

tussen de rekeninghouder en de bank een bankrelatie bestaat, is daartoe niet toereikend. Vorderingen die een rekeninghouder op zijn bank zal verkrijgen als gevolg van girale betalingen op zijn bankrekening door derden, vloeien niet rechtstreeks voort uit de rekening-courantverhouding tussen de rekeninghouder en de bank. Toekomstig creditsaldo kan daardoor niet bij voorbaat stil worden verpand (HR 17 februari 2012, «JOR» 2012/234, m.nt. Schuijling (*Rabobank/Kézér q.q.*)).

9. Uit het meest recente openbaar verslag van de curator blijkt dat X heeft berust in het arrest van het hof. Er is geen cassatie ingesteld.

mr. E.A.H. ten Berge  
advocaat bij Cees Advocaten NV te Naaldwijk

## 128

### Crowdfunding: aansprakelijkheid borg voor parallel debt

Rechtbank Gelderland zp Arnhem  
21 oktober 2020, rolnr. HA ZA 20-159,  
ECLI:NL:RBGEL:2020:5923  
(mr. Belt)  
Noot mr. J.C. Westermann

**Borgtochtovereenkomst. Leningsovereenkomst middels crowdfunding met parallelle schuld. Nu betaling van opgeëiste geldlening en parallelle schuld uitblijft, kan borgtocht voor parallelle schuld worden uitgewonnen. Borgtochtovereenkomst is niet nietig of vernietigbaar. Verwijzing naar HR 6 juni 2008, «JOR» 2008/243, m.nt. Loesberg (Bras/The Satisfactorie).**

[BW art. 7:850 e.v.]

*Er is sprake van een zakelijke borgstelling. Nu betaling van de opgeëiste geldlening en parallelle schuld ondanks diverse sommaties was uitgebleven, kon de stichting de aan haar verstrekte zekerheid tot voldoening van (ook) de parallelle schuld aanspreken en in verband daarmee de borgstelling van gedaagde innen. Het betoog van gedaagde dat de stichting geen zelfstandige vordering heeft op gedaagde omdat de lening is aangegaan*

*met Collin Crowdfund en niet met de stichting, kan niet worden gevolgd. De grondslag van de vordering van de stichting berust immers op de hiervoor besproken zakelijke borgstelling. Doordat de verplichtingen uit de leningsovereenkomst en de parallelle schuld niet zijn nagekomen, is de stichting gerechtigd om de borg, gedaagde, aan te spreken. Gedaagde heeft verder nog aangevoerd dat hij niet in verzuim kan komen richting de stichting, omdat hij richting de stichting geen afzonderlijke prestatie hoeft te verrichten. Dit verweer kan, gelet op het voorgaande, ook niet slagen. De prestatie die gedaagde richting de stichting moet verrichten, is immers het betalen van een geldsom op grond van de borgstelling. Gelet op het voorgaande staat vast dat de stichting gedaagde kan aanspreken op grond van de borgstellingsovereenkomst en dat de borgstelling op eisbaar is.*

*Het enkele feit dat de oorspronkelijke leningsovereenkomst op 22 januari 2018 is opgeëist en opgezegd, maakt niet dat de daarop voortbordurende akte met aanvullende voorwaarden (de gewijzigde akte) nietig of ongeldig is. Opzegging van een leningsovereenkomst leidt niet tot het einde van alle rechten en verplichtingen uit die overeenkomst. Het stond partijen vrij om ter afwikkeling van die verplichtingen een (nadere) overeenkomst aan te gaan waarin de afspraken uit de eerdere overeenkomst tot uitgangspunt dienden en om aan de terugbetalingsverplichtingen uit de eerdere overeenkomst extra voorwaarden en zekerheden te verbinden. De vorderingen tot betaling uit hoofde van de eerdere overeenkomst zijn niet tenietgegaan.*

*Ook het betoog dat de gewijzigde akte en de hoofdelijke medeschuldverbintenis vernietigbaar zijn, gaat niet op. In de zakelijke borgstelling is de toepassing van (onder andere) art. 7:852 BW uitgesloten. Dit heeft tot gevolg dat alle verweren die de hoofdschuldenaren jegens de schuldeisers hebben, niet door gedaagde als borg kunnen worden ingeroepen. Ten aanzien van de gewijzigde akte of de hoofdelijke medeschuldverbintenis hebben de hoofdschuldenaren zich jegens hun schuldeiser niet beroepen op een vernietigingsgrond, althans, dat is niet gesteld of gebleken. Daardoor bestaat de hoofdverbintenis van de vennootschappen nog en kan niet tot vernietiging van de gewijzigde akte of de hoofdelijke medeschuldverbintenis worden overgegaan (vgl. HR*

6 juni 2008, «JOR» 2008/243, m.nt. Loesberg (Bras/The Satisfactorie)).

*Volgens gedaagde is de borgstelling ook vernietigbaar wegens misbruik van omstandigheden. Overwogen wordt dat er geen sprake is van misbruik van omstandigheden. Gedaagde en zijn familie zijn eigenaar van meerdere vennootschappen en beschikken over aanzienlijk vrij vermogen. Dat gedaagde onervaren was met kredieten, is onaannemelijk. Bovendien is gedaagde tijdens het proces van het tekenen van de borgstelling uitgebreid begeleid door zijn advocaat en ging het om een proces van een aantal maanden. Daarbij had gedaagde ook voordeel, en dus een belang, bij het aangaan de borgstelling. Gedaagde en zijn adviseur/advocaat hebben zelf de stichting benaderd met het voorstel om een borgstellingsovereenkomst aan te gaan. Bovendien geldt dat het in het handelsverkeer niet ongewoon en zeker niet ontoelaatbaar is dat een schuldeiser zekerheden verlangt van de schuldenaar en/of van de aan de schuldenaar gelieerde (rechts)personen, alvorens een financiering te verstrekken. Deze omstandigheid alleen levert dan ook geen misbruik van omstandigheden op. Van vernietiging van de borgstellingsovereenkomst kan op basis van het voorgaande geen sprake zijn.*

De stichting *Stichting Zekerhedenagent Collin Crowdfund* te Udenhout,  
eiseres in conventie,  
verweerster in reconventie,  
advocaat: mr. A.A. Zeilstra,  
tegen  
X,  
gedaagde in conventie,  
eiser in reconventie,  
advocaat: mr. S. Paans-Lamsallak.

(...; red.)

## 2. De feiten

2.1. Collin Crowdfund N.V. (hierna: Collin Crowdfund) is een bemiddelaar die via een online platform vraag en aanbod van kapitaal bij elkaar brengt, met als beoogd resultaat het tot stand komen van leningsovereenkomsten tussen meerdere (anonieme) investeerders en geldnemers. In 2016 heeft Collin Crowdfund in die hoedanigheid bemiddeld in de totstandkoming van een overeenkomst van geldlening met nummer [nummer] tussen enerzijds [naam 1]. (hierna: de VOF) en

haar vennoten de heer [naam 2] en mevrouw [naam 3] als geldnemers en anderzijds een groep (anonieme) investeerders als geldgevers en Zekerhedenagent handelend als hun zekerhedenagent. Op grond van deze leningsovereenkomst hebben de investeerders een bedrag van € 450.000,00 aan de VOF en haar vennoten ter beschikking gesteld. In artikel 5.4. van de leningsovereenkomst zijn de VOF en haar vennoten daarnaast een parallelle schuld van € 450.000,00 aan Zekerhedenagent aangegaan.

2.2. Als zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen van de VOF en haar vennoten hebben [gedaagde] en zijn echtgenote, de ouders van de vennoten, op 9 januari 2017 een derdenhypotheek aan Zekerhedenagent verstrekt op het onroerend goed gelegen aan de [adres] voor een bedrag van € 450.000,00.

2.3. Op enig moment eind 2018 is een deel van de activa van de VOF overgenomen door [naam 4] (hierna: [naam 4]), een vennootschap van [gedaagde], en werd er niet meer voldaan aan de betalingsverplichtingen onder de leningsovereenkomst. De VOF is vervolgens op 8 januari 2019 door de rechtbank Gelderland in staat van faillissement verklaard.

2.4. Zekerhedenagent en Collin Crowdfund hebben de leningsovereenkomst naar aanleiding daarvan opgezegd en de geldlening en parallelle schuld opgeëist. Zekerhedenagent heeft daarnaast ook [gedaagde] en zijn echtgenote op basis van de door hen verschaft zekerheid gesommeerd aan de daaruit voor hen voortvloeiende betalingsverplichtingen te voldoen. Vervolgens heeft een overlegtraject plaatsgevonden waarbij Zekerhedenagent, Collin Crowdfund, de vennoten en [gedaagde] tot overeenstemming zijn gekomen over voortzetting van de oorspronkelijke leningsovereenkomst onder aangepaste (aanvullende) voorwaarden.

2.5. Op 23 juli 2019 is de “Akte wijziging leningsvoorwaarden leningnummer [nummer]” (hierna: gewijzigde akte) tot stand gekomen tussen enerzijds de voormalige vennoten van de VOF, [naam 4] en [naam 5] (hierna: de Holding) en anderzijds de investeerders en Zekerhedenagent handelend ten behoeve van zichzelf, Collin Crowdfund en de Stichting Collin Crowdfund. In deze gewijzigde akte is de hoogte van de reeds in 2016 verstrekte geldlening ongewijzigd gebleven en zijn enkel aanvullende afspraken gemaakt over de (zekerheid tot) terugbetaling daarvan. Op deze zelfde

datum hebben [naam 4] en de Holding in verband daarmee zich hoofdelijk als medeschuldenaren verbonden voor de geldlening aan Zekerhedenagent en de investeerders. Vanaf dat moment zijn [naam 4], de Holding en de voormalige vennoten allen hoofdelijk debiteur onder de leningsovereenkomst geworden.

2.6. Eveneens op 23 juli 2019 heeft [gedaagde] aan Zekerhedenagent, handelend ten behoeve van zichzelf, Collin Crowdfund en de investeerders, een borgtocht van € 50.000,00 afgegeven strekkende tot zekerheid voor de nakoming van alle vanaf dat moment bestaande verplichtingen onder de leningsovereenkomst.

2.7. Vanaf eind 2019 worden de uit de leningsovereenkomst voortvloeiende betalingsverplichtingen niet volledig en correct nagekomen. Na diverse sommaties tot betaling heeft [gedaagde] bij e-mailbericht van 30 januari 2020 namens de debiteuren kenbaar gemaakt niet aan de betalingsverplichtingen te kunnen voldoen en bezig te zijn met een volledige herstructurering van de financiën.

2.8. Bij brief van 31 januari 2020 hebben Zekerhedenagent en Collin Crowdfund de leningsovereenkomst met onmiddellijke ingang opgezegd en zijn de geldleningen opgeëist. Bij afzonderlijke brief van dezelfde datum heeft Zekerhedenagent [gedaagde] onder de borgtocht aangesproken voor het geval niet binnen de gestelde termijn aan de betalingsverplichting voor wat betreft de parallelle schuld aan Zekerhedenagent zou worden voldaan.

2.9. De opgeëiste geldleningen, waaronder de parallelle schuld aan Zekerhedenagent, zijn tot op heden niet terugbetaald en [gedaagde] heeft tot op heden niet aan zijn betalingsverplichting onder de borgtocht voldaan.

2.10. Op 12 februari 2020 is aan Zekerhedenagent verlov verleend voor het leggen van conservatoir beslag op de vastgoedportefeuille van [gedaagde]. Zekerhedenagent is vervolgens tot beslaglegging onder vijf onroerende zaken van [gedaagde] overgegaan.

2.11. [gedaagde] heeft in kort geding gevorderd om het conservatoir beslag op te heffen. Op 14 mei 2020 is die vordering door de voorzieningenrechter van deze rechtbank afgewezen.

### 3. Het geschil

#### *In conventie*

3.1. Zekerhedenagent vordert samengevat – veroordeling van [gedaagde] tot betaling van € 51.542,75, vermeerderd met rente, beslagkosten en proceskosten.

3.2. Zekerhedenagent legt het volgende aan haar vordering ten grondslag. Volgens Zekerhedenagent is niet voldaan aan de verplichtingen uit de geldleningsovereenkomst en de parallelle schuld waardoor Zekerhedenagent nu [gedaagde] als borg kan aanspreken tot betaling van een bedrag van € 50.000,00. Verder vordert Zekerhedenagent betaling van een bedrag van € 1.542,75 aan buitengerechtigde incassokosten.

3.3. [gedaagde] voert verweer en concludeert tot afwijzing van de vorderingen.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### *In reconventie*

3.5. [gedaagde] vordert voor recht te verklaren dat sprake is van misbruik van recht, dan wel van een onrechtmatige daad zijdens Collin Crowdfund en/of Zekerhedenagent door het onnodig leggen van beslag. Ook vordert [gedaagde] betaling van een schadevergoeding door Zekerhedenagent, nader op te maken bij staat.

3.6. [gedaagde] legt aan zijn vordering ten grondslag dat Zekerhedenagent uit hoofde van haar maatschappelijke functie een algemene en bijzondere zorgplicht heeft jegens [gedaagde]. Volgens [gedaagde] is die zorgplicht door Zekerhedenagent geschonden waardoor zij onrechtmatig jegens [gedaagde] heeft gehandeld, aldus [gedaagde]. Ook heeft Zekerhedenagent onrechtmatig gehandeld door ten onrechte beslag te leggen. Hierdoor is volgens [gedaagde] sprake van misbruik van recht, dan wel van een onrechtmatige daad door Zekerhedenagent.

3.7. Zekerhedenagent voert verweer en concludeert tot afwijzing van de vorderingen.

3.8. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### 4. De beoordeling

##### *In conventie*

##### *De borgstelling*

4.1. Zekerhedenagent legt de borgstelling aan haar vordering ten grondslag. Volgens [gedaagde] is sprake van een persoonlijke borgstelling, omdat in de titel van de overeenkomst "Persoonlijke borg" staat, omdat [gedaagde] in privé heeft getekend en omdat de partner van [gedaagde] de borgstelling moest ondertekenen. Dat laatste is volgens [gedaagde] alleen gebruikelijk bij een persoonlijke borgstelling.

4.2. De rechtbank is van oordeel dat sprake is van een zakelijke borgstelling. Het feit dat de partner van [gedaagde] de borgstelling heeft ondertekend maakt niet dat het gaat om een persoonlijke borgstelling. Bij een persoonlijke borgstelling is dit een vereiste, maar dat betekent niet dat een financiële instelling dit bij zakelijke borgstellingen niet kan vragen en dit in de praktijk niet gebeurt. Volgens Zekerhedenagent laat elke financiële instelling bij zowel een persoonlijke als zakelijke borgstelling de partner mee tekenen om zo discussies te voorkomen. Dit is dus niet doorslaggevend. Dat [gedaagde] de borgstelling zelf heeft ondertekend is begrijpelijk, omdat hij degene is die als DGA de borgstelling is aangegaan. [gedaagde] heeft hiermee als DGA de borgtocht afgegeven handelend ten behoeve van de normale uitoefening van zijn vennootschappen.

##### *Opeisbaarheid van de borgstelling*

4.3. Ten aanzien van de opeisbaarheid van de zakelijke borgstelling geldt het volgende. Vaststaat dat de leningsovereenkomst met gewijzigde voorwaarden op 31 januari 2020 is opgezegd, nadat het Collin Crowdfund en Zekerhedenagent eind 2019 was gebleken dat de debiteuren niet langer correct aan hun betalingsverplichtingen voldeden en [gedaagde] namens hen bij e-mailbericht van 30 januari 2020 had aangegeven dat zij feitelijk ook niet aan die verplichtingen konden voldoen. Nu betaling van de opgeëiste geldlening en parallelle schuld ondanks diverse sommaties was uitgebleven, kon Zekerhedenagent de aan haar verstrekte zekerheid tot voldoening van (ook) de parallelle schuld aanspreken en in verband daarmee de borgstelling van [gedaagde] innen.

4.4. Het betoog van [gedaagde] dat Zekerhedenagent geen zelfstandige vordering heeft op [ge-

daagde], omdat de lening is aangegaan met Collin Crowdfund en niet met Zekerhedenagent, kan de rechtbank niet volgen. De grondslag van de vordering van Zekerhedenagent berust immers op de hiervoor besproken zakelijke borgstelling. Doordat de verplichtingen uit de leningsovereenkomst en de parallelle schuld niet zijn nagekomen, is Zekerhedenagent gerechtigd om de borg, [gedaagde], aan te spreken. [gedaagde] heeft verder nog aangevoerd dat [gedaagde] niet in verzuim kan komen richting Zekerhedenagent, omdat [gedaagde] richting Zekerhedenagent geen afzonderlijke prestatie hoeft te verrichten. Dit verweer kan gelet op het voorgaande ook niet slagen. De prestatie die [gedaagde] richting Zekerhedenagent moet verrichten is immers het betalen van een geldsom op grond van de borgstelling.

4.5. Gelet op het voorgaande staat vast dat Zekerhedenagent [gedaagde] kan aanspreken op grond van de borgstellingsovereenkomst en dat de borgstelling opeisbaar is. [gedaagde] heeft een aantal verweren gevoerd op grond waarvan hij niet gehouden zou zijn om tot betaling over te gaan. Het verweer ten aanzien van de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden is ter zitting door [gedaagde] ingetrokken. De overige verweren worden hierna besproken.

##### *Gevolgen van opzegging van de oorspronkelijke geldleningsovereenkomst*

4.6. Volgens [gedaagde] zijn de gewijzigde akte, de hoofdelijke medeschuldverbintenis en de borgstelling (zoals weergegeven onder 2.5. en 2.6.) nietig of ongeldig, omdat zij voortborduren op een opgezegde en daardoor beëindigde overeenkomst. Nu de leningsovereenkomst is beëindigd, en de borgstelling daaraan is verbonden, volgt het zekerheidsrecht de vordering die daaraan ten grondslag ligt, aldus [gedaagde].

4.7. De rechtbank oordeelt hierover als volgt. Het enkele feit dat de oorspronkelijke leningsovereenkomst op 22 januari 2018 is opgeëist en opgezegd maakt niet dat de daarop voortbordurende akte met aanvullende voorwaarden (de gewijzigde akte) nietig of ongeldig is. Opzegging van een leningsovereenkomst leidt niet tot het einde van alle rechten en verplichtingen uit die overeenkomst. Het stond partijen vrij om ter afwikkeling van die verplichtingen een (nadere) overeenkomst aan te gaan waarin de afspraken uit de eerdere overeenkomst tot uitgangspunt dienden en om aan de terugbetalingsverplichtingen uit de eerde-

re overeenkomst extra voorwaarden en zekerheden te verbinden. Anders dan [gedaagde] impliceert, zijn de vorderingen tot betaling uit hoofde van de eerdere overeenkomst niet teniet gegaan. Dit verweer van [gedaagde] kan dus niet slagen.

#### *Bepaalbaarheid*

4.8. [gedaagde] heeft verder betoogd dat de borgstelling, de hoofdelijke medeschuldverbintenis en de gewijzigde akte onvoldoende bepaalbaar zijn.

4.9. Evenals de rechter in kort geding, is de rechtbank van oordeel dat de afspraken voldoende bepaalbaar zijn. In de door [gedaagde] genoemde overeenkomsten blijkt voldoende duidelijk om welke verbintenissen het gaat en van welke hoofverbintenis de borgtocht afhankelijk is. Nu [gedaagde] zijn stelling dat de overeenkomsten onbepaalbaar zijn verder niet heeft onderbouwd, kan dit betoog niet slagen.

#### *Vernietiging gewijzigde akte en de hoofdelijke medeschuldverbintenis*

4.10. Ook het betoog dat de gewijzigde akte en de hoofdelijke medeschuldverbintenis vernietigbaar zijn, gaat niet op. In de zakelijke borgstelling is de toepassing van (onder andere) artikel 7:852 BW uitgesloten. Dit heeft tot gevolg dat alle verweren die de hoofdschuldenaren jegens de schuldeisers hebben, niet door [gedaagde] als borg kunnen worden ingeroepen. Ten aanzien van de gewijzigde akte of de hoofdelijke medeschuldverbintenis hebben de hoofdschuldenaren zich jegens hun schuldeiser niet beroepen op een vernietigingsgrond, althans, dat is niet gesteld of gebleken. Daardoor bestaat de hoofverbintenis van de vennootschappen nog en kan niet tot vernietiging van de gewijzigde akte of de hoofdelijke medeschuldverbintenis worden overgegaan. (vgl. Hoge Raad 6 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8690 («JOR» 2008/243, m.nt. Loesberg (*Bras/The Satisfactorie*); red.).

#### *Vernietiging borgstelling*

4.11. Volgens [gedaagde] is ook de borgstelling vernietigbaar wegens misbruik van omstandigheden. Zekerhedenagent had moeten weten en/of begrijpen dat de wederpartijen afhankelijk, lichtzinnig en onervaren waren, dat zij de gevolgen van de rechtshandelingen niet konden overzien en dat zij zelf geen enkel belang hadden bij de borgstelling, aldus [gedaagde].

4.12. De rechtbank overweegt als volgt. In het kort geding vonnis van 14 mei 2020 heeft de voorzieningenrechter al geoordeeld dat niet aannemelijk is dat sprake is van misbruik van omstandigheden ten aanzien van de gewijzigde akte, omdat niet aannemelijk is dat [gedaagde] onervaren was en de gevolgen van de leningsovereenkomst onder aanvullende voorwaarden en de borgtocht niet kon overzien, mede gelet op de aard en omvang van zijn zakelijke activiteiten en zijn vermogenspositie. Ook de rechtbank is van oordeel dat geen sprake is van misbruik van omstandigheden. Uit de overgelegde stukken blijkt dat [gedaagde] en zijn familie eigenaar zijn van meerdere vennootschappen en over aanzienlijk vrij vermogen beschikken. Dat [gedaagde] onervaren was met kredieten is onaannemelijk. Bovendien blijkt uit de verklaring van Zekerhedenagent ter zitting dat [gedaagde] tijdens het proces van het tekenen van de borgstelling uitgebreid is begeleid door zijn advocaat en dat het om een proces van een aantal maanden ging. Daarbij had [gedaagde] ook voordeel, en dus een belang, bij het aangaan de borgstelling. Uit de verklaringen van Zekerhedenagent en [gedaagde] ter zitting is voldoende aannemelijk geworden dat indien [gedaagde] de borgstelling niet had getekend, het hotelpand was geëxecuteerd en de bedrijfsvoering had moeten worden gestaakt. Niet gebleken is ook van bijzondere omstandigheden op basis waarvan Zekerhedenagent [gedaagde] ertoe bewogen zou hebben om de borgtocht aan te gaan. Zekerhedenagent heeft onweersproken gesteld dat [gedaagde] en zijn adviseur/advocaat zelf Zekerhedenagent hebben benaderd met het voorstel om een borgstellingsovereenkomst aan te gaan. Bovendien geldt dat het in het handelsverkeer niet ongewoon en zeker niet ontoelaatbaar is dat een schuldeiser zekerheden verlangt van de schuldenaar en/of van de aan de schuldenaar gelieerde (rechts)personen, alvorens een financiering te verstrekken. Deze omstandigheid alleen levert dan ook geen misbruik van omstandigheden op. Van vernietiging van de borgstellingsovereenkomst kan op basis van het voorgaande geen sprake zijn.

4.13. Gelet op het voorgaande komt de rechtbank tot de conclusie dat de vordering van Zekerhedenagent in conventie moet worden toegewezen voor een bedrag van € 50.000,00, te vermeerderen met de – onweersproken – wettelijke handelsrente. Ook de verschuldigdheid van de buitengerechtelijke incassokosten voor een bedrag van

€ 1.542,75 is door [gedaagde] niet betwist. Dit deel van de vordering wordt, nu ook voldaan is aan de toepasselijke staffel, toegewezen. De gevorderde beslagkosten worden na de reconventie besproken.

4.14. [gedaagde] zal als de in het ongelijk gestelde partij in conventie in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Zekerhedenagent worden begroot op:

(...; red.)

#### *In reconventie*

4.15. In reconventie vordert [gedaagde] een verklaring voor recht dat Zekerhedenagent onrechtmatig heeft gehandeld door haar zorgplicht te verzaken en een verklaring voor recht dat sprake is van misbruik van recht dan wel van een onrechtmatige daad door het leggen van beslag onder [gedaagde].

#### *Zorgplicht*

4.16. Ten aanzien van de zorgplicht geldt volgens [gedaagde] dat Zekerhedenagent als kredietverstrekker een algemene en bijzondere zorgplicht heeft die zij heeft geschonden door niet aan haar onderzoeksplicht te voldoen. Dit blijkt volgens [gedaagde] uit het feit dat een aanzienlijke geldlening aan Yasemin VOF is verstrekt, terwijl zij anderhalf jaar daarna al in betalingsproblemen kwam. Zekerhedenagent had volgens [gedaagde] vooraf moeten onderzoeken of Yasemin VOF aan haar verplichtingen kon voldoen. Dit geldt ook voor het sluiten van de daarop volgende overeenkomsten op 23 juli 2019. Ook bij de opzegging van de overeenkomsten gold volgens [gedaagde] een zorgplicht voor Zekerhedenagent.

4.17. Volgens Zekerhedenagent is zij geen financiële dienstverlener in de zin van artikel 1:1 Wft waardoor op haar geen bijzondere zorgplicht rust. Zij valt slechts onder de regels van de Wft voor zover het de inrichting van de interne organisatie betreft. Zekerhedenagent heeft een ontheffing om te bemiddelen in opvorderbare gelden. Verder geldt volgens Zekerhedenagent dat het gaat om een beperkte borgtocht in verhouding tot het verschuldigde leningsbedrag van de hoofdelijke debiteuren van € 450.000,00. Bovendien is [gedaagde] tijdens het proces van het sluiten van de borgstellingsovereenkomst goed bijgestaan door zijn toenmalige advocaat en er is tussen partijen acht tot twaalf maanden gesproken en onderhandeld over de borgstelling. Hierdoor heeft [gedaag-

de] lang de tijd gehad om over de borgstelling na te denken en zich daarover te laten informeren, aldus Zekerhedenagent.

4.18. De rechtbank oordeelt als volgt. Onder 4.1. is reeds vastgesteld dat tussen partijen een zakelijke borgstellingsovereenkomst is gesloten en geen kredietovereenkomst. Dit heeft tot gevolg dat op Zekerhedenagent bij het aangaan van de borgstellingsovereenkomst geen bijzondere zorgplicht als kredietverschaffer rustte. De rechtbank is van oordeel dat Zekerhedenagent ook niet kan worden aangemerkt als financiële dienstverlener in de zin van artikel 1:1 Wft. [gedaagde] heeft aangevoerd dat uit een mededeling op de website van Zekerhedenagent volgt dat zij wel onder toezicht van de AFM staat, maar volgens Zekerhedenagent ziet die mededeling op de website slechts op de naleving van de regels omtrent de inrichting van de interne organisatie. De juistheid hiervan en de ontheffing om als bemiddelaar te opereren, heeft [gedaagde] niet weerlegd. Hierdoor geldt voor Zekerhedenagent geen bijzondere zorgplicht waardoor van schending daarvan ook geen sprake kan zijn. Dat Zekerhedenagent haar algemene zorgplicht bij het aangaan van de borgtochtsovereenkomst heeft geschonden is niet gebleken. Gelet op de hiervoor beschreven gemotiveerde betwisting van Zekerhedenagent en de niet onderbouwde stellingen van [gedaagde] dat sprake is van een geschonden zorgplicht, komt de rechtbank niet toe aan bewijslevering van de stellingen van [gedaagde].

#### *Vexatoir beslag*

4.19. [gedaagde] is tot slot van mening dat Zekerhedenagent onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld, dan wel dat sprake is van misbruik van recht, door onnodig beslag te leggen op een aantal onroerende zaken van [gedaagde].

4.20. In het kort geding vonnis van 14 mei 2020 is door de voorzieningenrechter reeds uitgebreid geoordeeld dat geen sprake is van een vexatoir beslag. [gedaagde] heeft in zijn vordering in reconventie geen nieuwe feiten of omstandigheden aangevoerd waaruit volgt dat sprake is van vexatoir beslag. Bovendien heeft [gedaagde] – zoals Zekerhedenagent ook heeft aangevoerd – nog geen vervangende zekerheid gesteld. Zolang [gedaagde] geen vervangende zekerheid heeft gesteld, hoeft Zekerhedenagent niet tot opheffing van het beslag over te gaan.

*Proceskosten*

4.21. [gedaagde] zal als de in het ongelijk gestelde partij in reconventie in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Zekerhedenagent worden begroot op: (...; *red.*)

*En verder in conventie*

4.22. Nu in reconventie is komen vast te staan dat Zekerhedenagent rechtmatig beslag heeft gelegd, kan zij de kosten van het conservatoir beslag verhalen op [gedaagde]. Deze vordering is gelet op het bepaalde in art. 706 Rv toewijsbaar. (...; *red.*)

*5. De beslissing**De rechtbank**in conventie*

5.1. veroordeelt [gedaagde] om aan Zekerhedenagent te betalen een bedrag van € 50.000,00, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119a BW met ingang van 11 februari 2020 tot de dag van volledige betaling,

5.2. veroordeelt [gedaagde] om aan Zekerhedenagent te betalen een bedrag van € 1.542,75, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW vanaf veertien dagen na dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.3. veroordeelt [gedaagde] in de beslagkosten (...; *red.*),

5.4. veroordeelt [gedaagde] in de proceskosten (...; *red.*),

5.6. verklaart dit vonnis in conventie uitvoerbaar bij voorraad,

*in reconventie*

5.7. wijst de vorderingen af,

5.8. veroordeelt [gedaagde] in de proceskosten (...; *red.*).

**NOOT**

1. Bovenstaand vonnis gaat over crowdfunding en de aansprakelijkheid van een borg voor een parallel debt. Wat dit vonnis interessant maakt, is de geruisloze rechterlijke erkenning van een parallel debt. Daarnaast biedt het vonnis een praktisch inkijkje in het toezicht op en eventuele zorgplichten van crowdfundingplatformen. Buiten beschouwing blijven in deze noot de veelheid aan overige wren van de borg.

2. *Feiten.* De relevante feiten zijn, kort gezegd, als volgt. Collin Crowdfund NV (hierna: het Platform)

biedt mkb-ondernemingen de mogelijkheid om crowdfunding aan te trekken van investeerders. De investeerders blijven daarbij buiten beeld: de mkb-onderneming krijgt alleen te maken met het Platform (dat bemiddelt tussen de mkb-onderneming en de investeerders), Stichting Collin Crowdfund (die als onafhankelijke betaalstichting de kasstromen beheert) en, indien van toepassing, Stichting Zekerhedenagent Collin Crowdfund (hierna: de Zekerhedenagent). De Zekerhedenagent heeft onder meer ten doel om zekerheidsrechten te houden en desnoods uit te winnen ten behoeve van de investeerders. In 2019 geeft een DGA een borgtocht af aan de Zekerhedenagent ter dekking van een parallel debt en de overige schulden van twee leningnemers onder een (gewijzigde) leningovereenkomst. In 2020 wordt wegens betalingsverzuim de leningovereenkomst door het Platform en de Zekerhedenagent opgezegd en de lening opgeëist. Daarnaast spreekt de Zekerhedenagent de borg aan onder de borgtocht en legt de Zekerhedenagent beslag op vastgoed van de borg. In kort geding heeft de borg – zonder succes – opheffing van het beslag gevorderd (zie Rb. Gelderland 14 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2733). In de onderhavige hoofdprocedure vordert de Zekerhedenagent veroordeling van de borg tot betaling. In reconventie vordert de borg (i) een verklaring voor recht dat sprake is van misbruik van recht, althans onrechtmatig handelen door het Platform en/of de Zekerhedenagent en (ii) schadevergoeding van de Zekerhedenagent. De rechtbank wijst de vorderingen van de Zekerhedenagent toe en de vorderingen van de borg in reconventie af. Hierna ga ik in op de overwegingen van de rechtbank ter zake de parallel debt en het toezicht op en de eventuele zorgplichten van de Zekerhedenagent c.q. het Platform.

3. *Parallel debt.* Normaal gesproken is bij een collectief zekerheidsarrangement de rol van de zekerhedenagent beperkt tot de zakelijke zekerheidsrechten (dat wil zeggen de pand- en hypotheekrechten) en worden de persoonlijke zekerheidsrechten (zoals garanties en borgtochten) aan de gezamenlijke leninggevers zelf verstrekt. Echter, in het onderhavige geval is (ook) de borgtocht aan de Zekerhedenagent verstrekt. Ik kan daarvan de logica wel volgen omdat de achterliggende investeerders anoniem zijn (voor de borg althans). De borgtocht dekt, zoals gezegd, onder

meer de parallel debt van de leningnemers aan de Zekerhedenagent.

4. Over de parallel debt is al veel gezegd en geschreven. Kort gezegd, is zij aan het eind van de vorige eeuw geïntroduceerd in de internationale financieringspraktijk als Nederlands alternatief voor de Anglo-Amerikaanse security trust. Zij beoogt veilig te stellen dat bij collectieve zekerheidsarrangementen de zekerheidsrechten kunnen worden verstrekt aan één centrale zekerhedenagent, ook al is die niet zelf de (volledige) leninggever. Dat heeft de voorkeur boven een zekerheidsrecht van alle leninggevers gezamenlijk waarop de regels van gemeenschap van toepassing zijn, met bijbehorende complicaties zoals in het geval van uitwinning. Om centrale zekerheidsverstrekking aan de zekerhedenagent te faciliteren, verkrijgt de zekerhedenagent ter behartiging van de belangen van de gezamenlijke leninggevers een eigen, parallelle vordering die de volledige uitstaande lening spiegelt. De uitstaande lening en de parallelle vordering zijn communicerende vaten; een aflossing van de lening leidt tot een dienovereenkomstige vermindering van de parallelle vordering en vice versa. Vervolgens kan voor de omvang van de volledige lening zekerheid worden verstrekt aan de zekerhedenagent ter dekking van diens eigen, parallelle vordering. Bijkomend voordeel is dat toetreding van nieuwe leninggevers via (buitenlandsrechtelijke) novatie geen problemen oplevert (zie S.C.J.J. Kortmann, M.H.E. Rongen en H.L.E. Verhagen, 'Zekerheidsrechten op naam van een 'trustee'', WPNR 2001/6459 en 6460, p. 814 en J.C. Westermann, 'Kan pandrecht worden gesauveerd bij novatie in de internationale financieringspraktijk?', *TvI* 2003, p. 37 e.v., paragraaf 6). In de literatuur wordt betoogd dat een parallel debt voor centrale zekerheidsverstrekking aan een zekerhedenagent eigenlijk niet nodig is (vgl. Kortmann c.s., a.w., p. 840 e.v. en N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt, *Financiering van de productieketen*, O&R nr. 106, 2019/9.4 en de aldaar genoemde literatuur). De onderliggende gedachte is dat de hoedanigheden van pand-/hypothekhouder enerzijds en leninggevers anderzijds zeer wel kunnen worden gescheiden zonder parallel debt (of alternatieven daarvoor zoals actieve hoofdelijkheid en een borgtochtconstructie; voor meer detail over die alternatieven zie onder meer Kortmann c.s., a.w., p. 816-817), en dat het mogelijk is om activa aan een centrale

zekerhedenagent te verpanden/hypothekeren, ook al is die niet zelf de crediteur van de te dekken vorderingen. De praktijk is echter weerbarstig. Financiers willen nu eenmaal zekerheid en werken veelal, voor alle zekerheid, toch (ook) met een parallel debt, zoals ook het geval was bij de onderhavige crowdfunding.

5. In het bovenstaand vonnis wordt de parallel debt voor zover mij bekend voor het eerst door een Nederlandse rechter erkend. In r.o. 4.3 overweegt de rechtbank dat de Zekerhedenagent de aan haar verstrekte zekerheid tot voldoening van (ook) de parallel debt kon aanspreken en in verband daarmee de borgtocht kon innen. Deze erkenning is inhoudelijk niet baanbrekend. De juridische basis voor de parallel debt is, kort gezegd, het beginsel van contractsvrijheid en de afwezigheid van een dwingendrechtelijke regel die zich ertegen verzet. De heersende leer is al geruime tijd dat een parallel debt geldig is (vgl. GS Verbintenissenrecht, art. 6:15 BW, aant. 15 en de aldaar genoemde literatuur). In de praktijk wordt de parallel debt alom gebruikt bij collectieve zekerheidsarrangementen (ook in andere landen die geen security trust kennen) en heeft het als maatproduct alternatieven zoals de eerder genoemde actieve hoofdelijkheid en borgtochtconstructie naar de achtergrond verdrongen. Toch vervult de erkenning in de rechtspraak een nuttige functie. In prospectussen en legal opinions wordt soms gesteld (nota bene door de opsteller van de parallel debt zelf) dat bij gebreke aan een rechterlijke erkenning van de parallel debt niet helemaal zeker is of de parallel debt en daarmee de bijbehorende zekerheidsrechten rechtsgeldig zijn. De onderhavige erkenning van de parallel debt in de (nu nog lagere) rechtspraak draagt hopelijk bij aan het uiteindelijk opschonen van de desbetreffende risicofactoren in prospectussen en kwalificaties in legal opinions, nog even los van het feit dat een rechterlijke erkenning geen formeel of materieel vereiste is voor de rechtsgeldigheid van een parallel debt.

6. *Toezicht op en zorgplicht van crowdfundingplatforms.* In reconventie stelt de borg dat de Zekerhedenagent als kredietverstrekker een maatschappelijke functie heeft, met bijbehorende algemene en bijzondere zorgplichten jegens de borg, waaronder een onderzoeksplicht. De Zekerhedenagent had volgens de borg moeten onderzoeken of de initiële leningnemer aan zijn verplichtingen kon voldoen en heeft die plicht



verzaakt nu de leningnemer al na anderhalf jaar in betalingsproblemen kwam (r.o. 4.16). De Zekerhedenagent stelt daar tegenover dat zij geen financiële dienstverlener is in de zin van art. 1:1 Wft maar "slechts" een ontheffing heeft om te bemiddelen in opvorderbare gelden. Daarom rust volgens de Zekerhedenagent op haar geen bijzondere zorgplicht en valt zij slechts onder de Wft voor zover het de inrichting van haar interne organisatie betreft (r.o. 4.17). De rechtbank stuurt bij door aan te geven dat de Zekerhedenagent geen kredietverschaffer, maar slechts begunstigde onder de borgtocht is en volgt overigens, kort gezegd, het verweer van de Zekerhedenagent (r.o. 4.18). Hierbij past een aantal kanttekeningen.

7. Allereerst valt op dat de Zekerhedenagent zich lijkt te vereenzelvigen met het Platform. Voor het houden en uitwinnen van zekerheden is geen ontheffing nodig onder de Wft. In het AFM Register crowdfundingplatformen komt de Zekerhedenagent dan ook niet voor, maar wel het Platform, met inderdaad een AFM-ontheffing van het verbod om te bemiddelen bij het aantrekken van opvorderbare gelden (zie art. 4:3 lid 4 Wft). Of een crowdfundingplatform een ontheffing en/of een vergunning nodig heeft onder de Wft, hangt, kort gezegd, af van het type crowdfunding dat wordt gefaciliteerd. In casu gaat het om crowdfunding via leningen. Aan crowdfundingleningen zitten twee kanten. Voor de investeerderskant van de leningen is bovengenoemde AFM-ontheffing nodig voor het bemiddelen bij het aantrekken van opvorderbare gelden, waarover het Platform beschikt. Voor de leningnemerskant was daarnaast een AFM-vergunning nodig geweest voor het verstrekken van krediet als via het Platform ook leningen zouden worden verstrekt aan consumenten, wat echter niet gebeurt (zie art. 2:60 lid 1 jo. art. 1:1, onder de definitie van krediet, Wft). Kortom, het Platform beschikt over de benodigde ontheffing. Voor de andere vormen van crowdfunding en toezicht daarop die de AFM onderscheidt, zie <https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/doelgroepen/crowdfundingplatformen/vergunning-vereisten/vergunning> en L.J. Silverentand en F.W.J. Van der Eerden, *Hoofdlijnen Wft* (R&P nr. FR6) 2018/9.2.

8. In casu suggereert de borg dat het Platform voorafgaand aan de leningverstrekking een kredietwaardigheidstoetsing had moeten uitvoeren en suggereert de Zekerhedenagent dat het Platform ter zake geen bijzondere zorgplicht had om-

dat voor haar slechts interne organisatieregels onder de Wft gelden. Het markante is dat beide gelijk hebben. Voor een vergunninghoudend platform (dat ook leningen aan consumenten faciliteert) gelden algemene en bijzondere zorgplichten onder de Wft. Met het oog op het verweer van de borg springt met name in het oog de kredietwaardigheidstoetsing die een vergunninghoudend platform moet uitvoeren voorafgaand aan de totstandkoming van elke kredietovereenkomst, ter voorkoming van overkreditering van de kredietnemer (zie art. 4:34 Wft, zoals uitgewerkt in art. 113-115 Bgfo). Voor een ontheffinghoudend platform (dat geen leningen aan consumenten faciliteert) gelden dergelijke zorgplichten die leningnemers moeten beschermen uit hoofde van de Wft niet, maar slechts de (open) regels van art. 2, 2a, 2b en 3 Bgfo, die de Zekerhedenagent afdoet als slechts de interne organisatie betreffend (r.o. 4.17). Toch is een ontheffinghoudend platform op grond van die regels net zo goed verplicht om voorafgaand aan elke leningverstrekking een kredietwaardigheidstoetsing uit te voeren (het Platform gaat op haar website ook prat op haar uitgebreide kredietwaardigheidstoetsing). Dit komt door de voorwaarden die de AFM pleegt te verbinden aan de benodigde ontheffing. Zij kan dit doen op basis van art. 1:105 lid 1 onder c jo. art. 102 lid 2 Wft en publiceert de desbetreffende voorwaarden op haar website (zie <https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/doelgroepen/crowdfundingplatformen/vergunning-vereisten/voorschriften>). Met het oog op het verweer van de borg is met name interessant dat een ontheffinghoudend platform (i) wordt verplicht om haar beleid vast te leggen voor, en toe te passen op elke leningaanvraag en (ii) blijkens het AFM ontheffingsaanvraagformulier onder meer haar screeningsproces dient te beschrijven met bijbehorende beoordeling van de afloscapaciteit, het kredietrisico en het minimale en/of maximale leenbedrag. Tussen de kredietwaardigheidstoetsingen die een vergunning- en een ontheffinghoudend platform moet uitvoeren, zit derhalve inhoudelijk weinig licht. Het verschil zit hem erin wiens belangen de toetsing beoogt te beschermen. Bij een vergunninghoudend platform zijn dat (mede) de belangen van kredietnemers en bij een ontheffinghoudend platform zijn het (uitsluitend) de belangen van investeerders. Hieruit kan men inderdaad (zoals de Zekerhedenagent stelt en de rechtbank be-

aamt) afleiden dat op een ontheffinghoudend platform zoals het Platform geen bijzondere zorgplicht jegens leningnemers rust uit hoofde van de Wft tot het doen van een kredietwaardigheids-toetsing (hoewel het Platform op haar website uitgebreider ingaat op haar kredietwaardigheids-toetsing op het tabblad voor leningnemers dan op het tabblad voor investeerders). Wel zou nog sprake kunnen zijn van een civielrechtelijke zorgplicht, op basis van bovengenoemde voorschriften of hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Het hier geschetste verschil in zwaarte van toezicht op vergunning- en ontheffinghoudende platformen, en haar beperkte mandaat ter zake, zit de AFM overigens niet lekker, en zij uitte recentelijk haar zorgen over de kwetsbaarheid van mkb-leningnemers (zie <https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/nieuws/2021/april/mkb-gebaat-volwassen-financiering>).

9. Ten slotte, in het vonnis komt niet aan bod of het Platform in dit geval een adequate kredietwaardigheidstoetsing heeft uitgevoerd. Stel van niet en dat dat als geldig verweer kan worden ingeroepen jegens het Platform en/of de investeerders. Levert dit dan ook voor de borg een verweer op jegens de Zekerhedenagent? Hieraan zitten twee kanten. Ten eerste maakt het wat mij betreft niet uit dat de Zekerhedenagent, zoals de rechtbank terecht stelt, slechts begunstigde is van de borgtocht en derhalve niet zelf heeft nagelaten om een adequate kredietwaardigheidstoetsing uit te voeren. Het zou mijns inziens naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn als de borg vanwege de parallelle debt verweermiddelen die hij kan invoeren jegens het Platform en/of de investeerders, niet zou kunnen invoeren jegens de Zekerhedenagent. Voor het optrekken van een dergelijke, extra beschermingswal is de parallelle debt niet bedoeld. Ten tweede is het hierboven genoemde verweer primair een verweer van de leningnemers en ga ik ervan uit dat de borgtocht zoals gebruikelijk voorzorg in een afstand door de (zakelijke) DGA borg van zijn rechten uit hoofde van onder meer art. 7:852 lid 1 BW. Een dergelijke afstand zou betekenen dat de borg geen werven van de leningnemers kan invoeren en is onderworpen aan het adagium dat ook geldt voor garanten onder onafhankelijke betaalgaranties: "pay first, talk later". Dat laat onverlet dat voor zover de leningnemers voornoemd verweermid-

del later alsnog met succes invoeren tegen het Platform, de investeerders en/of de Zekerhedenagent, de borg het door hem eventueel onder de borgtocht te veel betaalde kan terugvorderen als onverschuldigd betaald.

mr. J.C. Westermann  
advocaat bij Rutgers & Posch te Amsterdam

## 129

### Patronaatsverklaring met omwisselbepaling

Kantonrechter Rechtbank Noord-Holland zp  
Haarlem  
27 oktober 2020, zaaknr. 8680955\VV EXPL  
20-123, ECLI:NL:RBNHO:2020:8692  
(mr. De Greef)  
Noot mr. R.I.V.F. Bertrams

**Internationaal privaatrecht. Huurovereenkomst bedrijfsruimte (hotel) met concerngarantie met omwisselbepaling. Bevoegdheid Nederlandse rechter. Toepasselijk recht. Uitleg garantie. Garantieverlener heeft verweermiddelen uit achterliggende overeenkomst. Coronacrisis is onvoorziene omstandigheid ex art. 6:258 BW. Hoogte concerngarantie wordt niet beperkt door maximumbedrag in bankgarantie. Verwijzing naar HR 25 september 1998, «JOR» 1999/22 (Haefner/ABN AMRO).**

[Brussel I-bis art. 24 lid 1, 25; Rome I art. 3 lid 1; BW art. 6:74, 6:258, 7:850]

*Op grond van art. 24 lid 1 Brussel I-bis zijn, ongeacht de woonplaats van partijen, voor huur en verhuur van onroerende goederen bij uitsluiting bevoegd de gerechten van de lidstaat waar het onroerend goed gelegen is. Eiseres heeft haar vorderingen gebaseerd op de concerngarantie die Plaza Hotelgroup aan haar heeft afgegeven. De garantie houdt, kort weergegeven, in dat Plaza Hotelgroup verklaart ervoor te zorgen dat Hotel 2020 haar huidige en toekomstige verplichtingen uit hoofde van de huurovereenkomst jegens eiseres altijd op tijd kan nakomen. Daarbij wordt expliciet verwezen naar de huurovereenkomst. Hiermee geldt dat Plaza Hotelgroup zich garant*