

Holding. DP Holding kan dus ter comparitie niet rechtsgeldig worden vertegenwoordigd, aldus de rechtbank.

8. Indien het faillissement van DP Holding door de Nederlandse faillissementswet zou worden beheerst, zou op grond van art. 27 Fw deze renooiprocedure kunnen worden geschorst, aldus de rechtbank. Het faillissement van DP Holding wordt echter beheerst door Zwitsers recht en dus is art. 27 Fw niet van toepassing. De rechtbank vervolgt met de volgende overweging (r.o. 5.19): *“Denkbaar is nog om artikel 27 Fw tóch van toepassing te achten indien de Zwitserse faillissementsuitspraak hier in rechte zou worden erkend. Het doorlopen van dat proces zou echter te ver voeren, reeds omdat er geen verzoek tot erkenning voorligt!”* Dit is een opmerkelijke redenering. De crux van het Nederlandse faillissementsrecht is nu juist dat geen erkenning kan worden gevraagd van buitenlandse faillissementen; onder andere om deze reden is in de Yukoskwestie jarenlang in Nederland geprocedeerd.

9. De rechtbank laat het internationaal insolventierecht voor wat het is en valt terug op art. 225 Rv. Hierin is geregeld dat indien de persoonlijke staat van een procespartij gedurende een procedure wijzigt, op verzoek van die partij schorsing kan worden verzocht. Het faillissement van DP Holding wordt aangemerkt als een wijziging van de persoonlijke staat. De rechtbank loopt dan tegen het punt aan dat zij constateert dat DP Holding, vanwege het Zwitserse faillissement, ter comparitie niet rechtsgeldig zou kunnen worden vertegenwoordigd. Daar gaat de rechtbank pragmatisch mee om door (om redenen van goede procesorde) uit eigener beweging art. 225 Rv toe te passen en aldus de procedure van DP Holding aan te houden. Het is echter de vraag of dit oordeel juist is (zie HR 8 januari 1982, NJ 1982/136).

10. Op zich is begrijpelijk dat de raadslieden van DP Holding zonder instructies van (de curator van) DP Holding inhoudelijk niet het woord wilden voeren ter comparitie. Uit de uitspraak blijkt niet dat zij zich hebben onttrokken (laat staan dat zij zich zomaar hadden mogen onttrekken. Zie bijv. S. Rijsterborgh, ‘De onttrekkende advocaat’, NJB 2015/1321). Wellicht had het meer voor de hand gelegen dat – in afwachting van instructies uit Zwitserland – het verzoek ex art. 225 Rv door de raadslieden van DP Holding was gedaan.

11. In juridische/technische zin bevat deze uitspraak een paar bijzonderheden, maar welbeschouwd is de uitkomst van deze procedure begrijpelijk. Net als iedere andere eiser moet een schuldeiser zijn bewijspositie op orde hebben. Met de invoering van de Wet modernisering faillissementsprocedure per 1 januari 2019 verandert in zoverre iets dat de curator nu ook actief vorderingen kan verifiëren; de curator kan een vordering opnemen op de lijst van erkende vorderingen zonder dat deze is ingediend. Art. 119 lid 1 Fw is echter niet zodanig gewijzigd dat schuldeisers niet langer de vorderingen van mede-schuldeisers zouden kunnen betwisten. Ondanks een actieve erkenning door de curator blijft dus het risico bestaan dat een vordering toch wordt betwist en uiteindelijk niet wordt erkend.

C.R. Zijderveld,
advocaat bij Houthoff te Amsterdam

45

Rechtbank Amsterdam
27 september 2018, rolnr. HA ZA 17-1338,
ECLI:NL:RBAMS:2018:6951
(mr. Jongeneel)
Noot prof. mr. N.E.D. Faber

Geen geldig pandrecht op auteursrecht. Niet voldaan aan vereisten van voldoende bepaaldheid en bepaalbaarheid. Verwijzing naar HR 20 september 2002, «JOR» 2002/211, m.nt. NEDF (Mulder q.q./Rabobank).

[BW art. 3:236]

Het gaat in deze zaak om de vraag of de bank een geldig pandrecht heeft gevestigd op het auteursrecht op de door failliet ontwikkelde software. De categorie “goederen” is de meest algemene aanduiding die de wet kent, en omvat zaken (zowel roerende al onroerende zaken) en vermogensrechten. Een pandrecht is slechts mogelijk op bepaalde categorieën goederen, te weten roerende zaken en rechten die geen registergoed zijn. Op onroerende zaken en overige registergoederen kan geen pandrecht, maar een hypotheekrecht worden gevestigd. Alleen al hierom voldoet de omschrijving van het pandrecht in een pandakte die inhoudt dat

het pandrecht wordt gevestigd op "alle huidige en toekomstige bedrijfsactiva," waaronder wordt verstaan "alle tot het bedrijf van de pandgever behorende goederen" niet aan de vereiste bepaalbaarheid. Onder die omschrijving vallen immers ook goederen waarop geen pandrecht mogelijk is. Bovendien zou ook een omschrijving die met bovenstaand wettelijk systeem rekening houdt (door als omschrijving te kiezen: alle roerende zaken en vermogensrechten voor zover deze geen registergoederen zijn) niet voldoen aan het bepaalbaarheidsvereiste. Verwezen wordt naar HR 20 september 2002, «JOR» 2002/211, m.nt. NEDF (Mulder q.q./Rabobank). In dit oordeel van de Hoge Raad gaat het om een pandakte waarin niet een pandrecht is gevestigd op "alle goederen," maar op een specifieke categorie goederen, te weten vorderingen op derden. Deze worden er bovendien door gekenmerkt dat hun bestaan en omvang uit de administratie kan worden afgeleid. Dat behoeft echter niet voor "alle goederen" (of "alle roerende zaken en alle vermogensrechten voor zover die geen registergoederen zijn") te gelden, zoals ook blijkt uit de in de pandakte genoemde voorbeelden: cliëntenbestanden en goodwill. Cliëntenbestanden plegen niet op de balans te worden vermeld, goodwill kan soms op de balans voorkomen, maar dat is niet altijd het geval. Ook in dit geval gaat het om een auteursrecht dat niet op de balans is vermeld. De conclusie moet dan zijn dat een omschrijving die erop neerkomt dat deze alle goederen van de pandgever betreft, ook als deze zo zou worden uitgelegd dat deze alleen betrekking heeft op de goederen waarop een pandrecht mogelijk is, onvoldoende bepaald en ook onvoldoende bepaalbaar is.

1. Mr. P.F. Schepel te Deventer, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Complions BV,
2. BDO Consultants BV te Eindhoven, eisers in conventie, verweerders in reconventie, tegen
ING Bank NV te Amsterdam, gedaagde in conventie, eiseres in reconventie, advocaat: mr. E.C. Netten.

(...; red.)

De gronden van de beslissing

Het gaat in deze zaak om de vraag of ING een geldig pandrecht heeft gevestigd op het auteursrecht op de door CompLions ontwikkelde software.

Een pandrecht kan slechts ontstaan als voldoende bepaald althans bepaalbaar is waarop het pandrecht wordt gevestigd. ING beroept zich in dit geval op de omschrijving van het pandrecht in de pandakte, te weten dat dit pandrecht is gevestigd op "alle huidige en toekomstige bedrijfsactiva". Daarbij zijn bedrijfsactiva omschreven als alle tot het bedrijf van de pandgever behorende goederen, waarbij is vermeld dat hieronder in ieder geval vallen cliëntenbestanden en goodwill. ING stelt dat het auteursrecht op de software ook een goed is dat tot het vermogen van de pandgever behoort en dus onder het pandrecht valt. De curator is van oordeel dat het pandrecht niet tot stand is gekomen omdat de omschrijving in de pandakte onvoldoende bepaald althans onvoldoende bepaalbaar is.

De rechtbank oordeelt als volgt: de categorie "goederen" is de meest algemene aanduiding die de wet kent, en omvat zaken (zowel roerende al onroerende zaken) en vermogensrechten. Een pandrecht is slechts mogelijk op bepaalde categorieën goederen, te weten roerende zaken en rechten die geen registergoed zijn. Op onroerende zaken en overige registergoederen kan geen pandrecht maar een hypotheekrecht worden gevestigd. Alleen al hierom voldoet de omschrijving van het pandrecht in een pandakte die inhoudt dat het pandrecht wordt gevestigd op "alle huidige en toekomstige bedrijfsactiva", waaronder wordt verstaan "alle tot het bedrijf van de pandgever behorende goederen" niet aan de vereiste bepaalbaarheid. Onder die omschrijving vallen immers ook goederen waarop geen pandrecht mogelijk is. Bovendien zou ook een omschrijving die met bovenstaand wettelijk systeem rekening houdt (door als omschrijving te kiezen: alle roerende zaken en vermogensrechten voor zover deze geen registergoederen zijn) niet voldoen aan het bepaalbaarheidsvereiste.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7842 («JOR» 2002/211, m.nt. NEDF; red.) (Mulder q.q.-Rabobank), onder meer het volgende overwogen: "3.5. Bij de beoordeling van deze onderdelen moet worden vooropgesteld dat voor het vestigen van een pandrecht op een of meer vorderingen vol-

doende is dat de pandakte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering(en) het gaat. Anders dan in onderdeel 1 wordt beoogd, kan een generieke omschrijving als hiervóór in 3.1 onder (v) weergegeven tot een geldige overdracht of verpanding leiden, omdat het generieke karakter van een dergelijke omschrijving en het ontbreken van een nadere specificatie van de betrokken vorderingen niet in de weg staan aan het oordeel dat een dergelijke omschrijving voldoet aan het vereiste van voldoende bepaaldheid in de zin van art. 3:84 lid 2 BW. (...)

3.6. Het oordeel van de Rechtbank dat met de onderhavige omschrijving van de verpande vorderingen aan het vereiste van voldoende bepaaldheid is voldaan, geeft gelet op het hiervóór overwogene niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dit oordeel is voor het overige van overwegend feitelijke aard, zodat het in zoverre in cassatie niet op juistheid kan worden onderzocht. Het is ook niet onbegrijpelijk, nu aan de hand van de gegeven omschrijving kan worden bepaald welke vorderingen zijn verpand, namelijk alle ten tijde van de ondertekening van de pandakte (op 11 december 1998) bestaande vorderingen en alle vorderingen die uit op dat moment bestaande rechtsverhoudingen rechtstreeks zullen voortvloeien. Dat voor nadere specificaties te rade moet worden gegaan bij de boekhouding van de pandgever doet niet af aan de voldoende bepaaldheid van de vorderingen. In het licht van het debat van partijen voor de Rechtbank, waaruit blijkt dat tussen partijen niet in geschil was om welke aan de bank verpande en door deze geïnde vorderingen het hier gaat, behoeft dit oordeel geen nadere motivering dan door de Rechtbank gegeven. Ook onderdeel 2 faalt derhalve.”

Het gaat in het oordeel van de Hoge Raad echter wel om een pandakte waarin niet een pandrecht is gevestigd op “alle goederen”, maar op een specifieke categorie goederen te weten vorderingen op derden. Deze worden er bovendien door gekenmerkt dat hun bestaan en omvang uit de administratie kan worden afgeleid. Dat behoeft echter niet voor “alle goederen” (of “alle roerende zaken en alle vermogens rechten voor zover die geen registergoederen zijn”) te gelden, zoals ook blijkt uit de in de pandakte genoemde voorbeelden: cliëntenbestanden en goodwill. Cliëntenbestanden plegen niet op de balans te worden vermeld, goodwill kan soms op de balans voorkomen, maar

dat is niet altijd het geval. Ook in dit geval gaat het om een auteursrecht dat niet op de balans is vermeld.

De conclusie moet dan zijn dat een omschrijving die erop neerkomt dat deze alle goederen van de pandgever betreft, ook als deze zo wordt uitgelegd dat deze alleen betrekking heeft op de goederen waarop een pandrecht mogelijk is, onvoldoende bepaald en ook onvoldoende bepaalbaar is.

Dat leidt ertoe dat de vordering van de curator c.s. wordt toegewezen, met een kostenveroordeling ten laste van ING. De vordering in reconventie wordt afgewezen, ook met een kostenveroordeling ten laste van ING.

De beslissing

De rechtbank

1. verklaart voor recht dat ING geen geldig pandrecht heeft op de auteursrechten ten aanzien van de door Complions ontwikkelde software en dat de verkoopopbrengst van alle auteursrechten van EUR 155.000,- daarom niet toekomt aan ING;
2. veroordeelt ING in de kosten van deze procedure (...; red.).

NOOT

1. Deze (mondelijke) uitspraak van de Rechtbank Amsterdam is in verschillende opzichten opmerkelijk. Zo bevat de uitspraak slechts één enkele overweging die de toets der kritiek kan doorstaan, te weten de overweging waarin de rechtbank de kern van het oordeel van de Hoge Raad uit het arrest Mulder q.q./Rabobank (HR 20 september 2002, «JOR» 2002/211, m.nt. NEDF) citeert. Al hetgeen daaraan voorafgaat en al hetgeen daarop volgt, is onjuist. Het begint al met de inleidende overweging. Het gaat in deze zaak niet – zoals de rechtbank ten onrechte overweegt – om de vraag of ING een geldig pandrecht heeft *gevestigd* op het auteursrecht op de door Complions ontwikkelde software, maar om de vraag of ING een geldig pandrecht op dat auteursrecht heeft *verkregen*.

2. Centraal hierbij staat de vraag of de omschrijving “alle huidige en toekomstige bedrijfsactiva” in de tussen partijen opgemaakte pandakte voldoet aan het in art. (3:98 jo. art.) 3:84 lid 2 BW neergelegde bepaaldheidsvereiste. Bedrijfsactiva

zijn in de pandakte omschreven als “alle tot het bedrijf van de pandgever behorende goederen”, waarbij nog is vermeld dat hieronder in ieder geval zijn begrepen cliëntenbestanden en goodwill. Dit laatste element, wat daarvan verder ook zij, laat ik hier buiten beschouwing; het geschil heeft geen betrekking op cliëntenbestanden en goodwill. ING stelt zich op het standpunt dat zij als pandhouder een pandrecht heeft verkregen op het auteursrecht op de door Complions (de pandgever) ontwikkelde software, aangezien ook dit een goed is dat tot het bedrijf van de pandgever behoort. Daar valt mijns inziens geen speld tussen te krijgen, maar de rechtbank ziet dat anders.

3. De rechtbank meent dat de door partijen in de pandakte ter aanduiding van het voorwerp van de verpanding gehanteerde omschrijving niet voldoet aan het bepaaldheidsvereiste. Dit volgt volgens de rechtbank reeds uit het feit dat de aanduiding “goederen” te algemeen (te ruim) is. Daaronder vallen immers ook goederen waarop geen pandrecht kan worden gevestigd, dan wel goederen waarop hooguit een *hypothekrecht* kan worden gevestigd. Deze redenering van de rechtbank snijdt geen hout. Het feit dat de bedoelde omschrijving te ruim is, neemt niet weg dat alle tot het bedrijf van de pandgever behorende goederen die voor verpanding vatbaar zijn, onder die omschrijving zijn begrepen en dat ter zake van die goederen aan het bepaaldheidsvereiste is voldaan. Dit vereiste geldt ter zake van elk te verpanden goed afzonderlijk. Getoetst dient te worden of het goed dat het voorwerp van geschil is, onder de omschrijving van de verpande goederen valt. Dat een ander goed, dat naar de letter ook onder die omschrijving valt, om welke reden dan ook niet rechtsgeldig is of kan worden verpand, heeft daarop geen invloed. Het is overigens een kwestie van uitleg of de omschrijving werkelijk te ruim is. Het ligt voor de hand dat partijen met de door hen gebezigde omschrijving slechts die goederen (bedrijfsactiva) van de pandgever hebben bedoeld, die het voorwerp van een pandrecht kunnen zijn.

4. De rechtbank overweegt vervolgens dat ook een beperktere omschrijving, die met het voorafgaande rekening houdt (door als omschrijving te kiezen: alle roerende zaken en vermogensrechten, voor zover deze geen registergoederen zijn), niet voldoet aan het bepaaldheidsvereiste. Ook

dit is niet juist. Het oordeel van de rechtbank is in strijd met vaste jurisprudentie van de Hoge Raad.

4.1. Volgens de Hoge Raad is voor de toepassing van art. 3:84 lid 2 BW in het algemeen vereist, maar ook voldoende, dat de desbetreffende akte van levering of verpanding zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welk goed het gaat. Vgl. onder meer HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995/447, m.nt. WMK (*Spaarbank Riviereland/Gispem q.q.*); HR 20 juni 1997, «JOR» 1997/108 (*Wagemakers q.q./Rabobank*); HR 19 september 1997, «JOR» 1997/133, m.nt. SCJJK (*Verhagen q.q./INB II*); HR 19 december 1997, «JOR» 1998/40, m.nt. JJvH (*Zuidgeest/Furness*); HR 20 september 2002, «JOR» 2002/210, m.nt. NEDF (*ING/Muller q.q.*); HR 20 september 2002, «JOR» 2002/211, m.nt. NEDF (*Mulder q.q./Rabobank*); HR 16 mei 2003, «JOR» 2003/184 (*De Liser de Morsain/Rabobank*); HR 4 maart 2005, «JOR» 2005/160 (*Thomassen Metaalbouw/Vos*); HR 3 februari 2012, «JOR» 2012/200, m.nt. Schuijling (*Dix q.q./ING*) en HR 28 maart 2014, *NJ* 2015/365, m.nt. PBH (*Norma/NLKabel*). De vraag of in een concreet geval aan het bepaaldheidsvereiste is voldaan, is in de jurisprudentie vooral aan de orde geweest ten aanzien van de overdracht en verpanding van vorderingen op naam, maar het in die jurisprudentie ter zake van art. 3:84 lid 2 BW gegeven oordeel heeft een ruimere strekking. Zo volgt uit HR 20 september 2002, «JOR» 2002/210, m.nt. NEDF (*ING/Muller q.q.*) met zoveel woorden dat hetzelfde heeft te gelden ter zake van de overdracht en verpanding van andere goederen dan vorderingen op naam, met inbegrip van auteursrechten op software. Zie voorts in verband met toekomstige goederen en naburige rechten HR 28 maart 2014, *NJ* 2015/365, m.nt. PBH (*Norma/NLKabel*). Bijzonder is een en ander niet, nu art. 3:84 lid 2 BW slechts één algemeen bepaaldheidsvereiste kent en niet onderscheidt al naar gelang het type goed dat het voorwerp van de overdracht of de verpanding is. Dat neemt niet weg dat elders in de wet ten aanzien van bepaalde typen goederen, in het bijzonder registergoederen, aanvullende eisen worden gesteld.

4.2. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt voorts dat aan het bepaaldheidsvereiste kan worden voldaan door middel van een generieke omschrijving van de te verpanden goederen,

zonder nadere specificatie, zolang maar kan worden vastgesteld, zo nodig achteraf, om welk goed het gaat. Zie HR 21 december 2001, «JOR» 2002/38, m.nt. NEDF en Bartman (*Sobi c.s./Hurks c.s.*); HR 20 september 2002, «JOR» 2002/210, m.nt. NEDF (*ING/Muller q.q.*); HR 20 september 2002, «JOR» 2002/211, m.nt. NEDF (*Mulder q.q./Rabobank*); HR 4 maart 2005, «JOR» 2005/160 (*Thomassen Metaalbouw/Vos*) en HR 3 februari 2012, «JOR» 2012/200, m.nt. Schuijling (*Dix q.q./ING*). Zie hierover (in de loop der tijd) N.E.D. Faber, *NbBW* 1997, p. 126-129; S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, WPNR 6324 (1998), p. 518-520 en WPNR 6374 (1999), p. 750-753, alsmede mijn noten onder Rb 's-Gravenhage 25 april 2001, «JOR» 2001/136; onder Hof Arnhem 4 mei 2010 en 28 december 2010, «JOR» 2011/160; onder Rb. Amsterdam 15 september 2010, «JOR» 2011/161 (met het daarop gevolgde cassatieberoep in HR 3 februari 2012, «JOR» 2012/200, m.nt. Schuijling (*Dix q.q./ING*)) en onder Hof Arnhem-Leeuwarden 12 augustus 2014, «JOR» 2015/51. In het voorliggende geval laat de door partijen in de pandakte gehanteerde omschrijving er geen twijfel over bestaan dat ook het auteursrecht op de door Complions ontwikkelde software onder het pandrecht van ING is begrepen. Een nadere specificatie in de pandakte is daarvoor niet vereist.

5. Als sluitstuk van haar redenering stelt de rechtbank dat het door haar aangehaalde arrest Mulder q.q./Rabobank (HR 20 september 2002, «JOR» 2002/211, m.nt. NEDF) geen betrekking had op de vestiging van een pandrecht op "alle goederen", maar slechts zag op de vestiging van een pandrecht op een specifieke categorie goederen, te weten vorderingen op debiteuren/derden. Op zichzelf is die constatering juist, maar de rechtbank geeft niet aan waarom dat voor de toepassing van het bepaaldheidsvereiste relevant zou zijn. Ik zou daarvoor ook geen steekhoudend argument kunnen bedenken. Aanduidingen als "alle roerende zaken" (of zo men wil "alle huidige en toekomstige roerende zaken"), "alle vorderingen op debiteuren" of "alle (voor verpanding vatbare) goederen" voldoen aan het bepaaldheidsvereiste, omdat eenvoudig – zo nodig achteraf – kan worden vastgesteld om welke zaken, vorderingen respectievelijk goederen het gaat. De eis van voldoende bepaaldheid mag niet strikt worden uitgelegd. Voldoende is dat de te verpanden of over te

dragen goederen aan de hand van de (in de desbetreffende akte) gebezigde aanduiding identificeerbaar zijn. Vgl. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1248. Wat daartoe in een concreet geval is vereist, hangt af van de omstandigheden van het geval. Vgl. HR 4 maart 2005, «JOR» 2005/160 (*Thomassen Metaalbouw/Vos*). De aanduiding "alle" brengt met zich dat in de regel geen verdere specificatie nodig is om de latere identificatie te kunnen uitvoeren. Niet vereist is dat in de desbetreffende akte van levering of verpanding tot uitdrukking wordt gebracht langs welke weg, c.q. met behulp van welke middelen, de identificatie uiteindelijk kan of moet plaatsvinden. Mede daarom snijdt ook het slot van de overweging van de rechtbank dat het auteursrecht op de software, dat het voorwerp van de verpanding was, niet op de balans van Complions was vermeld, geen hout. Het door de rechtbank gesuggereerde onderscheid met vorderingen, waarvan het bestaan en de omvang uit de administratie van de pandgever kan worden afgeleid, doet niet ter zake. Nog daargelaten dat het ook met betrekking tot vorderingen regelmatig voorkomt dat deze niet uit de (fysieke) administratie van de pandgever blijken of dat die administratie ontbreekt of niet is bijgewerkt, wordt een eis als door de rechtbank gesuggereerd door de wet en de jurisprudentie niet gesteld. De identificatie kan, zo nodig achteraf, met behulp van alle daarvoor in aanmerking komende middelen geschieden.

N.E.D. Faber

46

Rechtbank Overijssel zp Almelo
14 november 2018, rolnr. HA ZA 18-74,
ECLI:NL:RBOVE:2018:4717
(mr. Haarhuis)
Noot M.J. Blommaert

Borgtochtovereenkomst. Dwaling. Statutair bestuurder van stichting die golfbaan exploiteert, is zakelijke borg. Geen vernietiging borgtocht op grond van dwaling. Bank kan volstaan met algemene waarschuwing jegens borg. Geen schending zorgplicht bank. Verwijzing naar HR 1 juni 1990, NJ 1991/759 (Van Lanschot/Bink) en HR 1 april 2016, «JOR» 2016/213, m.nt. Bergervoet (Hardeveld/Aruba Bank c.s.).

[BW art. 6:74, 6:228 lid 1 sub b, 7:857]

Bij de beoordeling van de vraag of gedaagde bij het aangaan van de overeenkomst van borgtocht heeft gedwaald en voor wiens rekening dat komt, geldt het volgende als uitgangspunt. Een overeenkomst van borgtocht kan wegens dwaling vernietigbaar zijn wanneer de borg bij het vormen van zijn oordeel omtrent de kans dat hij tot nakoming zal worden verplicht, is uitgegaan van een zodanig verkeerde voorstelling van zaken dat hij, zou hij een juiste voorstelling van zaken hebben gehad, niet bereid zou zijn geweest de borgtocht te verlenen. Volgens vaste jurisprudentie rust op een bank – als professionele kredietverstrekker – een zorgplicht in die zin dat een particuliere borg omtrent betekenis, gevolgen en risico's van een borgstelling zorgvuldig dient te worden ingelicht. Uit de parlementaire geschiedenis en jurisprudentie volgt dat er plaats is voor bescherming van de particuliere borg omdat hij een overeenkomst van borgtocht veelal niet sluit uit zakelijke motieven, maar op grond van zijn persoonlijke relatie met de hoofdschuldenaar. Daardoor ontbreekt bij hem vaak het inzicht dat nodig is voor het beoordelen van de gevolgen van een overeenkomst van borgtocht en is gevaar van ondoordachtheid of misplaatst vertrouwen in de goede afloop groot (HR 1 juni 1990, NJ 1991/759 (Van Lanschot/Bink)). Gedaagde kan niet worden aangemerkt als een particuliere borg als bedoeld in art. 7:857 BW. Vaststaat immers dat gedaagde – ten tijde van het sluiten van de overeenkomst van borgtocht – betrokken was bij de Stichting Golfpark Weleveld als (statutair) bestuur-

der en (samen met zijn medebestuurders) daarover de volledige zeggenschap had. Bovendien was gedaagde al enige tijd zakelijk betrokken bij de Stichting Golfpark Weleveld als privé-investeerder en ook in deze hoedanigheid op de hoogte van de financiële situatie van Stichting Golfpark Weleveld. Verder had gedaagde een eigen zakelijk inkomensbelang bij Stichting Golfpark Weleveld, namelijk dat hij 5% zou ontvangen op zijn voornoemde investering. De kredietverstrekking past in de normale uitoefening van het bedrijf. Het krediet was volgens de kredietovereenkomst van 25 maart 2014 ook bedoeld voor de financiering en aanleg van het clubgebouw en een golfbaan. Gedaagde voert nog aan dat een bestuurder van een stichting als rechtspersoon binnen het toepassingsgebied van art. 7:857 BW valt. Gedaagde wordt hierin niet gevolgd. Stichting Golfpark Weleveld exploiteerde een clubhuis en een commerciële golfbaan ten behoeve van leden van de vereniging Golfpark Weleveld. Gedaagde heeft zelf ook in die golfbaan geïnvesteerd en was bestuurder van de Stichting Golfpark Weleveld. Gelet op deze omstandigheden valt niet in te zien waarom een bestuurder van zo'n stichting zonder meer binnen het toepassingsgebied van art. 7:857 BW zou moeten vallen, althans dit is onvoldoende onderbouwd door gedaagde. Gedaagde moet dan ook worden aangemerkt als zakelijke borg. Daarom behoeft gedaagde geen bescherming tegen eigen ondoordachtheid bij het aangaan van een overeenkomst waarvan de financiële gevolgen voorsnog uitblijven maar die, als zij zich voordoen, een zware last plegen te vormen. Die bescherming is wel nodig voor een particuliere borg (HR 1 april 2016, «JOR» 2016/213, m.nt. Bergervoet (Hardeveld/Aruba Bank c.s.)). Een particuliere borg is immers in de regel niet zelfstandig betrokken bij de bedrijfsvoering van de onderneming ten behoeve waarvan hij zich borg stelt en daarom meestal niet goed in staat in te schatten hoe de onderneming ervoor staat en hoe groot de kans is dat hij uit hoofde van de borgstelling zal worden aangesproken. Bij deze stand van zaken rustte er op de bank bij het sluiten van de overeenkomst van borgtocht geen bijzondere zorgplicht jegens gedaagde en kon zij in de geschetste omstandigheden volstaan met de algemene waarschuwing zoals blijkt uit de akte van borgtocht. Gelet op al het voorgaande faalt het beroep op dwaling ex art. 6:228 lid 1 sub b BW. Dit betekent dat er geen grond is om de overeenkomst van borgtocht te vernietigen. Het beroep van gedaagde op schending van de zorgplicht door de bank moet op dezelfde gronden als hierover overwogen worden verworpen.