het hof past het criterium, met verwijzing naar HR 8 oktober 2010, «JOR» 2010/367 (*Abbink/SNS Bank*), ruim toe en overweegt dat de borg niet per se bestuurder in formele zin hoeft te zijn. Een natuurlijk persoon kan ook als zakelijke borg kwalificeren als hij in de praktijk als “ondernemer” geldt op grond van zeggenschap in en financieel belang bij de bedrijfsresultaten van de onderneming ten behoeve waarvan hij zich borg stelt.

3. In beginsel behoeft elke natuurlijke persoon die een borgtocht aangaat, daarvoor de toestemming van zijn of haar echtgenoot (art. 1:88 lid 1, aanhef en onder c BW). Die regel geldt ongeacht de kwalificatie van de borgtocht als particulier of zakelijk in de zin van art. 7:857 BW. Toestemming is niet vereist als is voldaan aan het criterium van het vijfde lid van art. 1:88 BW (zie onder 2). Dit criterium is gelijk aan het tweede criterium in

art. 7:857 BW voor de kwalificatie van de borgtocht. Derhalve geldt: als geen toestemming van de echtgenoot is vereist, kwalificeert de borgtocht als zakelijk. De wetgever heeft beide criteria bewust op elkaar afgestemd (zie Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 446).

Dat geldt niet voor art. 1:88 lid 1, aanhef en sub c BW en het eerste criterium van art. 7:857 BW: als een natuurlijk persoon een borgtocht afgeeft en daarvoor op grond van art. 1:88 BW toestemming van de echtgenoot behoeft, is de borgtocht niet per definitie een particuliere borgtocht. De borgtocht kan alsnog een zakelijk karakter hebben, als het eerste criterium van art. 7:857 BW van toepassing is: de borgtocht is aangegaan door een natuurlijk persoon die handelde “in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf”. Hoewel tekstueel op elkaar lijkend, bestaat er geen afstemming zoals bij het andere criterium. Art. 1:88 lid 1, aanhef en sub c, BW wordt zeer restrictief uitgelegd (Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 24/25); het eerste criterium van art. 7:857 BW juist ruim en omvat (mede) het handelen *ten behoeve van* het bedrijf. De wetgever heeft des tijds bewust beide criteria niet op elkaar aangesloten. Hij heeft voor het criterium van art. 7:857 BW aansluiting gezocht bij het begrip “consument” zoals dat wordt gebruikt in algemene voorwaarden, koop en ruil, lastgeving en verzekering (zie Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 446).

4. De ondernemer als door het hof in deze zaak bedoeld, voldoet formeel niet aan de criteria dat hij bestuurder is en alleen of tezamen met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen in een nv of bv houdt. Andere gevallen waarin formeel niet aan de criteria wordt voldaan zijn bijv.: certificering (vgl. HR 8 oktober 2010, «JOR» 2010/367 (*Abbink/SNS Bank*)) en een onderneming die niet door een nv of bv, maar bijv. door een stichting wordt gedreven (vgl. Rb. Overijssel 14 november 2018, «JOR» 2019/46, m.nt. Blommaert). De ondernemer is de natuurlijke persoon die *nauw* bij de onderneming is betrokken, omdat hij *zeggenschap* uitoefent en *financieel belang* heeft bij de bedrijfsresultaten van de vennootschap (wellicht beter: onderneming) ten behoeve waarvan hij zich als borg verbindt (zie HR 8 oktober 2010, «JOR» 2010/367 (*Abbink/SNS*), ro. 3.6). Deze natuurlijke persoon/ondernemer vertoont grote verwantschap met de natuurlijke persoon die handelt in “de uitoefening van

zijn bedrijf” als bedoeld in (het eerste criterium van) art. 7:857 BW. Daaronder wordt ook verstaan het handelen (mede) *ten behoeve van* het bedrijf. In welke rechtsvorm het bedrijf wordt gedreven, is dan niet van belang. Door deze ruime strekking lijkt alleen nog de natuurlijke persoon in zijn hoedanigheid van consument in de zin van art. 6:236 BW als particuliere borg te kwalificeren (Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 444). 5. Bij de in de jurisprudentie te ontwaren, ruime uitleg van het criterium “natuurlijk persoon die handelt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de nv of bv waarvan hij bestuurder is en alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen houdt” (in zowel art. 1:88 lid 5 BW als art. 7:857 BW), lijkt het eerste criterium de natuurlijke persoon die handelt “in de uitoefening van zijn bedrijf” (art. 7:857 BW), zijn belang te hebben verloren. Daardoor ontstaat, en dat lijkt ook wel wenselijk, congruentie tussen beide artikelen: een borgtocht waarvoor geen toestemming van de echtgenoot is vereist, is ook een zakelijke borgtocht en dat geldt met de ruime uitleg ook andersom. Nadeel van de verruiming is dat duidelijke parameters (rechtsvorm, bestuur en meerderheid van de aandelen) zijn losgelaten. Dat draagt niet bij aan rechtszekerheid die vooral van belang lijkt bij toepassing van art. 1:88 BW, een derdenbeschermingsbepaling. In dat verband is wel begrip op te brengen voor de benadering van de rechtbank. Zij achtte strikte toepassing van art. 1:88 BW, althans een op zich terecht gedaan beroep op de vernietigbaarheid door de echtgenoot, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Voordeel van de verruiming is dat de toepassing minder rigide wordt, zie het oordeel van het hof in deze zaak. Dat lijkt meer te passen bij art. 7:857 BW dat in de eerste plaats de borg beoogt te beschermen. De verruiming biedt de mogelijkheid borgtochten die door een natuurlijk persoon zijn aangegaan in of ten behoeve van de uitoefening van het bedrijf als zakelijk te beschouwen, ook al wordt dat bedrijf niet in een bv of nv gedreven of is de borg een professionele investeerder met bijv. een meerderheidsbelang zonder bestuursfunctie. De wetgever was daar in het verleden niet voor (zie Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 35/36), maar het sluit

kennelijk aan bij de behoefte van het rechtsverkeer en lijkt daardoor gerechtvaardigd.

mr. J.A. Stal
advocaat bij Cleber te Amsterdam

259

Aannemer kan zich wegens ontbreken vordering niet beroepen op retentierecht jegens klant en hypotheekhouder

Rechtbank Den Haag
20 maart 2019, rolnr. HA ZA 17-779,
ECLI:NL:RBDHA:2019:2932
(mr. Hartendorp)
Noot mr. M.A. Heilbron

Overdracht kredietportefeuille van bank aan derde (Promontoria). Overdracht van vordering op klant is niet door middel van contractsoverneming, maar door middel van cessie tot stand gekomen. Uitleg art. 36 Algemene Bankvoorwaarden en akte van cessie. Promontoria heeft recht om hypotheekrecht uit te winnen. Retentierecht. Vordering van aannemer op klant is niet komen vast te staan zodat aannemer geen rechtsgeldig retentierecht op woning jegens klant en Promontoria kan invoeren. Verwijzing naar Rb. Oost-Brabant 20 september 2017, «JOR» 2018/24, m.nt. Keukens; Hof Amsterdam van 17 april 2018, «JOR» 2018/181, m.nt. Huizingh; Rb. Amsterdam 25 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5939 en Vrzngnr. Rb. Rotterdam 29 november 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9881.

[BW art. 3:84, 3:290, 3:291 lid 2, 6:159]

Voor overdracht van een rechtsverhouding is op grond van art. 6:159 BW de instemming en medewerking nodig van de wederpartij van de partij die de rechtsverhouding overdraagt, in dit geval gedaagde sub 2. Eiseres (Promontoria) stelt dat gedaagde sub 2 deze toestemming en medewerking bij voorbaat heeft verleend met art. 36 van de Algemene Voorwaarden, omdat sprake is van een (gedeeltelijke) overdracht van onderneming. Het