

JOR 2016/229 Rechtbank 's-Gravenhage, 11-05-2016, HA ZA 15-745,

ECLI:NL:RBDHA:2016:5701 Toestemming andere echtgenoot op grond van art. 1:88 BW

vereist in verband met borgstelling, Uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW is niet van

toepassing, Door certificering van de aandelen en stemverhouding binnen StAK is in casu

geen sprake van behoud van zeggenschap, Verwijzing naar HR 8 oktober 2010, «JOR»

2010/367 (Abbink/SNS Bank)

Publicatie	JOR 2016 afl. 9
Publicatiedatum	16 september 2016
College	Rechtbank 's-Gravenhage
Uitspraakdatum	11 mei 2016
Rolnummer	HA ZA 15-745 LJN ECLI:NL:RBDHA:2016:5701
Rechter(s)	mr. Bordes
Partijen	X BV, eiseres, advocaat: mr. J.D. van Vlastuin, tegen Y, gedaagde, advocaat: mr. P.J. de Groen.
Noot	mr. R.A. Wolf
Trefwoorden	Toestemming andere echtgenoot op grond van art. 1:88 BW vereist in verband met borgstelling, Uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW is niet van toepassing, Door certificering van de aandelen en stemverhouding binnen StAK is in casu geen sprake van behoud van zeggenschap, Verwijzing naar HR 8 oktober 2010, «JOR» 2010/367 (Abbink/SNS Bank),
Regelgeving	BW Boek 1 - 88

Samenvatting

Aan de orde is de toepassing van de uitzonderingspositie van art. 1:88 lid 5 BW. Niet in geschil is dat gedaagde een persoonlijke garantie heeft afgegeven, welke dient te worden gekwalificeerd als borgtocht. De echtgenote van gedaagde heeft jegens eiseres de nietigheid van de garantie ingeroepen.

Gedaagde was op 26 februari 2014 indirect bestuurder van INS. Hiermee is voldaan aan een van de vereisten voor de toepassing van art. 1:88 lid 5 BW. Tussengeschakelde vennootschappen vormen immers geen belemmering voor de toepassing van deze uitzondering, indien ook ten aanzien van de tussengeschakelde vennootschappen wordt voldaan aan de eisen die art. 1:88 lid 5 BW stelt.

De aandelen in INS werden op 26 februari voor 20% gehouden door INOA en voor 80% door Alpa Holding. De aandelen in Alpa Holding werden gehouden door Stak Alpa Holding, die op haar beurt certificaten van aandelen had uitgegeven aan gedaagde (850) en aan (de vennootschappen van) C, D en E (ieder 50). Deze vier heren vormden tevens vanaf 30 december 2012 het bestuur van Stak Alpa Holding.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 8 oktober 2010, «JOR» 2010/367 (Abbink/SNS Bank) bepaald dat de omstandigheid dat aandelen in een vennootschap zijn gecertificeerd, niet zonder meer aan de toepassing van art. 1:88 lid 5 BW in de weg staat. Als

maatstaf voor de toepassing van art. 1:88 lid 5 BW heeft te gelden of in voorkomend 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. Indien een bestuurder tevens enig bestuurder is van de stichting die alle aandelen houdt en certificaathouder, heeft hij, ondanks de certificering, zijn zeggenschap binnen de besloten vennootschap alsmede zijn financieel belang bij de bedrijfsresultaten van de besloten vennootschap behouden, aldus de Hoge Raad.

Gedaagde hield op 26 februari 2014 wel de meerderheid van de certificaten, hij was echter niet de enige bestuurder van Stak Alpa Holding. Ook de drie andere certificaathouders waren bestuurder. Op grond van art. 7 van de statuten van Stak Alpa Holding hebben de bestuurders gelijke zeggenschap. Iedere bestuurder heeft één stem en besluiten dienen met meerderheid van stemmen te worden genomen. De enkele omstandigheid dat gedaagde, als voorzitter, Stak Alpa Holding rechtsgeldig alleen kon vertegenwoordigen, maakt dit niet anders. Deze vertegenwoordigingsbevoegdheid hield immers niet in dat gedaagde binnen Stak Alpa Holding zelfstandig bestuursbesluiten kon nemen. Als gevolg van de certificering van de aandelen in Alpa Holding en de benoeming van in totaal vier bestuurders met gelijk stemrecht bij Stak Alpa Holding, had gedaagde niet meer dezelfde zeggenschap binnen INS als voor de certificering. Nu de andere bestuurders van Stak Alpa Holding geen bestuurders waren van INS, was op 26 februari 2014 niet voldaan aan het vereiste, bedoeld in art. 1:88 lid 5 BW betreffende zeggenschap. Gelet op de overweging van de Hoge Raad in het hiervoor geciteerde arrest, is immers het behoud van zeggenschap van belang voor de toepasselijkheid van de uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW.

De uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW is derhalve niet van toepassing. Dat betekent dat gedaagde de toestemming van zijn echtgenote nodig had voor het tekenen van de garantie.

Uitspraak

(...; red.)

2. De feiten

2.1. Op 16 juli 2013 is opgericht de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Alpa Infra & Installaties B.V., later (bij notariële akte van 11 maart 2014) Infra Network Services B.V. geheten (hierna: "INS"). Ten tijde van de oprichting werden de aandelen voor 40% gehouden door de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Imza Car B.V., met als directeur/aandeelhouder de heer [A], voor 20% door de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid INOA B.V. (hierna: "INOA"), met als directeur/aandeelhouder [B] en voor 40% door de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid NL Groeps Beheren B.V. (hierna: "NL Groeps Beheren"), met als directeur/aandeelhouder [gedaagde].

2.2. Bij notariële leveringsakte van 30 december 2013 hebben NL Groeps Beheren en Imza Car B.V. hun aandelen in INS geleverd aan de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Alpa Holding B.V. (hierna: "Alpa Holding"). INOA bleef aandeelhouder, zodat de aandelen in INS vanaf die datum werden gehouden door Alpa.

2.3. Tevens op 30 december 2013 zijn de aandelen in Alpa Holding overgedragen aan de eveneens op 30 december 2014 opgerichte stichting Stichting Administratiekantoor Alpa Holding (hierna: "Stak Alpa Holding"). Stak Alpa Holding heeft 850 certificaten van aandelen Alpa Holding uitgegeven aan NL Groepsbeheren en 50 aan (de vennootschap van) [C] (hierna: "[C]"), 50 aan (de vennootschap van) [D] (hierna: "[D]") en 50 aan (de vennootschap van) [E] (hierna: "[E]"). Op de dag van oprichting werden [gedaagde], [C], [D] en [E] tot bestuurder van Stak Alpa Holding benoemd. [gedaagde] werd voorzitter en was uit dien hoofde bevoegd Stak Alpa Holding te vertegenwoordigen.

2.4. Artikel 2 van de statuten van Stak Alpa Holding, inzake het doel, luidt onder meer als volgt:

"het uitoefenen van het stemrecht en de andere (zeggenschapsrechten)rechten verbonden aan de ten titel van administratie verkregen aandelen en wel op zodanige wijze, dat de belangen van de met de Vennootschap [noot rechtbank: Alpa Holding] verbonden onderneming en die van de houders van certificaten van de geadmistrateerde aandelen op evenwichtige wijze worden behartigd."

Artikel 7 lid 1 van de statuten bepaalt dat het bestuur alleen besluiten kan nemen indien ten minste twee/derde van de in functie zijnde bestuurders aanwezig is, artikel 7 lid 2 bepaalt dat iedere bestuurder één stem heeft en artikel 7 lid 3 bepaalt dat bestuursbesluiten worden genomen met volstrekte meerderheid van stemmen.

2.5. Tevens op 30 december 2013 is Alpa Holding bestuurder geworden van INS.

2.6. Op of omstreeks 26 februari 2014 is tussen [eiseres] en INS een overeenkomst gesloten met betrekking tot de koop en verkoop van handelsvorderingen (hierna: "de overeenkomst"). Op basis van de overeenkomst heeft INS diverse handelsvorderingen verkocht en geleverd aan [eiseres].

2.7. Op 26 februari 2013 stond Alpa Holding in het handelsregister ingeschreven als bestuurder van INS. NL Groeps Beheren was op deze datum bestuurder van Alpa Holding en [gedaagde] was op deze datum bestuurder van NL Groeps Beheren.

2.8. [gedaagde] heeft een document ondertekend (hierna: "de garantie"), waarin onder meer het volgende is opgenomen:

"Persoonlijke garantie

(hoofdelijke aansprakelijkheid)

De ondergetekende(n),

...

verklaart/verklaren kennis te hebben genomen van de overeenkomst tot koop en levering van handelsvorderingen tussen [eiseres] en Verkoper [noot rechtbank: INS] gesloten op 26 februari 2014.

verklaar/verklaren zich, tot zekerheid van de juiste nakoming van deze Overeenkomst door Verkoper en voor mogelijke schade van [eiseres] voorvloeiend uit:

- (...)

- het niet nakomen van de verplichtingen van Verkoper als genoemd in artikel 5. voor zover afnemer uit dien hoofde niet tot betaling aan [eiseres] overgaat;

- (...)

ieder voor zich zowel al gezamenlijk, hoofdelijk jegens [eiseres] naast Verkoper als medeschuldenaar verbonden."

2.9. Op 12 september 2014 is INS failliet verklaard.

3. Het geschil

3.1. [eiseres] vordert de veroordeling van [gedaagde] tot betaling van een bedrag van € 63.785,72, vermeerderd met de wettelijke handelsrente over een bedrag van € 56.682,73 vanaf 18 juni 2015 en vermeerderd met de proceskosten.

3.2. [eiseres] legt aan haar vordering het volgende ten grondslag. Enkele debiteuren van INS aan wie [eiseres] een factuur heeft gestuurd, nadat INS de desbetreffende vorderingen aan haar had verkocht en geleverd, hebben, ondanks diverse aanmaningen, facturen tot een totaal bedrag van € 56.682,73 niet betaald. Deze debiteuren beroepen zich op het ontbreken van inkoopbonnen en mandagenregisters en op een toerekenbare tekortkoming van de zijde van INS. [gedaagde] heeft een persoonlijke garantie afgegeven tot zekerheid van de juiste nakoming van de overeenkomst en voor mogelijke schade van [eiseres] daaruit voortvloeiend. INS en [gedaagde] hebben de geuite klachten niet kunnen weerleggen en de onderliggende documentatie niet kunnen opleveren. Derhalve schiet [gedaagde] tekort in de nakoming van de afgegeven garantie. Op grond hiervan heeft [eiseres] een vordering op [gedaagde] ter hoogte van de bedragen die de debiteuren niet hebben voldaan.

3.3. [gedaagde] heeft de vordering gemotiveerd weersproken. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Tussen partijen is niet in geschil dat [gedaagde] de garantie op 26 februari 2014 heeft getekend en dat deze garantie dient te worden gekwalificeerd als een borgtocht. In gevolge artikel 1:88 lid 1 sub c van het Burgerlijk Wetboek (hierna: "BW") dient de ene echtgeno(o)t(e) aan de andere echtgeno(o)t(e) toestemming te geven voor het aangaan van een borgtocht. [gedaagde] stelt dat zijn echtgenote, [F], geen toestemming heeft gegeven voor het ondertekenen van de garantie en dat zij in een brief van 8 september 2015, aan [eiseres], de garantie heeft vernietigd. [eiseres] beroept zich op haar beurt op de uitzonderingspositie van artikel 1:88 lid 5 BW.

4.2. Ingevolge het bepaalde in artikel 1:88 lid 5 BW is toestemming van een echtgeno(o)t(e) niet vereist, indien de andere echtgeno(o)t(e) handelde als bestuurder van een naamloze vennootschap of van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen houdt, mits de garantie is gegeven ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap. Artikel 1:88 lid 5 BW ziet op gevallen waarin weliswaar formeel sprake is van een vennootschapsstructuur, maar in werkelijkheid de hoofdelijk verbonden ondernemer zelf een bedrijfsactiviteit uitoefent. Voor die gevallen heeft de wetgever bepaald dat de toestemming van de echtgenote niet noodzakelijk is omdat die gevallen vergelijkbaar zijn met de situatie dat de desbetreffende ondernemer de onderneming als eenmanszaak of als vof uitoefent. En in die situatie is de toestemming van de echtgeno(o)t(e) evenmin vereist. De uitzondering van artikel 1:88 lid 5 BW dient restrictief te worden uitgelegd.

4.3. [gedaagde] was, als bestuurder van NL Groeps Beheren, die op haar beurt bestuurder was van Alpa Holding, die op haar beurt bestuurder was van INS, op 26 februari 2013 (bedoeld zal zijn: 2014; *red.*) indirect bestuurder van INS, zodat is voldaan aan

één van de vereisten voor de toepassing van artikel 1:88 lid 5 BW. Tussengeschakelde vennootschappen vormen immers geen belemmering voor de toepassing van deze uitzondering, indien ook ten aanzien van de tussengeschakelde vennootschappen wordt voldaan aan de eisen die artikel 1:88 lid 5 BW stelt.

4.4. De aandelen in INS werden op 26 februari voor 20% gehouden door INOA en voor 80% door Alpa Holding. De aandelen in Alpa Holding werden gehouden door Stak Alpa Holding, die op haar beurt certificaten van aandelen had uitgegeven aan [gedaagde] (850) en aan (de vennootschappen van) [C], [D] en [E] (ieder 50). Deze vier heren vormden tevens vanaf 30 december 2012 het bestuur van Stak Alpa Holding.

4.5. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 8 oktober 2010 («JOR» 2010/367 (*Abbink/SNS Bank*); *red.*), (ECLI:NL:HR:2010:BN1402) bepaald dat de omstandigheid dat aandelen in een vennootschap zijn gecertificeerd, niet zonder meer aan de toepassing van artikel 1:88 lid 5 BW in de weg staat. Als maatstaf voor de toepassing van artikel 1:88 lid 5 BW heeft te gelden of in voorkomend 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. Indien een bestuurder tevens enig bestuurder is van de stichting die alle aandelen houdt en certificaathouder, heeft hij, ondanks de certificering, zijn zeggenschap binnen de besloten vennootschap alsmede zijn financieel belang bij de bedrijfsresultaten van de besloten vennootschap behouden, aldus de Hoge Raad.

4.6. [gedaagde] hield op 26 februari 2014 wel de meerderheid van de certificaten, hij was echter niet de enige bestuurder van Stak Alpa Holding. Ook de drie andere certificaathouders waren bestuurder. Op grond van artikel 7 van de statuten van Stak Alpa Holding hebben de bestuurders gelijke zeggenschap. Iedere bestuurder heeft één stem en besluiten dienen met meerderheid van stemmen te worden genomen. De enkele omstandigheid dat [gedaagde], als voorzitter, Stak Alpa Holding rechtsgeldig alleen kon vertegenwoordigen, maakt dit niet anders. Deze vertegenwoordigingsbevoegdheid hield immers niet in dat [gedaagde] binnen Stak Alpa Holding zelfstandig bestuursbesluiten kon nemen. Als gevolg van de certificering van de aandelen in Alpa Holding en de benoeming van in totaal vier bestuurders met gelijk stemrecht bij Stak Alpa Holding, had [gedaagde] derhalve niet meer dezelfde zeggenschap binnen INS als voor de certificering. Nu de andere bestuurders van Stak Alpa Holding geen bestuurders waren van INS, was op 26 februari 2014 niet voldaan aan het vereiste, bedoeld in artikel 1:88 lid 5 BW betreffende zeggenschap. Gelet op de overweging van de Hoge Raad in het onder 4.5. geciteerde arrest, is immers het behoud van zeggenschap van belang voor de toepasselijkheid van de uitzondering van artikel 1:88 lid 5 BW.

4.7. Een en ander betekent dat de uitzondering van artikel 1:88 lid 5 BW niet van toepassing is en dat [gedaagde] de toestemming van zijn echtgenote nodig had voor het tekenen van de garantie. Nu zijn echtgenote deze toestemming niet heeft gegeven en zij, onweersproken door [eiseres], jegens [eiseres] de nietigheid van de garantie heeft ingeroepen, dienen de vorderingen van [eiseres], nu zij deze baseert op deze garantie, te worden afgewezen.

4.8. Gelet op dit oordeel behoeven de overige stellingen van partijen geen bespreking.

4.9. [eiseres] zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van deze procedure. De rechtbank zal geen salaris toekennen voor de akte na comparitie, nu [gedaagde] in de gelegenheid was zijn verweer inzake artikel 1:88 BW bij conclusie van antwoord op te brengen. (...; *red.*).

5. De beslissing

De rechtbank:

5.1. wijst de vorderingen af;

5.2. veroordeelt [eiseres] in de kosten van deze procedure, (...; *red.*).

5.3. verklaart de veroordeling onder 5.2. uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

1. Deze zaak gaat over de vraag of de echtgenote toestemming in de zin van art. 1:88 BW moet verlenen voor een borgstelling die de ondernemer afgeeft. De ondernemer is bestuurder van de vennootschap, maar heeft niet de volledige zeggenschap in het bestuur van de StAK die indirect de aandelen in de vennootschap houdt. Meer in het bijzonder is de vraag of bij deze vennootschappelijke structuur (een combinatie van certificering en middellijk aandeelhouderschap) de uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW opgaat. Het gaat er daarbij om (onder meer) of sprake is van een bestuurder van een bv die alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen houdt. De rechtbank is van mening dat de uitzondering niet opgaat.

2. INS BV ("INS") heeft twee aandeelhouders: Alpha Holding BV (80%) en INOA BV (20%). De aandelen van Alpha Holding BV zijn gecertificeerd en worden gehouden door StAK Alpa Holding. NL Groepsbeheren BV houdt 850 van de 1.000 certificaten. NL Groepsbeheren BV is de persoonlijke holding van gedaagde. Via NL Groepsbeheren BV en Alpha Holding BV is gedaagde enig (indirect) statutair bestuurder van INS. Het bestuur van de StAK wordt gevormd door de (indirecte) certificaathouders. Iedere

bestuurder heeft één stem. Gedaagde is als bestuurder van de StAK tot zelfstandige vertegenwoordiging bevoegd. Gedaagde verschaft (indirect) 68% van het kapitaal van INS.

3. INS heeft een overeenkomst gesloten, waarbij INS haar handelsvorderingen heeft verkocht en geleverd aan eiseres. Gedaagde heeft zich als hoofdelijk medeschuldenaar, naast INS, verbonden voor het geval dat debiteuren van INS niet aan eiseres zouden betalen. Uit r.o. 2 wordt niet duidelijk op welk moment gedaagde deze borgstelling heeft afgegeven. Ik neem aan op hetzelfde moment als of kort na het sluiten van de overeenkomst tussen INS en eiseres. Daarna gaat INS failliet. Eiseres spreekt gedaagde tot betaling uit hoofde van de borgstelling aan.

4. Vaststaat dat gedaagde jegens eiseres op grond van de borgtocht aansprakelijk is. Gedaagde stelt echter dat zijn echtgenote geen toestemming heeft gegeven voor het aangaan van de borgtocht en dat zijn echtgenote deze rechtshandeling ex art. 1:89 BW heeft vernietigd. Ook die feiten zijn niet in geschil. Eiseres stelt daarop dat de toestemming in de zin van art. 1:88 lid 3 onder c BW niet vereist was, omdat de uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW opgaat.

5. Art. 1:88 BW speelt een grote rol in de financierings- en zekerhedenpraktijk en beoogt het gezinsleven te beschermen (Parl. Gesch. NBW, Invoeringswet Boek 1, p. 1170), ongeacht het huwelijksvermogensregime dat van toepassing is. De ene echtgenoot moet worden beschermd tegen het gedrag van de andere echtgenoot.

6. Art. 1:88 lid 5 BW bepaalt dat de toestemming van een echtgeno(o)t(e) niet vereist is als de andere echtgeno(o)t(e) handelde als bestuurder van (onder meer) een bv, die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen houdt, mits de rechtshandeling (in dit geval de borgtocht) is verricht ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap. De uitzondering van lid 5 gaat op als aan twee voorwaarden is voldaan. In deze noot laat ik de voorwaarde en het antwoord op de vraag of in dit geval de rechtshandeling is verricht ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf liggen en concentreer ik mij op de "meerderheid der aandelen".

7. Tijdens de parlementaire behandeling van art. 1:88 BW is zijdelings het begrip "meerderheid der aandelen" aan de orde gekomen. "Meerderheid der aandelen" is niet hetzelfde als meerderheid van stemmen of meerderheid van geplaatst kapitaal. Bovendien zijn vele aandelen gecertificeerd, aldus de wetgever (Parl. Gesch. Invoering Boek 3, 5 en 6 BW, Aanpassing BW, p. 34). Het begrip "meerderheid der aandelen" wordt ingevuld door een formeel criterium, namelijk de complexiteit van de vennootschapsstructuur, en een materieel criterium, namelijk de combinatie van financieel belang en zeggenschap van de handelend bestuurder in de vennootschap, zoals die zich ook voordoet bij de eenmanszaak en de vennootschap onder firma. Het gaat erom of een bestuurder wegens de zeggenschap die en het financiële belang dat hij in de rechtspersoon heeft, zo nauw verbonden is met die rechtspersoon, dat hij in de praktijk als de ondernemer kan gelden (Parl. Gesch. Invoering Boek 3, 5 en 6 BW, Aanpassing BW, p. 36). Op de vraag of certificering van aandelen en middellijk aandeelhouderschap onder de uitzondering op het toestemmingsvereiste vallen, heeft de wetgever echter geen duidelijk antwoord gegeven. In deze zaak is sprake van een combinatie daarvan.

8. De vraag of middellijk aandeelhouderschap ook onder art. 1:88 lid 5 BW valt, heeft de Hoge Raad in het Kelders/Fortis-arrest bevestigend beantwoord (HR 11 juli 2003, «JOR» 2003/223, m.nt. Verdaas, zie ook HR 26 januari 2007, «JOR» 2007/80, m.nt. Faber). De uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW geldt onverschillig of de bestuurder van een vennootschap die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid der aandelen houdt en die zich voor de nakoming van de verplichtingen van die vennootschap als borg verbindt, rechtstreeks aandeelhouder van de desbetreffende vennootschap is of dat die aandelen worden gehouden door een of meer tussengeschakelde vennootschappen. Wél dient ook ten aanzien van de eventueel tussengeschakelde vennootschappen te zijn voldaan aan de eisen van bestuur en aandeelhouderschap die art. 1:88 lid 5 BW stelt. Het moet gaan om een "gecontroleerde vennootschap" die als tussenschakel fungeert, aldus de HR.

9. In het Abbink/SNS Bank-arrest (HR 8 oktober 2010, «JOR» 2010/367) beantwoordde de HR de vraag of de uitzondering van het toestemmingsvereiste ook geldt in geval van certificering van aandelen bevestigend en voegde daaraan toe (overeenkomstig de hiervoor aangehaalde parlementaire geschiedenis): "*Beoordeeld zal moeten worden (...) of in voorkomend 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 (...).*" In dit arrest was sprake van een eenvoudige certificeringsconstructie. Alle aandelen waren gecertificeerd. Alle certificaten werden gehouden door de enig bestuurder van de bv, die tevens enig bestuurder van de StAK was. Deze constructie onderscheidt zich niet van het geval van indirecte zeggenschap van het Kelders/Fortis-arrest. De combinatie van zeggenschap en financieel belang heeft de HR herhaald in het Fortis/Van der Zee-arrest (HR 20 januari 2006, «JOR» 2006/1095, m.nt. Verdaas, r.o. 3.7).

10. De hiervoor aangehaalde jurisprudentie is te begrijpen vanuit het oogpunt en de eisen van een vlot lopend handelsverkeer, maar erg concreet zijn de criteria niet, althans de toepassing van deze criteria brengt rechtsonzekerheid mee. In een vennootschappelijke structuur, waaronder certificering, zijn er vele combinaties van zeggenschap en financieel belang mogelijk. Dat is sterk casuïstisch. De toetsing van het formele en materiële criterium is aan de feitenrechter overgelaten. De vraag is waar de grens van de complexe vennootschapsstructuur ligt. Eerder stelde ik dat als niet snel antwoord op de vraag kan worden gegeven of sprake is van een eenvoudige vennootschapsstructuur, daarvan al gauw geen sprake is. Dan gaat de uitzondering op het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 5 BW niet op (R.A. Wolf, 'De "meerderheid der aandelen" in artikel 1:88 lid 5 BW en het stemrechtloze aandeel in de Flex-BV', *TvOB* 2011, 4, p. 101 en *WPNR* 2012/6920, p. 187-188).

11. In r.o. 4.5 refereert de rechtbank aan het Abbink/SNS Bank-arrest. Vervolgens komt zij in r.o. 3.6 alleen vanwege het feit dat gedaagde in het bestuur van de StAK gelijke – en geen doorslaggevende – zeggenschap heeft tot de conclusie dat niet voldaan is aan “het vereiste, bedoeld in artikel 1:88 lid 5 BW betreffende zeggenschap”. De uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW gaat dus niet op en toestemming van de echtgenote van gedaagde voor de borgstelling was vereist (zie ook Vergouwen en Boekhorst in hun noot onder het Abbink/SNS Bank-arrest, «JIN» 2010/863). De overweging dat gedaagde “niet meer dezelfde zeggenschap binnen INS als voor de certificering had” lijkt mij niet relevant. Het gaat immers om het moment van de borgstelling, op welk moment de hoedanigheid bestuurder/aandeelhouder aanwezig moet zijn (zie ook het Fortis/Van der Zee-arrest, r.o. 3.7).

12. Naar mijn mening kan dit oordeel niet standhouden. Ik geef toe dat in deze casus sprake was van een minder eenvoudige certificeringsconstructie dan in het Abbink/SNS Bank-arrest het geval was. Heel ingewikkeld is de toegepaste vennootschappelijke structuur (een combinatie van certificering en middellijk aandeelhouderschap) echter ook niet. De rechtbank gaat eraan voorbij dat gedaagde indirect enig statutair bestuurder van INS – en *daarnaast* zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd bestuurder van de StAK – was en indirect voor 68% in het kapitaal van INS voorzag. Anders gezegd, gedaagde is zo nauw verbonden met de onderneming dat hij in de praktijk als ondernemer heeft te 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.

13. Daaraan doet, lijkt mij, niet af dat deze ondernemer over bestuursbesluiten in de StAK het eens zal moeten worden met zijn medebestuurders. Het begrip “meerderheid der aandelen” stelt geen eisen aan de mate van zeggenschap op aandeelhoudersniveau. Zou vereist zijn dat de bestuurder de meerderheid, of ten minste de helft van de aandelen moet bezitten, dan komt men in elk geval in moeilijkheden bij bv’s met meer dan twee bestuurders, en vaak al bij bv’s met meer dan één bestuurder, aldus de wetgever (Parl. Gesch. Invoering Boek 3, 5 en 6 BW, Aanpassing BW, p. 25). Dat houdt naar mijn mening niet in dat de wetgever weinig belang hecht aan het uitoefenen van stemrecht (zie R.A. Wolf, *WPNR* 2012/6920, p. 188. Anders: E.J.H. van den Munckhof, *WPNR* 2011/6907, p. 951-952). Het komt mij voor dat enige mate van zeggenschap op aandeelhoudersniveau aanwezig moet zijn (in gelijke zin: G.J.L. Bergervoet, *Borgtocht* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 147). Dat is in dit geval 25%.

mr. R.A. Wolf, advocaat Steins Bisschop & Schepel, universitair docent Universiteit Leiden en Universiteit Maastricht (ICGI)
