

menlijke schuldeisers. De rechtspersoon kan deze vordering, in tegenstelling tot de vordering ex art. 2:9 BW, zelf niet instellen. De vordering dient namelijk niet om schade van de rechtspersoon te compenseren, zoals bij interne aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW, maar om schade van de schuldeisers van de rechtspersoon te compenseren. Zie hierover F. Ortiz Aldana en J. van Bekkum, 'De curator, het boedeltekort en de schade van de rechtspersoon', *MvO* 2017-3/4).

6. Aangezien de vordering voortvloeiend uit art. 2:248 BW niet toekomt aan de rechtspersoon, rijst de vraag of deze vordering desalniettemin als bate van de rechtspersoon kan worden aangemerkt. Over deze vraag wordt in de literatuur en rechtspraak verschillend gedacht (zie bijv.: Hof Amsterdam 31 maart 2011, «JOR» 2011/307 en Hof Den Haag 2 juli 2015, «JOR» 2016/47 m.nt. Renssen). De Kloe meent dat dogmatisch gezien een vordering voortvloeiend uit art. 2:248 BW niet kan worden aangemerkt als een bate van de rechtspersoon, maar acht dat standpunt in het kader van de mogelijkheid tot heropening van de vereffening onwenselijk (De Kloe, 'Turboliquidatie: wat is een bate van de rechtspersoon in de zin van artikel 2:19 lid 4 BW?', *MvO* 2016/07). Renssen (a.w.) meent dat het feit dat een vordering voortvloeiend uit art. 2:248 BW strikt genomen geen bate is van de rechtspersoon, geen beletsel mag vormen om het faillissement uit te spreken. In zijn annotatie bij het arrest van de Hoge Raad van 27 januari 1995 houdt Maeijer er bovendien rekening mee dat het uitspreken van het faillissement van een rechtspersoon die is opgehouden te bestaan, gegrond kan zijn op een mogelijke vordering ex art. 2:248 BW. Verder heeft ook A-G Huydecoper in zijn conclusie bij HR 20 juni 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BD1857, onder nrs. 10 t/m 13 aangegeven dat het begrip "bate" ruim mag worden uitgelegd, zodat een vordering ex art. 2:248 BW en zelfs een Peeters/Gatzen-vordering als bate in de zin van art. 2:19 lid 4 BW kan worden gezien (waarvan ook zeker is dat die niet aan de boedel toekomt). Het alternatief zou immers zijn dat een rechtspersoon die is opgehouden te bestaan, in deze gevallen niet meer zou kunnen herleven of failliet zou kunnen worden verklaard. Om te voorkomen dat bestuurders van rechtspersonen die rechtspersonen gaan liquideren om aansprakelijkheid op grond van art. 2:248 BW te ontlopen, meen ik dat onder "baten" tevens moet worden verstaan een vordering

voortvloeiend uit art. 2:248 BW. Op die manier kan misbruik van (turbo)liquidaties worden voorkomen.

mr. B. van der Wal
advocaat bij Recoup advocaten te Utrecht

69

Borgstelling ter voorkoming van faillissement behoort niet tot normale bedrijfsuitoefening asbestsanerings- en sloopbedrijf

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem
12 oktober 2021, zaaknr. 200.278.348,
ECLI:NL:GHARL:2021:9637
(mr. Steeg, mr. Van Leuken, mr. Heemskerk)
Noot mr. M.J. Blommaert

Borgtochtovereenkomst. Toestemmingsver-eiste ex art. 1:88 lid 1 aanhef en onder c BW. Uitzondering ex art. 1:88 lid 5 BW. Het aangaan van een borgtocht, strekkende tot uitstel van betaling en het voorkomen van faillissement, behoort niet tot de normale uitoefening van (asbestsanerings- en sloop) bedrijf. Vervolg op Hof 's-Hertogenbosch 12 februari 2019, «JOR» 2019/258, m.nt. Stal en HR 20 maart 2020, «JOR» 2020/185, m.nt. Christiaans.

[BW art. 1:88 lid 1 aanhef en onder c en lid 5]

Op grond van art. 1:88 lid 1, aanhef en onder c, BW had appellant dus voor de borgtocht de toestemming van zijn echtgenote nodig. Die toestemming was op grond van art. 1:88 lid 5 BW niet vereist indien de borgstelling geschiedde ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van AMH. Het ging hier om een zekerheidstelling in juni 2015 voor betaling van eerder aangegane bedrijfsschulden van AMH jegens Dekker Personeel wegens het inlenen van personeel voor asbestsanering en het slopen en renoveren van bouwwerken. De tegenprestatie van Dekker Personeel op 1 juni 2015 bestond uit een betalingsuitstel van twee weken en op 22 juni 2015 om 15:30 uur uit een betalingsuitstel (een extra betaaltijd) tot aan het einde van de week en het afzien van een onmiddellijke faillissementsaanvraag van

AMH. Meer (financieel) voordeel of financiële ruimte heeft Dekker Personeel daarvoor niet toegezegd, niet voor appelland en ook niet voor AMH. Niet is gebleken dat AMH tegenover de borgstelling toen mocht verwachten dat zij kon doorgaan met het inhuren van personeel (op krediet), zoals zij voor het laatst had gedaan op 5 maart 2015. Met de borgstelling werd, behalve dan met enkele dagen betalingsuitstel, geen financiële ruimte noch praktisch reële liquiditeit gecreëerd. Niet staat vast dat AMH daardoor in staat werd gesteld om haar bedrijfsactiviteiten op de oude voet voort te zetten noch dat dit de onderneming weer financieel voordeel opleverde in de vorm van omzet. De borgtocht betekende enkel een verzwaaring van de verplichtingen van de borg (appellant), die voor die schuld niet eerder persoonlijk aansprakelijk was. Voldoende aannemelijk is dat appellant zich enkel borg heeft gesteld om te voorkomen dat Dekker Personeel het faillissement van AMH zou aanvragen. Deze borgtocht wijkt naar zijn aard en het daaraan verbonden risico, mede vanwege de uitzonderlijke financiële omstandigheden van AMH van dat moment (acuut liquiditeitstekort en een onmiddellijk dreigend faillissement), duidelijk af van hetgeen bij de uitoefening van het bedrijf van een vennootschap zoals AMH gangbaar en gebruikelijk is. Deze borgtocht is aangegaan onder uitzonderlijke omstandigheden. Zo'n borgtocht behoort dan al met al niet tot de rechtshandelingen die ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van AMH pleegden te worden verricht.

X,
appellant in het principaal hoger beroep,
geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,
advocaat: mr. A.J. Exterkate,
tegen
Dekker Personeel BV te Papendrecht,
geïntimeerde in het principaal hoger beroep,
appellante in het incidenteel hoger beroep,
advocaat: mr. A.A. Bos.

(...; red.)

2. De motivering van de beslissing in hoger beroep na verwijzing

2.1. Voor het eerdere procedureverloop, de vaststaande feiten en de beoordeling van de zaak verwijst het hof naar het verwijzingsarrest. Op het

cassatiemiddel², dat mede was gericht tegen de borgtocht zelf, heeft de Hoge Raad onder meer overwogen:

“3.2. Op grond van vaste rechtspraak van de Hoge Raad moet de vraag of de uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW op het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1, aanhef en onder c, BW van toepassing is, worden beantwoord aan de hand van de maatstaf of de rechtshandeling waarvoor de zekerheid wordt verstrekt, zelf behoort tot de rechtshandelingen die ten behoeve van de normale uitoefening van een bedrijf plegen te worden verricht.

(...)

3.4. (...) Aldus heeft het hof miskend dat in de hiervoor in 3.3 bedoelde stellingen van [appellant] besloten ligt dat de zekerheid niet werd verstrekt om het inlenen van personeel te kunnen voortzetten, maar met het oog op het aangaan van een overeenkomst tussen AMH en Dekker Personeel die ertoe strekte dat AMH uitstel van betaling verkreeg van haar bestaande verplichtingen jegens Dekker Personeel en dat laatstgenoemde niet het faillissement van AMH zou aanvragen. Het hof had dan ook moeten onderzoeken of laatstgenoemde overeenkomst behoort tot de rechtshandelingen die ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van AMH pleegden te worden verricht. (...) Daarbij had het hof ook kenbaar moeten ingaan op de stelling van [appellant] dat tegenover de borgtocht niet een tegenprestatie van Dekker Personeel stond die AMH dan wel [appellant] financieel of ander voordeel opleverde.”

2.2. De vragen of [appellant] wel borgtocht is overeengekomen en, zo ja, of deze rechtsgeldig is vernietigd, moet het hof hierna ontkennend respectievelijk bevestigend beantwoorden.

2.3. In zijn e-mail van 22 juni 2015 om 16:58 uur aan (KCF namens) Dekker Personeel heeft [appellant] onder meer verklaard:

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

[appellant] schreef niet dat hij zich hierbij persoonlijk borg stelde maar dat hij hierbij *bevestigde* dat hij zich persoonlijk borg stelde. Deze tekst

² zie sub 13 onder a)

moest Dekker Personeel lezen en begrijpen in het licht van de voorafgaande emailcorrespondentie³. Daarin had [appellant] op 1 juni 2015 aan (KCF namens) Dekker Personeel gevraagd om een conceptstuk (voor de verlangde garantstelling) ter goedkeuring van zijn adviseur, zodat een en ander geregeld kon worden. Na enkele deelbetalingen door AMH heeft (KCF namens) Dekker Personeel aan [appellant] op 22 juni 2015 om 15:30 uur gevraagd om afgifte vóór 17:00 uur van een in privé getekende borgstelling, waarop Dekker Personeel zou wachten tot aan het einde van de week en dat anders om 17:00 uur de faillissementsaanvraag eruit ging. KCF heeft in de e-mail van 16:06 uur aan Dekker Personeel bericht dat de advocaat van [appellant] aangaf dat er echt een akkoord met de gemeente was, dat er vrijdag leek te worden betaald, dat hij [appellant] een mail zou laten opstellen waarin deze persoonlijk garant stond voor de betaling en dat hij, de advocaat, dit een zware garantie vond. Daarop is de e-mail van [appellant] van 16:58 uur gevolgd. [appellant] had geen conceptstuk voor een garantie ontvangen en heeft evenmin de gevraagde in privé getekende borgstelling afgegeven, maar hij heeft slechts een borgtocht toegezegd. In het licht van die voorgeschiedenis en omdat zo'n borgtocht, naar Dekker Personeel ook wel kon begrijpen, riskante gevolgen voor de borg kon hebben, dient deze e-mail te worden uitgelegd als een voorovereenkomst tot het stellen van een borgtocht en mocht Dekker Personeel er niet in redelijkheid op vertrouwen dat [appellant] daarmee al meteen een borgtocht stelde. Een borgtocht blijkt aldus niet overeengekomen, er was hooguit een voorovereenkomst in die richting, maar daarop heeft Dekker Personeel haar vordering niet gebaseerd.

2.4. Dekker Personeel heeft wel aangevoerd dat [appellant] in zijn conclusie van antwoord en spreekantekeningen bij de rechtbank heeft erkend dat hij zich borg heeft gesteld, welke gerechtelijke erkentenis hij op grond van artikel 154 Rv niet kan herroepen.

Dit verweer gaat echter niet op. Reeds in zijn conclusie van antwoord sub 32 heeft [appellant] aangevoerd: "Vooropgesteld merkt [appellant] op dat – indien al sprake is van enige borgtocht – er hier

sprake is van een particuliere borgtocht ex artikel 7:857 BW."

Daarmee had [appellant] toen al de vraag opgeworpen of hij wel een borgtocht was aangegaan. Dat hij zijn toezegging in de e-mail van 16:58 uur verder bij de rechtbank als borgtocht heeft aangeduid, lag in het licht van de bepalingen over borgtocht in de artikelen 7:857, 1:88 leden 1 en 5 en 1:89 BW voor de hand: de toepasselijkheid van die artikelen valt in de praktijk lastig te bespreken als er geen borgtocht zou bestaan en [appellant] betoog had dan ook, naar Dekker Personeel redelijkerwijs behoorde te begrijpen, een subsidiair karakter. Die verdere aanduiding van zijn toezegging als borgtocht kan dus niet worden aangemerkt als een, door artikel 154 Rv vereiste, uitdrukkelijke erkenning van de waarheid van de door Dekker Personeel gestelde borgtocht.

Al het voorgaande vormt een eerste afwijzingsgrond.

2.5. Voor het geval toch moet worden aangenomen dat [appellant] zich in de e-mail van 16:58 uur borg heeft gesteld voor de (facturen-)schuld van € 38.062,35 van AMH aan Dekker Personeel geldt het volgende.

2.6. Toen [appellant] deze borgtocht aanging, was hij (gelijk te stellen aan) een (middellijke) bestuurder van AMH, waarvan hij met zijn echtgenote als medebestuurder (middellijk) de meerderheid van de aandelen had. Dit staat vast op grond van rov. 5.5 van het Bossche arrest, dat door [appellant] in zoverre niet in cassatie is bestreden en waaraan het hof als verwijzingsrechter is gebonden.

2.7. De overeenkomst strekte ertoe dat [appellant] zich als borg verbond voor een schuld van AMH en wel, naar het oordeel van het hof, anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf, dat wil zeggen anders dan voor handelingen die kenmerkend zijn in die zin dat zij in de normale uitoefening daarvan gebruikelijk zijn. Het aangaan van borgtochten behoorde namelijk niet tot die categorie; kenmerkend voor het bedrijf (in de normale uitoefening daarvan gebruikelijk) was asbestsanering en slopen en renoveren van bouwwerken (waartoe AMH onder meer personeel inleende van Dekker Personeel). Dit wordt niet anders doordat J&S (Beheer B.V.), de holding van AMH, op grond van artikel 1.2, aanhef en onder d van haar statuten onder meer ten doel had overeenkomsten te sluiten "waarbij de vennootschap zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar ver-

3 opgenomen in het verwijzingsarrest onder 2.1 sub (vi) – (ix)

bindt, zich sterk maakt, zowel persoonlijk als zakelijk, of zich naast of voor anderen (tot zekerheid) verbindt, in het bijzonder – doch niet uitsluitend – ten behoeve van dochtermaatschappijen, groepsmaatschappijen en/of deelnemingen van de vennootschap”, noch doordat AMH op grond van artikel 2 lid 3 van haar statuten onder meer ten doel had: “Het stellen van borgtocht en andere garanties en het in eigendom overdragen of verhypothekeren, verpanden of anderszins bezwaren van vermogensbestanddelen, een en ander tot zekerheid voor de voldoening van de schulden der vennootschap en van de schulden van derden, al dan niet tegen contraprestatie”.

Die statutaire doelen bepalen nog niet de normale uitoefening van het bedrijf en Dekker Personeel heeft ook niet aangevoerd dat J&S en/of AMH ooit in die zin zekerheden hadden verstrekt.

2.8. Op grond van artikel 1:88, lid 1, aanhef en onder c BW had [appellant] dus voor de borgtocht de toestemming van zijn echtgenote nodig. Maar die toestemming was op grond van het vijfde lid van dat artikel weer niet vereist indien de borgstelling geschiedde ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van AMH. En daarmee komen we bij de kern van het verwijzingsarrest⁴.

2.9. Het ging hier om een zekerheidstelling in juni 2015 voor betaling van eerder aangegane bedrijfs-schulden van AMH jegens Dekker Personeel van € 38.062,35 wegens het inlenen van personeel voor asbestsanering en het slopen en renoveren van bouwwerken. In die tijd had AMH een conflict met opdrachtgever gemeente Eindhoven wegens een meerwerkclaim van circa € 650.000 waarvan zij betaling verwachtte, maar waar partijen niet uit kwamen. Volgens het eerste faillissementsverslag van 5 oktober 2015⁵ had AMH destijds 17 werknemers, een balanstotaal van ruim € 1,6 miljoen in 2013 en uiteindelijk bij haar faillietverklaring van 18 augustus 2015 voor ongeveer € 122.000 aan preferente en ongeveer € 3 miljoen aan concurrente schulden (haar onderneming is voor € 180.000 doorgestart).

Blijkens de e-mailwisseling tussen [appellant] en (KCF namens) Dekker Personeel⁶ bestond de te-

genprestatie van Dekker Personeel op 1 juni 2015 uit een betalingsuitstel van twee weken en op 22 juni 2015 om 15:30 uur uit een betalingsuitstel (een extra betaaltijd) tot aan het einde van de week en het afzien van een onmiddellijke faillissementsaanvraag van AMH. Meer (financieel) voordeel of financiële ruimte heeft Dekker Personeel daarvoor niet toegezegd, niet voor [appellant] en ook niet, in verdere afwachting van een betaling door de gemeente Eindhoven op de meerwerkclaim, voor AMH. Niet is gebleken dat AMH tegenover de borgstelling toen mocht verwachten dat zij kon doorgaan met het inhuren van personeel (op krediet), zoals zij voor het laatst had gedaan op 5 maart 2015. Met de borgstelling werd, behalve dan met enkele dagen betalingsuitstel, geen financiële ruimte noch praktisch reële liquiditeit gecreëerd. [appellant] heeft betwist en het staat ook niet vast dat AMH daardoor in staat werd gesteld om haar bedrijfsactiviteiten op de oude voet voort te zetten noch dat dit de onderneming weer financieel voordeel opleverde in de vorm van omzet. Dit wordt niet anders doordat Dekker Personeel stelt na haar pressie om een borgtocht in de volgende weken⁷ een wat meer afwachtende houding te hebben ingenomen en pas op de plaats te hebben gemaakt met haar incassopogingen in afwachting van de uitkomst van de discussie tussen ([appellant] van) AMH en de gemeente Eindhoven. Daartoe had Dekker Personeel zich namelijk niet verbonden. De borgtocht betekende enkel een verzwaaring van de verplichtingen van de borg [appellant], die voor die schuld niet eerder persoonlijk aansprakelijk was. Mét de rechtbank acht het hof voldoende aannemelijk dat [appellant] zich enkel borg heeft gesteld om te voorkomen dat Dekker Personeel het faillissement van AMH zou aanvragen. Dit blijkt ook uit de overgelegde e-mailwisseling. Deze borgtocht wijkt naar zijn aard en het daaraan verbonden risico, mede vanwege de uitzonderlijke financiële omstandigheden van AMH van dat moment (acuut liquiditeitstekort en een onmiddellijk dreigend faillissement), duidelijk af van hetgeen bij de uitoefening van het bedrijf van een vennootschap zoals AMH gangbaar en gebruikelijk is. Deze borgtocht is aangegaan onder uitzonderlijke om-

4 zoals hierboven in rov. 2.1 aangehaald

5 productie 18 bij akte van Dekker Personeel in eerste aanleg, p. 4, 3, 10 en 5

6 zie het verwijzingsarrest onder 2.1 sub (vi)-(x)

7 zie de e-mails van 7 en 21 juli 2015 in haar nieuwe producties 14 en 15, waarover [appellant] zich overigens niet heeft kunnen uitlaten

standigheden. Zo'n borgtocht behoort dan al met al niet tot de rechtshandelingen die ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van AMH pleegden te worden verricht. Aan het laatste ("mits"-)vereiste van artikel 1:88 lid 5 BW is dus niet voldaan.

2.10. Voor deze borgstelling behoefde [appellant] dus de toestemming van zijn echtgenote. Zij heeft daartoe geen toestemming verleend, zodat [appellant] de borgtocht in strijd met artikel 1:88 lid 1, aanhef en onder c BW heeft verricht en deze vernietigbaar is op grond van artikel 1:89 lid 1 BW. [appellant] echtgenote heeft die borgtocht ook daadwerkelijk bij brief van 28 augustus 2015 van haar advocaat vernietigd.

2.11. Anders dan Dekker Personeel aanvoert, is die vernietiging niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar en berust zij evenmin op misbruik van bevoegdheid. Het gaat hier om een wettelijke bevoegdheid ter bescherming van de echtgenoten tegen elkaar in het belang van het gezin. Voordat een beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid onaanvaardbaar is, moet een hoge drempel worden genomen. Voor misbruik van bevoegdheid is op grond van artikel 3:13 lid 2 BW vereist dat men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening van de bevoegdheid en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen. De door Dekker Personeel aangevoerde omstandigheden dat mevrouw [de echtgenote] in werkelijkheid al die tijd samen met haar echtgenoot (feitelijk) bestuurder van de onderneming van AMH is gebleven, statutair bestuurder en (groot-)aandeelhouder was en dat zij de e-mail van 15:30 uur, vlak vóór de borgstelling verzonden aan haar vaste e-mailadres [de echtgenote].nl, moet hebben ontvangen, impliceren niet haar toestemming voor de borgtocht en ontnemen haar evenmin de bevoegdheid om, via een kantoorgenoot van de advocaat van [appellant], de vernietiging daarvan in te roepen. Daar is heel wat meer voor nodig. Van een tussen de echtgenoten [appellant] al vóór de borgstelling vooropgezet plan tot faillietverklaring van AMH is niet gebleken, evenmin van het willens en wetens door hen verstrekken van een schijnzekerheid (een alsnog te vernietigen borgtocht) en ook niet van (enige noodzaak tot) vereenzelviging van de echtgenoten onderling. De hierop gerichte verweren van Dekker Personeel gaan dus niet op.

Dit alles vormt een tweede afwijzingsgrond.

2.12. Dekker Personeel heeft in hoger beroep nog als subsidiaire grondslag voor haar vordering aangevoerd dat de e-mail van [appellant] van 16:58 uur (mede) opgevat moet worden als een rechtshandeling van zijn kant die strekte tot aanvaarding, naast AMH, van hoofdelijke aansprakelijkheid in de zin van artikel 6:6 BW.

Deze grondslag gaat echter niet op omdat voor het aangaan van een verbintenis tot hoofdelijk medeschuldenaarschap op grond van artikel 1:88, lid 1, aanhef en onder c BW dezelfde toestemmingseis en ingevolge artikel 1:89 BW dezelfde vernietigingsgrond geldt als voor het aangaan van borgtocht.

2.13. In hoger beroep⁸ en in eerste aanleg⁹ heeft Dekker Personeel vooral aangeboden om kwalificaties te bewijzen, maar zij heeft geen feiten en/of omstandigheden gesteld die, indien bewezen, tot een andere beslissing zouden moeten leiden. Daarom worden haar bewijsaanbiedingen gepasseerd.

3. De slotsom

3.1. Het principaal hoger beroep slaagt, maar het incidenteel hoger beroep niet. Het bestreden eindvonnis zal worden vernietigd. Het door Dekker Personeel gevorderde zal worden afgewezen.

3.2. Als de in het ongelijk te stellen partij zal Dekker Personeel worden veroordeeld in de kosten van de eerste instantie en van het principaal hoger beroep, waaronder deze verwijzingsprocedure. (...; *red.*).

3.3. Het incidenteel hoger beroep had niet een materiële wijziging van de uitkomst van de procedure ten doel. Daarom volgt geen proceskostenveroordeling in het incidenteel hoger beroep.

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

8 zie de memorie van antwoord in het principaal appel en van grieven in het incidenteel appel sub 120 en 121

9 zie de inleidende dagvaarding sub 43

4. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep na verwijzing:

vernietigt het eindvonnis van de rechtbank Oost-Brabant, zittingsplaats Eindhoven, van 21 december 2016 en doet opnieuw recht: wijst het door Dekker Personeel gevorderde af; veroordeelt Dekker Personeel in de kosten van beide instanties, (...; *red.*); verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Een echtgenoot behoeft de toestemming van de andere echtgenoot voor het aangaan van overeenkomsten die ertoe strekken dat hij, anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf, zekerheid stelt voor de schuld van een derde. Deze regel leidt uitzondering wanneer de zekerheidstelling wordt verricht door een bestuurder-aandeelhouder en mits zij geschiedt "ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap" (art. 1:88 lid 1, aanhef en onder c en lid 5 BW). Aan het laatste ("mits...") is volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad voldaan indien de rechtshandeling waarvoor de zekerheid (borgtocht enz.) wordt verstrekt, *zelf* behoort tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van het bedrijf plegen te worden verricht. Zie HR 14 april 2000, «JOR» 2000/113 (*Soetelieve/Stienstra*) en HR 13 juli 2018, «JOR» 2018/263, m.nt. Bergervoet (*Rabobank/X*). In de onderhavige procedure diende het Hof Arnhem-Leeuwarden na verwijzing (opnieuw) te oordelen over de vraag of de overeenkomst waarvoor de zekerheid werd verstrekt, voldoet aan het door de Hoge Raad hiervoor geformuleerde criterium. Het hof komt – mijns inziens op juiste gronden – tot het oordeel dat zulks niet het geval is.

2. In deze zaak wordt een door een man verstrekte borgtocht op grond van art. 1:89 BW vernietigd door zijn vrouw. De borgtocht is afgegeven voor een schuld van AMH aan Dekker Personeel wegens het inlenen van personeel. Bestuurder en enig aandeelhouder van AMH is Beheer BV. De aandelen in Beheer BV worden voor 10,1% gehouden door de man en voor 89,9% door zijn vrouw, die ook (enig) bestuurder van Beheer BV is.

3. Het Hof Den Bosch 12 februari 2019, «JOR» 2019/258, m.nt. Stal oordeelde dat de borg weliswaar geen statutair bestuurder was, maar de man in casu toch moet worden aangemerkt als (feitelijk) bestuurder van de vennootschap als bedoeld in art. 1:88 lid 5 BW. Dit oordeel lijkt mij niet juist. Een borg die niet middellijk of onmiddellijk bestuurder is van de vennootschap, is wat mij betreft in de regel geen bestuurder in de zin van art. 1:88 lid 5 BW. Zie M.J. Blommaert, 'Over het toestemmingsvereiste van artikel 1:88 BW', FIP 2018/58, p. 39. In cassatie lag evenwel nog slechts de vraag voor of het hof het juiste criterium had toegepast bij het beantwoorden van de vraag of de borgtocht was aangegaan ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap. De Hoge Raad oordeelt dat het hof heeft miskend dat de zekerheid niet werd verstrekt om het inlenen van personeel te kunnen voortzetten, maar met het oog op het aangaan van een overeenkomst tussen AMH en Dekker Personeel die ertoe strekte dat AMH uitstel van betaling verkreeg van haar bestaande verplichtingen jegens Dekker Personeel en dat laatstgenoemde niet het faillissement van AMH zou aanvragen. Het hof had moeten onderzoeken of laatstgenoemde overeenkomst, en niet de voorafgaande inleenovereenkomst, behoort tot de rechtshandelingen die ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van AMH plegen te worden verricht. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en verwijst het geding naar het Hof Arnhem-Leeuwarden.

4. De rechtspraak van de Hoge Raad wijst op een terughoudende toepassing van de voorwaarde dat de zekerheidstelling moet zijn geschied "ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap". Zie o.a. HR 14 april 2000, «JOR» 2000/113 (*Soetelieve/Stienstra*); 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*). In de literatuur is bovendien wel verdedigd dat het aangaan van een financieringsovereenkomst waarbij sprake is van een verhoogd / bijzonder kredietrisico, een overeenkomst is die (in de regel) niet behoort tot de normale bedrijfsuitoefening van de vennootschap (zie o.a. Verdaas in zijn noot onder «JOR» 2005/233 en A-G Timmerman in 3.5 van zijn conclusie bij Nooij/ING). Zo ver heeft de Hoge Raad (nog) niet willen gaan. Zie andermaal het arrest Nooij/ING. Zie daarover ook C.R. Chris-

tiaans, 'Privé-borg en toestemming echtgenote: de Hoge Raad verduidelijkt – een beetje?', FIP 2016(3)/120. Wel kunnen ook omstandigheden die de zekerheidstelling zelf betreffen, van belang zijn bij de beoordeling van de vraag of de rechtshandeling waarvoor de borgtocht is verstrekt, behoort tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van het bedrijf plegen te worden verricht. Dit blijkt uit het arrest Rabobank/Van Hees. In het daar aan de orde zijnde geval had de borg in privé een op hem verhaalbare vordering aanvaard, waarvoor hij voordien niet aansprakelijk was, zonder dat daartegenover een prestatie stond die hem of het bedrijf een direct financieel voordeel opleverde. De borgstelling vormde een absolute voorwaarde van de bank om een "turn around" van het bedrijf te bewerkstelligen, terwijl de bank het bedrijf op dat moment niet bancair financierbaar achtte. Ook in de onderhavige zaak gaat het om een zekerheidstelling voor een reeds bestaande bedrijfsschuld (voor welke schuld de borg niet eerder persoonlijk aansprakelijk was). De "tegenprestatie" bestond in feite uit niet meer dan een kort betalingsuitstel voor AMH. Van een ander (financieel) voordeel voor de borg of voor AMH was geen sprake. Mede gelet op de overgelegde e-mailwisseling werd voldoende aannemelijk geacht dat de borg zich enkel borg had gesteld om te voorkomen dat Dekker Personeel het faillissement van AMH zou aanvragen. Het Hof Arnhem-Leeuwarden concludeert dat deze borgtocht is aangegaan onder uitzonderlijke omstandigheden (het hof noemt een acuut liquiditeitstekort en een onmiddellijk dreigend faillissement) en oordeelt dat zo'n borgtocht "al met al" niet behoort tot de rechtshandelingen die ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van AMH plegen te worden verricht.

5. Het oordeel van het hof verrast niet en is in lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad. A-G Lückers gaat in haar conclusie bij het verwijzingsarrest nader op deze rechtspraak in. Zij leidt daaruit af dat van belang is dat het geheel van rechtshandelingen, inclusief verstrekking van zekerheid, zich afspeelt onder (enigszins) reguliere omstandigheden, en de rechtshandeling waarvoor de zekerheid wordt verstrekt en/of bedoelde verstrekking van zekerheid zelf, niet wordt aangegaan of verleend in een uitzonderlijke (financiële) situatie, of zelf van een uitzonderlijk (risicovol) karakter is. Lückers noemt vervolgens

verschillende factoren die daarbij een rol kunnen spelen (zie nr. 2.12. van de conclusie). Zie in gelijke zin Rb. Gelderland 3 maart 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:3480, r.o. 4.9. De door de A-G genoemde omstandigheden zijn, afgaande op de rechtspraak, inderdaad belangrijk, maar zijn wat mij betreft niet doorslaggevend in die zin dat ook in bijzondere (financiële) situaties een uitzondering op het toestemmingsvereiste denkbaar is. Zie ook Stal in zijn noot onder Hof 's-Hertogenbosch 6 december 2016, «JOR» 2017/81, waar hij opmerkt dat (dreigende) discontinuïteit niet per definitie een omstandigheid is die noopt tot de toestemming van de echtgenoot van de borg. Wel lijkt mij in dat geval (extra) terughoudendheid geboden. In dat verband kan – kennelijk – ook van belang zijn of degene ten behoeve van wie de zekerheidstelling geschiedt, bekend is met de (dreigende) discontinuïteit van de vennootschap of daarmee bekend had moeten zijn (vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 18 december 2018, «JOR» 2019/67, m.nt. Christiaans). In het onderhavige arrest liet de uitkomst zich op dit punt wel raden. Er was, zo leid ik af uit de overwegingen van het hof, ook met de borgstelling geen reëel zicht op een normale voortzetting van de bedrijfsactiviteiten.

6. Ik maak tot slot nog een opmerking naar aanleiding van het oordeel van het hof dat geen borgtocht is overeengekomen, maar er hooguit sprake is van een voorovereenkomst in die richting (r.o. 2.3). De man had namelijk geschreven: "Ik heb dan ook geen andere keuze dan hierbij te bevestigen dat ik mij – [appellant] – persoonlijk borg stel voor voornoemde vordering van Dekker Personeel. De borgtocht komt natuurlijk te vervallen zodra de vordering is voldaan." Ook een voorovereenkomst die een echtgenoot verplicht tot het aangaan van een borgtocht enz., behoort tot de categorie overeenkomsten als bedoeld in art. 1:88 lid 1 sub c BW en valt daarmee onder de reikwijdte van deze bepaling. Toetsing van deze voorovereenkomst zou derhalve hetzelfde lot beschoren zijn.

mr. M.J. Blommaert
advocaat bij Keizers Advocaten te Eindhoven

70

Geen antwoord op vragen over positie van SGR onder reisgarantieregeling en geen verlenging afkoelingsperiode touroperator

Rechtbank Amsterdam
5 november 2021, rekestnr. C/13/708214/FT
RK 21.841
(mr. De Vos, mr. Cats, mr. Neijt)
Noot mr. drs. J.L.M. Groenewegen

WHOA. Afwijzing verzoek ex art. 378 Fw om antwoord op twee vragen met betrekking tot de uitleg van de SGR-garantieregeling. SGR is geen aandeelhouder of schuldeiser zodat eventueel antwoord haar niet kan binden. Afwijzing verzoek tot verlenging afkoelingsperiode. Geen belangrijke vooruitgang geboekt in de totstandkoming van het akkoord.

[Fw art. 376 lid 5, 378]

WWTG heeft verzocht antwoord te geven op twee aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand brengen van het akkoord. Deze betreffen de uitleg van de SGR-garantieregeling. WWTG grondt haar verzoek op art. 378 Fw. Blijkens art. 378 lid 9 Fw zijn beslissingen van de rechtbank op grond van dit artikel slechts bindend voor die schuldeisers en aandeelhouders die op grond van art. 378 lid 8 Fw door de rechtbank in de gelegenheid zijn gesteld om een zienswijze te geven. SGR is aandeelhouder noch schuldeiser van WWTG. Een eventueel door de rechtbank te geven antwoord op de vragen kan SGR derhalve niet binden. Onder deze omstandigheden heeft WWTG geen belang bij beantwoording van haar vragen door de rechtbank. Het verzoek ex art. 378 Fw zal daarom worden afgewezen.

De wet stelt als voorwaarde voor verlenging van een afkoelingsperiode dat de schuldenaar aanneemelijk maakt dat er belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord. WWTG is hierin niet geslaagd. De volgende omstandigheden leiden tot dit oordeel:

(-) ten tijde van het verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode stelde WWTG dat haar re-

organisatiewaarde € 4,2 miljoen bedroeg en dat een derde € 500.000 voor overname van de aandelen bood. Deze partij zou de onderneming bovendien min of meer integraal voortzetten met al haar personeel. Deze partij is niet meer in beeld. De waarde van de onderneming is bovendien gedaald. Thans is een nieuwe partij in beeld die maximaal € 380.000 voor activa van WWTG biedt. Na deze beoogde overname van activa zal WWTG (verder) worden geliquideerd. De inzet van het akkoord is dus gewijzigd van een akkoord dat een reorganisatie beoogt, naar een liquidatieakkoord. (-) WWTG stelt dat het genoemde bedrag nog steeds aanzienlijk hoger is dan de liquidatiewaarde in faillissement. Omdat WWTG in de afgelopen periode nog steeds geen taxatie van de liquidatiewaarde heeft laten uitvoeren, kan niet worden vastgesteld of dit juist is.

(-) een belangrijke oorzaak van de toestand waarin WWTG verkeert, is het gedrag van haar bestuurder geweest. Hij heeft de aan WWTG door overheid en bank ter beschikking gestelde coronasubsidies en -kredieten aangewend om te beleggen in opties op crypto-valuta, hetgeen heeft geleid tot verdamping van deze gelden. Niet valt uit te sluiten dat een curator in een faillissement van WWTG de bestuurder succesvol kan aanspreken uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid. Dat zou ertoe kunnen leiden dat in dat geval waarde, in de vorm van een vordering op de bestuurder, in de boedel komt die nu geen onderdeel uitmaakt van het WHOA-akkoord.

(-) WWTG stelde in haar verzoek van 22 juli 2021 dat SGR de door de klanten betaalde reissommen garandeerde, en mogelijk bereid was een bijdrage te leveren in de uitvoering van (een deel van) de reizen. Inmiddels is duidelijk geworden dat deze stellingen onjuist zijn. SGR stelt zich op het standpunt dat zij hiertoe – althans binnen het bestek van een WHOA-akkoord – niet gehouden, en ook niet bereid, is. In een faillissementssituatie echter garandeert SGR de betaalde reissommen conform haar garantieregeling, en worden reizigers geheel voldaan.

(-) de handelwijze van WWTG ten aanzien van haar schuldeiser en pandhouder ING is niet verdedigbaar. WWTG stelde bij haar verzoek van 22 juli 2021 nog dat (de voorbereiding van) het WHOA-akkoord geen invloed zou hebben op de waarde van beslagen en/of verpande goederen, en dat aan de procedure voor ING geen nadeel zou zijn verbonden. De wijze waarop WWTG blij-