

132

Verwijzing naar schadestaatprocedure ook mogelijk bij verplichting van borg ex art. 7:854 BW

Hoge Raad
8 januari 2021, nr. 19/05650,
ECLI:NL:HR:2021:38
(mr. Snijders, mr. Wattendorff, mr. Lock)
(Concl. A-G Valk)
Noot mr. G.J.L. Bergervoet

Borgtochtvereenkomst. Verplichting van borg ex art. 7:854 BW. Art. 612 Rv kan ook worden toegepast indien de verplichting van de borg berust op art. 7:854 BW. Verwijzing naar onder meer HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU6050 en HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1674.

[BW art. 7:850, 7:854; Rv art. 612]

Op de voet van art. 612 Rv kan de rechter een veroordeling uitspreken tot schadevergoeding op te maken bij staat, indien begroting van de schade in het vonnis niet mogelijk is. De regeling van de schadestaatprocedure sluit aan bij afdeling 6.1.10 BW betreffende de wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding (HR 9 december 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD5717 en HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1674). Art. 612 Rv is in beginsel dan ook alleen van toepassing op wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, zoals die uit wanprestatie en onrechtmatige daad, en niet indien uit een rechtshandeling een primaire verplichting tot schadevergoeding voortvloeit en deze verplichting niet wordt nagekomen (HR 27 februari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC2599 en HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU6050). In deze zaak is geen sprake van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding van eiseres (tot cassatie), maar vloeit de verplichting van eiseres voort uit de overeenkomsten tot borgtocht tussen eiseres en de gemeenten.

In het geval van een overeenkomst van borgtocht verbindt de borg zich tegenover de schuldeiser tot nakoming van een verbintenis die de hoofdschuldenaar tegenover de schuldeiser heeft of zal krij-

gen (art. 7:850 lid 1 BW). De borg en de hoofdschuldenaar zijn gehouden tot betaling van dezelfde schuld en de verplichting van de borg is in beginsel dezelfde als die van de hoofdschuldenaar. Indien de verbintenis van de hoofdschuldenaar strekt tot iets anders dan tot betaling van een geldsom, geldt de borgtocht voor de vordering tot schadevergoeding in geld, verschuldigd op grond van niet-nakoming van die verbintenis, tenzij uitdrukkelijk anders is bedongen (art. 7:854 BW). Met laatstgenoemde bepaling is beoogd om duidelijk te maken dat in een dergelijk geval van de borg geen nakoming, maar slechts schadevergoeding kan worden gevorderd. De verplichting tot betaling van schadevergoeding van de borg is in dat geval dezelfde verplichting tot betaling van schadevergoeding als die, welke op de hoofdschuldenaar rust. Voorts is daarmee beoogd om een subtiel onderscheid te vermijden tussen de vervangende schadevergoeding die de borg verschuldigd zou kunnen worden uit hoofde van zijn eigen tekortschieten in de nakoming van de verbintenis tot de desbetreffende prestatie, en de schadevergoeding die de hoofdschuldenaar – al of niet na ontbinding – verschuldigd wordt.

Uit hetgeen hiervoor is overwogen, volgt dat de verplichting tot schadevergoeding die op grond van art. 7:854 BW op de borg rust, betrekking heeft op dezelfde verplichting tot schadevergoeding als die, welke rust op de hoofdschuldenaar wegens het niet-nakomen van zijn verbintenis jegens de schuldeiser. Gelet op de aldus bestaande verbondenheid van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding van de hoofdschuldenaar en de verplichting tot schadevergoeding van de borg op grond van art. 7:854 BW, brengt een redelijke en op de praktijk afgestemde wetstoepassing mee dat op de hiervoor genoemde regel van art. 612 Rv een uitzondering moet worden aanvaard met betrekking tot laatstgenoemde verplichting. Art. 612 Rv kan derhalve ook worden toegepast indien, zoals in dit geval, de verplichting tot schadevergoeding van de borg berust op art. 7:854 BW.

*Holding A BV,
eiseres tot cassatie,
advocaten: mr. A.C. van Schaick en mr. N.E. Groeneveld-Tijssens,
tegen*

1. *Gemeente Eindhoven te Eindhoven,*
2. *Gemeente Best te Best,*

en 4 andere gemeenten verweerster in cassatie, advocaten: mr. T.T. van Zanten en mr. K.W.C. Geurts.

Conclusie Advocaat-Generaal
(mr. Valk)

1. Inleiding en samenvatting

1.1. Deze zaak betreft een borgtocht voor een wettelijke verplichting tot schadevergoeding van de hoofdschuldenaar. Het hof heeft voor recht verklaard dat de Holding zich jegens de Gemeenten borg heeft gesteld voor de nakoming van de verplichtingen van de hoofdschuldenaar uit hoofde van vervoerovereenkomsten, alsook dat de Holding zich daarmee heeft verplicht de schade(vergoeding) te betalen die de hoofdschuldenaar verschuldigd is vanwege het tekortschieten in haar verplichtingen uit de vervoerovereenkomsten. De door de rechtbank uitgesproken verwijzing naar de schadestaatprocedure is door het hof in stand gelaten.

1.2. Het cassatiemiddel voert onder meer aan dat met betrekking tot de verbintenis van een borg geen verwijzing naar de schadestaatprocedure toegelaten is. Mijns inziens slaagt geen van de klachten van het middel.

2. Feiten en procesverloop

2.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan:¹

(i) De Holding was indirect (via [B] Beheer B.V.) enig aandeelhouder van [C] B.V. (hierna: [C]). De Holding is daarnaast enig aandeelhouder van Combinet Personenvervoer B.V. (hierna: Combinet).

(ii) De Gemeenten maken deel uit van het Samenwerkingsverband Regio Eindhoven. Zij hebben in 2013 een Europese aanbesteding uitgeschreven voor een collectief vraagafhankelijk vervoerssysteem in hun gemeenten. Dit vervoerssysteem wordt “Taxbus” genoemd en is gericht op bepaalde doelgroepen, zoals ouderen en mensen met een beperking.

(iii) In het aanbestedingsdocument is de volgende bepaling opgenomen:

“Wanneer er wordt ingeschreven vanuit een holding mag geen ander bedrijf uit diezelfde holding (of de holding zelf) inschrijven. Wanneer de jaarrekening van de inschrijver geconsolideerd is moet de holding zich volledig en onvoorwaardelijk garant stellen voor de nakoming van de verplichtingen die uit de af te sluiten overeenkomst voortvloeien.”

(iv) Ten behoeve van de inschrijving op de aanbesteding door [C] heeft de Holding de volgende verklaring ondertekend:

“Ondergetekende verklaart dat zij zich, in het geval van gunning van de opdracht aan [C] B.V., volledig en onvoorwaardelijk garant stelt voor de nakoming van de verplichtingen die uit de af te sluiten overeenkomst voortvloeien.”

(v) De aanbestede opdracht is aan [C] gegund en zij heeft hierop met elk van de gemeenten afzonderlijk een – identieke – overeenkomst gesloten. De looptijd van de overeenkomst was steeds van 16 december 2013 tot en met 28 februari 2018, waarbij de Gemeenten de mogelijkheid hadden om de overeenkomst eenzijdig met maximaal twee jaar te verlengen. De definitieve einddatum van de overeenkomsten was bepaald op 29 februari 2020 en de overeengekomen prijs per declarabele zone bedroeg steeds € 5,— exclusief BTW.

(vi) Zoals voorzien in de aanbestedingsstukken zijn de Gemeenten naast de overeenkomst met [C] elk voor zich een zogenoemde “reservebankovereenkomst” aangegaan met de tweede beste inschrijver op de aanbesteding: Connexion Taxi Services B.V. (hierna: Connexion). Deze reservebankovereenkomst houdt in dat, indien [C] de overeenkomst (na in gebreke te zijn gesteld) niet behoorlijk nakomt, de Gemeenten de opdracht voor de resterende looptijd kunnen gunnen aan Connexion. Dit gebeurt dan onder dezelfde voorwaarden als die met [C] zijn overeengekomen, zij het dat de bij de inschrijving door Connexion geoffreerde en geïndexeerde prijzen gelden. De Gemeenten kunnen bij ontbinding van de overeenkomst met [C] ook besluiten om de opdracht opnieuw aan te besteden. De reservebankovereenkomst is aangegaan voor de duur van één jaar en deze is vervolgens verlengd tot en met december 2015.

(vii) Op 4 juni 2015 is door [C] een “pre-pack” aangevraagd. Op 17 juni 2015 is aan [C] surseance van betaling verleend.

(viii) Op 18 juni 2015 en op 24 juni 2015 heeft overleg plaatsgevonden tussen [C], de bewind-

1 Vergelijk het arrest van het hof 's-Hertogenbosch van 17 september 2019 onder 3.1.1-3.1.12.

voerders en de Gemeenten. De bewindvoerders werden in de gelegenheid gesteld om op korte termijn een geschikte overnamekandidaat te vinden voor [C].

(ix) Bij vonnis van 26 juni 2015 is [C] in staat van faillissement verklaard.

(x) Op 28 juni 2015 is tussen de curatoren van [C] en de Holding een principeovereenkomst bereikt inhoudende dat Combinet de overeenkomst met de Gemeenten zal overnemen en dat de Holding aan Combinet een werkkapitaal van € 400.000,— zal verschaffen.

(xi) De Gemeenten hebben de curatoren van [C] per brief van 3 juli 2015 laten weten dat zij de overeenkomst met [C] per 3 augustus 2015 ontbinden en dat het Taxbusvervoer vanaf dan door Connexxion zal worden uitgevoerd. Feitelijk heeft Connexxion het Taxbusvervoer met ingang van 1 augustus 2015 overgenomen.

(xii) Connexxion heeft vanaf 1 augustus 2015 het Taxbusvervoer verzorgd voor een bedrag van € 5,49 per zone.

2.2. Bij dagvaarding van 21 oktober 2015 hebben de Gemeenten de Holding gedagvaard en zich op het standpunt gesteld dat de Holding aansprakelijk is voor de schade die zij hebben geleden doordat [C] vanaf augustus 2015 niet meer in staat was het Taxbusvervoer te verzorgen. De Gemeenten hebben (1) een verklaring voor recht gevorderd, primair dat de Holding jegens de Gemeenten is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenis op grond van de garantieverklaring en aansprakelijk is voor de schade die de Gemeenten daardoor hebben geleden, en subsidiair dat de Holding zich jegens de Gemeenten borg heeft gesteld voor de nakoming van de verplichtingen door [C] uit hoofde van de vervoerovereenkomsten en de Holding zich daarmee heeft verplicht de schade(vergoeding) te betalen die [C] als hoofdschuldenaar verschuldigd is vanwege het tekortschieten in haar verplichtingen uit de overeenkomst. Daarnaast hebben de Gemeente onder meer gevorderd: (2) een verklaring voor recht dat de schade die de Gemeenten hebben geleden en lijden niet (mede) een gevolg is van een omstandigheid die aan hen kan worden toegerekend als bedoeld in art. 6:101 BW; (3) veroordeling van de Holding tot vergoeding van de aldus door de Gemeenten geleden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet; (4) veroordeling van de Holding tot betaling van een voor-

schot ad € 90.000,— ter zake van de verschuldigde schadevergoeding.

2.3. Bij eindvonnis van 28 december 2016 heeft de rechtbank Oost-Brabant, zittingsplaats Eindhoven, de primaire vordering sub 1 van de Gemeenten toegewezen, met dien verstande dat de rechtbank de aansprakelijkheid van de Holding heeft beperkt tot de schade die de Gemeenten hebben geleden over de periode van 1 augustus 2015 tot en met 28 februari 2018. De rechtbank heeft ook andere vorderingen van de Gemeenten toegewezen, waaronder de hiervoor vermelde vorderingen sub 2 en 3.

2.4. Bij appeldagvaarding van 4 april 2017 heeft de Holding hoger beroep ingesteld. De Gemeenten hebben in hoger beroep hun eis vermeerderd wat betreft het voorschot, aldus dat zij een voorschot ad € 380.000,— hebben gevorderd.

2.5. Bij arrest van 17 september 2019² heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch het vonnis van de rechtbank uitsluitend vernietigd voor zover daarbij de primaire vordering sub 1 is toegewezen en de subsidiaire vordering sub 1 is afgewezen. Opnieuw recht doende heeft het hof voor recht verklaard dat de Holding zich jegens de Gemeenten borg heeft gesteld voor de nakoming van de verplichtingen door [C] uit hoofde van de vervoersovereenkomsten en dat de Holding zich daarmee heeft verplicht de (schade)vergoeding te betalen die [C] als hoofdschuldenaar verschuldigd is vanwege het tekortschieten in haar verplichtingen uit de vervoerovereenkomsten. Anders dan de rechtbank heeft het hof de aansprakelijkheid van de Holding niet tot een bepaalde periode beperkt. Het hof heeft het vonnis voor het overige bekrachtigd. De dragende overwegingen van het arrest van het hof laten zich als volgt samenvatten: a. Kern van het geschil is de uitleg van de garantieverklaring die door de Holding is ondertekend ten behoeve van de inschrijving door [C] op de aanbesteding van het Taxbusvervoer. Volgens de Holding moet de garantieverklaring zo worden uitgelegd dat zij zich als borg heeft verbonden om de verplichtingen uit de met [C] gesloten vervoersovereenkomsten na te komen indien [C] daartoe niet meer in staat zou zijn. Volgens de Gemeenten heeft de Holding met de garantieverklaring gegarandeerd dat [C] haar verplichtingen uit de overeenkomst zou nakomen. Nu [C] daartoe niet

2 ECLI:NL:GHSHE:2019:3434.

meer in staat is, is de Holding tekort geschoten in de nakoming van haar garantieverplichting en jegens de Gemeenten schadeplichtig. (onder 3.8.1)

b. De uitleg van de aanbestedingsstukken dient naar objectieve maatstaven plaats te vinden. (onder 3.8.4-3.8.6)

c. Een objectieve uitleg van de garantieverklaring leidt tot de conclusie dat de Holding zich tegenover de Gemeenten heeft verbonden voor de nakoming door [C] van de verplichtingen die voor [C] voortvloeien uit de met de Gemeenten gesloten vervoerovereenkomsten, zodat op grond van art. 7:850 lid 1 BW sprake is van overeenkomsten van borgtocht tussen de Holding en de Gemeenten. Op grond van art. 7:854 BW geldt dat indien de verbintenis van de hoofdschuldenaar strekt tot iets anders dan tot betaling van een geldsom, de borgtocht geldt voor de vordering tot schadevergoeding in geld, verschuldigd op grond van niet-nakoming van die verbintenis, tenzij uitdrukkelijk anders is bedongen. Nu de verbintenis van [C] niet strekt tot betaling van een geldsom, maar tot het verzorgen van vervoer, geldt de borgtocht van de Holding slechts voor de schadevergoedingsverplichting in geval van niet-nakoming door [C]. Anders dan de Holding stelt, volgt uit de vervoerovereenkomst noch uit de garantieverklaring dat partijen uitdrukkelijk zijn afgeweken van het bepaalde in art. 7:854 BW in de zin dat de Holding in geval van niet-nakoming door [C] zelf voor de uitvoering van de vervoerovereenkomst diende zorg te dragen. Art. 7:854 BW vereist dat een eventuele afwijking uitdrukkelijk geschiedt, juist om duidelijkheid te bieden in situaties waarin de gewaarborgde verbintenis verplicht tot een andere prestatie dan de betaling van een geldsom en het dan onduidelijk kan zijn waarop de borgtocht ziet. (onder 3.8.7)

d. De Holding heeft aangevoerd dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het feit dat [C] failliet is gegaan, betekent dat de Holding is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichting uit de garantievereenkomst. Dat is op zich juist, maar de Holding miskent hiermee dat de Gemeenten hebben gesteld dat hun door de curatoren te verstaan was gegeven dat *als gevolg van* [cursivering conform origineel] het faillissement [C] op korte termijn niet meer in staat was om het vervoer te verzorgen. Dit heeft de Holding niet dan wel onvoldoende gemotiveerd weersproken. Dit betekent dat de Holding, op grond van de door de Holding afgegeven borgtocht, jegens de

Gemeenten aansprakelijk is voor de schade die de Gemeenten als gevolg van de tekortkoming van [C] hebben geleden. (onder 3.8.8)

e. De primaire vordering van de Gemeenten is ten onrechte toegewezen. Het bestreden vonnis zal in zoverre worden vernietigd. De subsidiaire vordering van de Gemeenten wordt echter wel toegevoegd. Voor het overige falen de grieven van de Holding voor zover deze betrekking hebben op de uitleg van de garantieverklaring en daarmee samenhangen. (onder 3.8.9)

f. De Holding bestrijdt dat zij aansprakelijk is voor de schade die de Gemeenten hebben geleden als gevolg van het hogere tarief dat Connexxion in rekening brengt voor het Taxbusvervoer. Omdat de Holding heeft aangeboden het Taxbusvervoer te laten uitvoeren door Combinet op basis van de tarieven en verdere condities die met [C] waren overeengekomen hebben de Gemeenten, aldus de Holding, geen schade, althans ontbreekt het causaal verband, dan wel behoren de Gemeenten de gestelde schade zelf te dragen vanwege eigen schuld. (onder 3.9.1)

g. De Gemeenten stellen zich op het standpunt dat het hun, op basis van het in 2015 geldende aanbestedingsrecht en de met Connexxion gesloten reservebankovereenkomst, niet vrijstond om in te gaan op het aanbod van de Holding om het Taxbusvervoer na het faillissement van [C] te laten uitvoeren door Combinet. Zij stellen verder dat zij ook uit het oogpunt van continuïteit van het Taxbusvervoer hebben gekozen en mochten kiezen voor Connexxion. Continuïteit van het Taxbusvervoer was belangrijk omdat het om een kwetsbare groep klanten gaat. De continuïteit was onzeker met een doorstart via Combinet gezien het magere, kwetsbare businessplan. De Gemeenten leggen het voorgaande mede ten grondslag aan hun vordering dat voor recht wordt verklaard dat de schade die zij lijden niet een gevolg is van een omstandigheid die aan hen kan worden toegerekend als bedoeld in art. 6:101 BW. (onder 3.9.2)

h. Aangezien de overeenkomst met [C] wegens tekortkoming van [C] werd ontbonden, stond het de Gemeenten vrij om, op grond van de reservebankovereenkomst, de opdracht voor de resterende looptijd van de opdracht te gunnen aan Connexxion. Vaststaat dat [C] niet meer in staat was het overeengekomen vervoer uit te voeren en niet weersproken is dat het ging om vervoer van een kwetsbare groep klanten. Naar het oordeel van

het hof kan de Gemeenten daarom niet worden verweten dat zij van de mogelijkheid van het gunnen van de resterende opdracht aan Connexxion daadwerkelijk gebruik heeft gemaakt. De Holding heeft weliswaar gesteld dat Combinet in staat was op zeer korte termijn alle verplichtingen van [C] over te nemen maar zij heeft dat niet onderbouwd met concrete feiten waaruit zou volgen dat Combinet voldeed aan de geschiktheidseisen die bij de aanbesteding waren gesteld en waaruit volgt dat Combinet in tegenstelling tot [C], wel financieel in staat zou zijn de overeenkomst met de Gemeenten, ook op de langere termijn, uit te voeren. Het hof gaat voorbij aan de stelling van de Holding dat de Gemeenten zonder noodzaak het aanbod van de Holding om het vervoer te laten uitvoeren door Combinet hebben verworpen en hebben gekozen voor Connexxion, omdat deze stelling onvoldoende is gemotiveerd. Gelet op het voorgaande kan in het midden blijven of het aanbestedingsrecht in 2013 of 2015 zich tegen de overname van het contract door Combinet verzet, zoals door de Gemeenten is gesteld en door de Holding is betwist. (onder 3.9.4)

i. Vaststaat dat sprake is van een causaal verband tussen de tekortkoming van [C] en de schade van de Gemeenten bestaande uit de meerkosten van het inschakelen van Connexxion. Onvoldoende weersproken is de stelling van de Gemeenten dat de schade niet het gevolg is van een omstandigheid die aan de Gemeenten kan worden toegerekend in de zin van art. 6:101 BW. Voor de grondslag van haar beroep op de corrigerende werking van de redelijkheid en billijkheid heeft de Holding verwezen naar haar argumenten voor eigen schuld, zodat dit beroep om de hiervoor gegeven redenen faalt. Ten slotte heeft de Holding een beroep gedaan op matiging van de toe te kennen schadevergoeding tot nihil. Dit staat een verwijzing naar de schadestaatprocedure niet in de weg en zal daar aan de orde moeten komen. Grief VII faalt. (onder 3.9.5)

j. De Gemeenten hebben de mogelijkheid van verlenging van de overeenkomst en dus de mogelijkheid dat zij ook na 28 februari 2018 schade hebben geleden, voldoende aannemelijk gemaakt. Of deze schade ook daadwerkelijk is geleden en op de voet van art. 6:98 BW volledig aan de Holding kan worden toegerekend, zal moeten worden beoordeeld in de schadestaatprocedure. In zoverre slaagt de eerste grief in het incidenteel appel. De subsidiair gevorderde verklaring voor recht

zal worden toegewezen met dien verstande dat de aansprakelijkheid niet zal worden vastgesteld voor een bepaalde periode. (onder 3.10.2)

k. De Holding heeft erop gewezen dat tussen Connexxion en de Gemeenten in 2015 onderhandelingen hebben plaatsgevonden over de verhoging van het zonetarief en dat partijen zijn uitgekomen op een nieuw tarief van € 6,45 per zone. De Holding stelt zich op het standpunt dat zij vanaf die datum niet meer schadeplichtig is jegens de Gemeenten omdat er geen sprake meer is van een causaal verband tussen de door de Gemeenten geleden schade en haar tekortschieten in de nakoming van de garantieverplichting. Uit de stellingen van de Holding volgt niet zonder meer dat [C] aanspraak had kunnen maken op hetzelfde tarief als Connexxion, zodat de stelling dat de Gemeenten vanaf het moment van de tariefsverhoging geen schade hebben geleden die in causaal verband staat met de tekortkoming van [C] gepasseerd kan worden. Of en in welke mate schade is geleden zal moeten worden beoordeeld in de schadestaatprocedure. (onder 3.11.1-3.11.3)

l. Er is geen aanleiding om een hoger bedrag aan voorschot vast te stellen dan in eerste aanleg was gevorderd en door de rechtbank was toegewezen. De vermeerderde eis in hoger beroep zal daarom worden afgewezen. (onder 3.12)

m. Hoewel de grieven van de Holding deels slagen, is de Holding in eerste aanleg in overwogene mate in het ongelijk gesteld. De grief tegen de proceskosten slaagt dan ook niet. (onder 3.13)

n. Het hof zal de Holding als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij verwijzen in de kosten van zowel het principaal als het incidenteel appel. (onder 3.14)

2.6. Bij procesinleiding van 16 december 2019 – en daarmee tijdig – heeft de Holding beroep in cassatie ingesteld. De Gemeenten hebben verweer gevoerd. Partijen hebben de zaak schriftelijk doen toelichten. De Holding heeft gerepliceerd.

3. *Bespreking van het cassatiemiddel*

3.1. Het cassatiemiddel bestaat uit drie onderdelen.

3.2. *Onderdeel 1* houdt in dat het hof blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting doordat het, nadat het in rechtsoverweging 3.8.7 had geconcludeerd dat de Holding en de Gemeenten een overeenkomst hebben gesloten waarbij de Holding zich borg stelt voor de nakoming van de schadevergoedingsverbintenis die door een toere-

kenbare tekortkoming van [C] ontstaat, vervolgens in het slot van rechtsoverweging 3.8.8 heeft overwogen dat de Holding op grond van de overeenkomst van borgtocht “jegens de gemeenten aansprakelijk is voor de schade die de Gemeenten als gevolg van de tekortkoming van [C] hebben geleden”. Een onjuiste opvatting omtrent het recht zou ook blijken uit de bekrachtiging in het dictum van de door de rechtbank uitgesproken veroordeling tot vergoeding van de onder 5.1 bedoelde schade, “nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet”. Volgens de klacht kan de omvang van een vordering tot nakoming van een primaire verbintenis uit overeenkomst niet in een schadestaatprocedure worden begroot en had het hof de Gemeenten daarom in zoverre in hun vorderingen niet-ontvankelijk moeten verklaren. Het onderdeel houdt verder in dat, als het hof heeft gemeend dat de borgtochtovereenkomst of een andere overeenkomst (mede) inhoudt dat de omvang van het bedrag dat de Holding krachtens de overeenkomst van borgtocht aan de Gemeenten moet voldoen, zal worden opgemaakt in een schadestaatprocedure, het oordeel van het hof onbegrijpelijk is.

3.3. Ik bespreek eerst de klacht met betrekking tot de verwijzing naar de schadestaatprocedure. Juist is dat naar de huidige stand van het recht uitgangspunt is dat verwijzing naar de schadestaatprocedure alleen mogelijk is wat betreft wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding in de zin van afdeling 10 van titel 1 van Boek 6 BW en dus niet voor verplichtingen tot schadevergoeding die rechtstreeks op een rechtshandeling berusten. Dit uitgangspunt geldt zo sinds een arrest van uw Raad van 9 december 1988.³ Tot dat arrest luidde de heersende leer anders.⁴ De nieuwere literatuur⁵

aanvaardt het bedoelde uitgangspunt als een gegeven en legt de nadruk op nuanceringen die de nadelen ervan kunnen verzachten. Algemeen is namelijk het inzicht dat ook wat betreft verplichtingen tot schadevergoeding die rechtstreeks op een rechtshandeling berusten, zeg *contractuele* verplichtingen tot schadevergoeding, zoals in geval van schadeverzekering, het veelal nuttig is dat de rechter slechts uitmaakt of een verbintenis tot vergoeding van de schade bestaat. Wordt die vraag bevestigend beantwoord, dan blijken partijen vervolgens in de meeste gevallen in staat om het over de omvang van de te vergoeden schade eens te worden. Het volstaat dat, als stok achter de deur, een tweede procedure mogelijk is, nu uitsluitend over de schadeomvang.

3.4. De bedoelde nuanceringen zijn de volgende:

1. In het geval van een contractuele verplichting tot schadevergoeding kan een verklaring voor recht worden gevorderd dat de wederpartij in beginsel tot betaling gehouden is, zo vaak als bij zo'n verklaring voldoende belang bestaat.⁶ Aldus kan een resultaat worden bereikt dat sterk vergelijkbaar is met een verwijzing naar de schadestaatprocedure.

2. Partijen kunnen overeenkomen dat de schadestaatprocedure op een contractuele verplichting tot schadevergoeding van toepassing is, in het geval begroting van de schade redelijkerwijs nog niet mogelijk is.⁷ Het hiervoor bedoelde uitgangspunt betreft dus aanvullend recht. Als ik het goed zie is deze nuancing in de rechtspraak van uw Raad tot nu toe enkel benoemd voor overeenkomsten van schadeverzekering, maar ik zie geen reden waarom voor andere contractuele verplichtingen tot schadevergoeding iets anders zou gelden. Wel geldt uiteraard ook in het geval van een bedongen bevoegdheid om verwijzing naar de schadestaatprocedure te vorderen, dat bij een metterdaad aldus ingerichte vordering voldoende belang moet bestaan (art. 3:303 BW).

3. Met een zodanige overeenkomst kan worden gelijk gesteld het geval dat uit een ondubbelzinnige stellingname van een procespartij volgt dat

3 HR 9 december 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD5717, NJ 1989/397 m.nt. J.B.M. Vranken. In gelijke zin onder meer HR 7 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2099, NJ 1996/583 (ICNA/ALM) en HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU6060, NJ 2006/32.

4 Vergelijk de (kritische) annotatie van J.B.M. Vranken, NJ 1989/397, met verwijzingen naar literatuur. Kritisch naar aanleiding van het arrest van 23 december 2005: M.M. Stolp, De toepasselijkheid van de schadestaatprocedure, MvV 2006/9, p. 157-158.

5 T.F.E. Tjong Tjin Tai, De schadestaatprocedure (BPP nr. 14) 2012/407 e.v.; M.B. Beekhoven van den Boezem, GS Burgelijke Rechtsvordering, art. 612 Rv, aant. 1.

6 Dit alternatief wordt in het arrest van 9 december 1988 uitdrukkelijk benoemd. Zie de laatste alinea van rechtsoverweging 3.2.

7 HR 7 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2099, NJ 1996/583 (ICNA/ALM); HR 27 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2599, NJ 1998/511.

deze zich met de door de wederpartij gemaakte keuze voor verwijzing naar de schadestaatprocedure heeft verenigd.⁸

4. In het verlengde hiervan geldt dat als een rechter naar de schadestaatprocedure heeft verwezen in een geval waarin dit in beginsel niet mogelijk was, maar partijen daarover niet klagen, dit aan de geldigheid van de verwijzing niet afdoet.⁹

3.5. Ik keer terug naar het onderdeel. Hoewel de klachten vertrekken vanuit het op zichzelf juiste uitgangspunt dat verwijzing naar de schadestaatprocedure alleen mogelijk is wat betreft wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding in de zin van afdeling 6.1.10 BW, treffen zij mijns inziens geen doel.

3.6. De rechtbank had voor recht verklaard dat de Holding jegens de Gemeenten is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenis op grond van de garantieverklaring en dat de Holding aansprakelijk is voor de schade die de Gemeenten daardoor hebben geleden en lijden (dictum onder 5.1, met een beperking in periode die nu niet van belang is). Daarnaast had de rechtbank de Holding veroordeeld tot vergoeding aan de Gemeenten “van de onder 5.1 bedoelde schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet” (dictum onder 5.3). Uit de wijze waarop het hof de diverse door de Holding in hoger beroep opgeworpen grieven bespreekt, volgt dat het hof die grieven aldus heeft uitgelegd, dat zij zich wel richten tegen de verklaring voor recht onder 5.1 van het dictum, alsook tegen de veroordeling tot schadevergoeding, maar *niet* (zelfstandig) tegen de verwijzing naar de schadestaatprocedure. De rechtsklacht van het onderdeel stuit hierop af. Dat ook het grievensstelsel ertoe kan leiden dat een verwijzing naar de schadestaatprocedure geldig is, ook indien zou moeten worden aangenomen dat die verwijzing in beginsel niet mogelijk was, ligt geheel in het verlengde van de hiervoor onder 3.4 sub 3 en 4 bedoelde nuanceringen.

3.7. De motiveringsklacht van het onderdeel mist feitelijke grondslag. Er bestaat geen enkele aanleiding voor een lezing volgens welke het hof heeft aangenomen dat partijen de mogelijkheid van verwijzing naar de schadestaatprocedure zijn *overeengekomen*. In plaats daarvan heeft het hof de grieven aldus verstaan dat tegen de verwijzing naar de schadestaatprocedure als zodanig niet werd opgekomen. Ten overvloede merk ik op dat deze uitleg van de grieven mij alleszins begrijpelijk voorkomt. Grief VII richt zich tegen de rechtsoverwegingen 4.16 tot en met 4.20 van het eindvonnis van de rechtbank. In de tweede zin van rechtsoverweging 4.20 kondigt de rechtbank aan de zaak wat betreft de schade te zullen doorverwijzen naar een schadestaatprocedure “zoals gevorderd”. De toelichting op de grief verwijst naar de randnummers 76 tot en met 87 van de conclusie van antwoord en houdt verder in dat de rechtbank een onjuiste uitleg aan de garantieverklaring heeft gegeven. Volgens die toelichting bestaat er geen schadevergoedingsplicht. Een bezwaar tegen verwijzing naar de schadestaatprocedure – verondersteld dat wél een verplichting tot vergoeding van schade bestaat – lees ik in de memorie van grieven niet. Ook in de alinea’s uit de conclusie van antwoord waarnaar wordt verwezen, lees ik een zodanig bezwaar niet. De memorie van grieven bevat ook geen grief die zich richt tegen het dictum van het vonnis van de rechtbank onder 5.3.

3.8. Wat betreft dit laatste (geen grief tegen het dictum) zou men aldus kunnen redeneren dat zo’n grief niet nodig was, omdat de verwijzing naar de schadestaatprocedure voortbouwt op de door de rechtbank aanvaarde grondslag voor de verplichting van de Holding om de schade van de Gemeenten te vergoeden (garantie) en dat het hof naar aanleiding van de aanvaarding van de tegen die grondslag gerichte grief en zijn beslissing dat wel sprake is van een vergoedingsplicht uit hoofde van borgtocht, opnieuw diende te onderzoeken of op die andere grondslag verwijzing naar de schadestaatprocedure mogelijk was. Mijns inziens is een dergelijke gedachtegang op zichzelf allerminst onjuist, maar behoort aan de appelrechter, bij de beoordeling of sprake is van een voortbouwend oordeel en of een afzonderlijke grief nodig is, enige speelruimte te worden gegund. In de onderhavige zaak is in dit verband belangrijk dat óók voor de door de rechtbank aanvaarde grondslag voor de verplichting van de Holding om de schade van

8 Opnieuw HR 7 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2099, NJ 1996/583 (ICNA/ALM). Dit arrest spreekt van “een uitdrukkelijke stellingname”. Mijns inziens volstaat dat de bedoeling van de desbetreffende procespartij onduidelijk is.

9 Zie HR 11 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8044, NJ 2003/256 m.nt. H.J. Snijders [...]/[...]. De zaak betrof een loonvordering, dus niet eens een verplichting tot schadevergoeding (wettelijk of contractueel).

de Gemeenten te vergoeden (garantie) geldt dat zij contractueel van aard is, niettegenstaande de formulering van de verklaring voor recht in het vonnis van de rechtbank onder 5.1 dat de Holding jegens de Gemeenten is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenis op grond van de garantieverklaring. Uitleg van de garantie is immers bepalend voor de inhoud en omvang van de verplichtingen van de partij die de garantie heeft afgegeven. De bepalingen omtrent de wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding van afdeling 6.1.10 BW kunnen in dat verband slechts naar analogie van toepassing zijn.¹⁰ Zowel uitgaande van die grondslag (garantie) als uitgaande van de door het hof daarvoor in de plaats gestelde grondslag (borgtocht), is verwijzing naar de schadestaatprocedure dus niet conform het onder 3.3 omschreven uitgangspunt. Tegen deze achtergrond is mijns inziens niet onbegrijpelijk dat het hof ervan is gegaan dat in de onderhavige procedure de verwijzing naar de schadestaatprocedure *niet* samenhang met de door de rechtbank aangevaarde grondslag van aansprakelijkheid, of anders gezegd, dat de Holding slechts bezwaar had tegen de door de rechtbank aangevaarde verplichting tot het vergoeden van de door de Gemeenten geleden schade, en niet ook tegen de verwijzing naar de schadestaatprocedure als zodanig.

3.9. Volgens het voorgaande treffen de klachten van het onderdeel geen doel op processuele gronden. Zouden die processuele gronden ontbreken, dan is het mijns inziens allerminst zeker dat de rechtsklacht van het onderdeel alsnog doel treft. Voor zover een contractuele verplichting van een partij (bijvoorbeeld uit borgtocht) samenvalt met een wettelijke verplichting tot schadevergoeding van een derde, brengt een redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg van art. 612 Rv mee dat ook wat betreft een zodanige contractuele verplichting verwijzing naar de schadestaatprocedure mogelijk moet zijn, ook afgezien van de onder 3.4 sub 2-4 bedoelde nuanceringen. Een andere opvatting zou ertoe leiden dat indien bij één dagvaarding zowel de hoofdschuldenaar als de borg wordt aangesproken, verwijzing naar de schadestaatprocedure wel mogelijk is met betrekking tot de wettelijke verplichting tot schadevergoeding van de hoofdschuldenaar, maar niet met betrekking tot

de verplichting van de borg tot nakoming van dezelfde verbintenis. Dat is geheel ondoelmatig; ook is dat resultaat niet of nauwelijks uit te leggen zonder dat men de schijn van haarkloverij op zich laadt.

3.10. Dat ik spreek van *dezelfde* verbintenis is in overeenstemming met de wettelijke definitie van borgtocht van art. 7:850 lid 1 BW: “Borgtocht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de borg, zich tegenover de andere partij, de schuldeiser, verbindt tot nakoming van een verbintenis, die een derde, de hoofdschuldenaar, tegenover de schuldeiser heeft of zal krijgen.” Vergelijk ook het hier volgens het onbestreden¹¹ oordeel van het hof (rechtsoverweging 3.8.7) toepasselijke art. 7:854 BW: “Strekt de verbintenis van de hoofdschuldenaar tot iets anders dan tot betaling van een geldsom, dan geldt de borgtocht voor de vordering tot schadevergoeding in geld, verschuldigd op grond van niet-nakoming van die verbintenis, tenzij uitdrukkelijk anders is bedongen.” Die bepaling is door de wetgever onder meer als volgt toegelicht: “Voorts wordt aldus een subtiel onderscheid vermeden tussen de vervangende schadevergoeding die de borg verschuldigd zou kunnen worden uit hoofde van zijn eigen tekortschieten in de nakoming van de verbintenis tot de betreffende prestatie, en de schadevergoeding die de hoofdschuldenaar – al of niet na ontbinding – verschuldigd wordt, en waarvoor de borgtocht eveneens kan gelden. Men denke met name aan het in de praktijk vaak voorkomende geval van een borgtocht voor alle verbintenissen die uit een bepaalde overeenkomst of rechtsverhouding zullen voortvloeien...”¹²

Niet zonder grond voeren de advocaten van de Gemeenten aan dat de steller van het middel, in strijd met de bedoeling van de wetgever, dit subtiel onderscheid wél maakt.¹³ In ieder geval blijkt uit de wetsgeschiedenis van art. 7:854 BW dat – afhankelijk van de inhoud van de overeenkomst van borgtocht – de borgtocht ook kan zien op een wettelijke verplichting tot schadevergoeding die door de hoofdschuldenaar verschuldigd is en dat dan in zoverre de verbintenis die op de borg rust met die van de hoofdschuldenaar samenvalt.

10 Asser/Sieburgh 6-II 2017/4; S.D. Lindenbergh, GS Schadevergoeding, Inleiding op afd. 10, par. 2.3.

11 Uitdrukkelijk: procesinleiding in cassatie onder 7.

12 MvT, Parl. Gesch. Boek 7 BW, p. 437.

13 Schriftelijke toelichting mrs. T.T. van Zanten en K.W.C. Geurts onder 4.6.

3.11. Dat het hof ervan uit is gegaan dat de verplichting die op de Holding rust uit hoofde van de borgtocht samenvalt met de wettelijke verplichting tot schadevergoeding van (het gefailleerde) [C], blijkt onder meer uit rechtsoverwegingen 3.8.7 en 3.8.8 van zijn arrest. Dit samenvallen lijkt ook door de steller van het middel te worden onderkend in de volgende alinea van de procesinleiding (cursiveringen overeenkomstig het origineel; onderstreping toegevoegd):¹⁴

“De *primaire* verbintenis van de borg Holding [A] heeft dus dezelfde inhoud als de *secundaire* (schadevergoedings)verbintenis ex art. 6:74 BW van *hoofdschuldenaar* [C]. Maar anders dan in het bestreden arrest wordt gesuggereerd (rov. 3.8.8 i.f.), is *aansprakelijkheid* van Holding [A] hier niet aan de orde.”

Hoe dan ook bestrijdt het middel niet het oordeel van het hof dat de verplichting die op de Holding uit hoofde van de borgtocht rust, samenvalt met de wettelijke verplichting tot schadevergoeding van [C]. Dat de steller struikelt over het gebruik door het hof van het woord “aansprakelijkheid” is ten onrechte. Er bestaat geen reden waarom die term niet ook zou mogen worden gebruikt voor een verplichting tot vergoeding van schade die op een contractuele grondslag berust. Ook met betrekking tot borgtocht wordt zij door de wetgever in een ruime zin gebruikt, namelijk in art. 7:864 lid 1 BW.¹⁵ Uit een en ander volgt dat ook de eerste klacht van onderdeel 1, volgens welke blijkt van een onjuiste rechtsopvatting geeft dat het hof

overweegt dat de Holding op grond van de overeenkomst van borgtocht “jegens de gemeenten aansprakelijk is voor de schade die de Gemeenten als gevolg van de tekortkoming van [C] hebben geleden”, niet slaagt.

3.12. Volgens *onderdeel 2* heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting doordat het heeft geoordeeld dat de verbintenis van de Holding als borg tot betaling van een geldsom aan de Gemeenten een schadevergoedingsverbintenis is in de zin van afdeling 6.1.10 BW, althans dat op de verbintenis van de Holding als borg die afdeling van toepassing is. Het onderdeel verwijst naar rechtsoverwegingen 3.8.8 (slot), 3.9.4, 3.9.5, 3.10.2 en 3.11.13. Ik loop die overwegingen langs.

3.13. Rechtsoverweging 3.8.8 slot luidt:

“Dit betekent dat Holding [A], op grond van de door Holding [A] afgegeven borgtocht, jegens de gemeenten aansprakelijk is voor de schade die de gemeenten als gevolg van de tekortkoming van [C] hebben geleden.”

3.14. Hierin is niet te lezen dat volgens het hof op de verbintenis van de Holding als borg afdeling 6.1.10 BW als zodanig van toepassing is. Op (het gefailleerde) [C] rust een wettelijke verplichting tot schadevergoeding en de Holding is als borg gehouden tot de nakoming van dezelfde verbintenis. Dát is wat het hof zegt.

3.15. Rechtsoverwegingen 3.9.4 en 3.9.5 luiden: “3.9.4. Aangezien de overeenkomst met [C] wegens tekortkoming van [C] werd ontbonden, stond het de gemeenten vrij om, op grond van de reservebankovereenkomst, de opdracht voor de resterende looptijd van de opdracht te gunnen aan Connexxion. Vaststaat dat [C] op korte termijn niet meer in staat zou zijn het overeengekomen vervoer uit te voeren (rov. 3.8.8), en niet weersproken is dat het ging om vervoer aan een kwetsbare groep klanten. Naar het oordeel van het hof kan de gemeenten daarom niet worden verweten dat zij van de mogelijkheid van het gunnen van de resterende opdracht aan Connexxion – waarin met de reservebankovereenkomst in de aanbestedingsstukken specifiek was voorzien – daadwerkelijk gebruik heeft gemaakt. Holding [A] heeft weliswaar gesteld dat Combinet in staat was op zeer korte termijn alle verplichtingen van [C] over te nemen, maar zij heeft dat niet onderbouwd met concrete feiten waaruit zou volgen dat Combinet voldeed aan de geschiktheidseisen die bij de aanbesteding waren gesteld en waaruit volgt dat Combinet, in tegenstelling tot [C], wél finan-

14 Onder 8 slot.

15 Die bepaling luidt: “Indien in opdracht en voor rekening van iemand als bedoeld in artikel 857 ter zake van de verbintenis van een ander een borgtocht of een overeenkomst als bedoeld in artikel 863 wordt aangegaan, heeft de opdrachtnemer voor hetgeen hij aan de schuldeiser heeft voldaan, geen recht op vergoeding jegens de opdrachtgever voor zover de onderhavige afdeling aan diens *aansprakelijkheid* als borg in de weg gestaan zou hebben. Artikel 861 is tussen opdrachtgever en opdrachtnemer van overeenkomstige toepassing.” Ik merk nog op dat ook het bekende handboek Asser/Van Schaick 7-VIII 2018 in het verband van borgtocht meer dan eens over “aansprakelijkheid” spreekt. Zie bijv. nr. 59: “Uit art. 7:850 BW blijkt dat de borg zich verbindt tot nakoming van een verbintenis van de hoofdschuldenaar. De borg neemt dus meer dan alleen een *aansprakelijkheid* op zich.” Dit voorbeeld is gemakkelijk met vele andere te vermeerderen.

cieel in staat zou zijn de overeenkomst met de gemeenten, ook op de langere termijn, uit te voeren. Uit de stellingen van Holding [A] volgt in elk geval niet dat zij dit destijds, toen de gemeenten onder aanzienlijke tijdsdruk een beslissing moesten nemen, voldoende concreet aan de gemeenten hebben uiteengezet. Het hof gaat daarom voorbij aan de stelling van Holding [A] – waarop zij zowel haar betwisting van (het causaal verband met) de schade baseert als haar betwisting dat geen sprake is van eigen schuld – dat de gemeenten zonder noodzaak het aanbod van Holding [A] om het vervoer te laten uitvoeren door Combinet hebben verworpen en hebben gekozen voor Connexxion, omdat deze stelling onvoldoende is gemotiveerd. Gelet op het voorgaande kan in het midden blijven of het aanbestedingsrecht (in 2013 of 2015) zich tegen de overname van het contract door Combinet verzette, zoals door de gemeenten is gesteld en door Holding [A] is betwist.

3.9.5. Naar het oordeel van het hof staat daarom vast dat sprake is van causaal verband tussen de tekortkoming van [C] en de schade van de gemeenten bestaande uit de meerkosten van het inschakelen van Connexxion. Gelet op het voorgaande is bovendien onvoldoende weersproken de stelling van de gemeenten dat de schade niet het gevolg is van een omstandigheid die aan de gemeenten kan worden toegerekend in de zin van artikel 6:101 BW, zodat ook dit vaststaat.

Voor de grondslag van haar beroep op de corrigerende werking van redelijkheid en billijkheid heeft Holding [A] verwezen naar haar argumenten voor eigen schuld, zodat dit beroep – om de hiervoor gegeven redenen – faalt.

Ten slotte heeft Holding [A] een beroep gedaan op matiging van de toe te kennen schadevergoeding tot nihil. Dit staat een verwijzing naar de schadestaatprocedure echter niet in de weg, en zal in die procedure aan de orde moeten komen.

Hieruit volgt dat grief VII faalt, althans niet kan leiden tot vernietiging van het vonnis.¹⁶

3.16. In deze overwegingen beslist het hof het debat tussen partijen omtrent eventuele eigen schuld aan de zijde van de Gemeenten, erin bestaande dat zij niet zijn ingegaan op het aanbod van de Holding dat Combinet het vervoer zou overnemen, en het met gelijke argumenten toegelichte beroep van de Holding op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. Ten onrechte leest de steller van het middel in deze overwegingen dat het hof heeft gemeend dat op de verbintenis

van de Holding als borg afdeling 6.1.10 BW als zodanig van toepassing is. Op (het gefailleerde) [C] rust een wettelijke verplichting tot schadevergoeding en de Holding is als borg gehouden tot nakoming van dezelfde verbintenis. Zó is art. 6:101 BW op die verbintenis van toepassing. Wat betreft het beroep van de Holding op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) geldt dat op zichzelf juist is¹⁶ dat ook als in de verhouding tussen schuldeiser en hoofdschuldenaar art. 6:101 BW geen toepassing vindt, dit de mogelijkheid openlaat dat de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid meebrengt dat de vordering niet volledig op de borg verhaalbaar is. Dit is echter niet waar het hier om gaat. Het gaat hier om de vraag of het hof voor de motivering van zijn verwerping van het beroep van de Holding op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid mocht volstaan met een verwijzing naar hetgeen het naar aanleiding van het beroep op eigen schuld had overwogen. Waar de Holding zich niet op andere feiten en omstandigheden had beroepen dan die naar aanleiding van het beroep op eigen schuld reeds aan de orde waren gekomen, kon het hof daar inderdaad mee volstaan. Waarom die feiten en omstandigheden ertoe behoren te leiden dat de Holding als borg geheel of gedeeltelijk niet aansprakelijk is, hoewel de hoofdschuldenaar dat wel is, duidt het onderdeel ook niet aan.

3.17. Rechtsoverweging 3.10.2 luidt:

“3.10.2. Het hof stelt voorop dat een schadevergoeding de schuldeiser in beginsel zoveel mogelijk in de toestand moet brengen waarin hij zou verkeren indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden. Dat beginsel brengt mee dat de omvang van de schade wordt bepaald door een vergelijking van de (vermogens)toestand zoals deze in werkelijkheid is met de (vermogens)toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden (vgl. Hoge Raad 28 maart 2003, NJ 2003/389, ECLI:NL:HR:2003:AF3067, rov. 3.3; Hoge Raad 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0539, rov. 3.5). Het schadeveroorzakende feit is in dit geval de tekortkoming van [C]. Als deze niet zou hebben plaatsgevonden, maar [C] de overeenkomst dus correct zou zijn nagekomen tot de oorspron-

16 Procesinleiding in cassatie onder 15.

kelijke einddatum, valt in beginsel niet in te zien waarom de gemeenten geen gebruik zouden hebben gemaakt van de (eenzijdige) verlengingsoptie. Daarmee zou het vervoer immers weer verzorgd worden door dezelfde partij tegen het laagste tarief, waarbij Holding [A] op grond van de garantieverklaring instond voor de nakoming. Holding [A] voert terecht aan dat de financiële positie van [C] wel een rol van betekenis zou hebben kunnen spelen bij de beslissing om al dan niet te verlengen, ook als [C] het contract tot dan toe correct zou zijn nagekomen. Enkel op grond van die omstandigheid kan echter niet worden uitgesloten dat de gemeenten het contract zouden hebben verlengd. De gemeenten hebben de mogelijkheid daarvan, en dus de mogelijkheid dat zij ook na 28 februari 2018 schade hebben geleden, voldoende aannemelijk gemaakt. Of deze schade ook daadwerkelijk is geleden en op de voet van artikel 6:98 BW (volledig) aan Holding [A] kan worden toegerekend, zal moeten worden beoordeeld in de schadestaatprocedure.

Hieruit volgt dat de eerste grief van het incidenteel appel in zoverre slaagt. De subsidiair gevorderde verklaring voor recht zal worden toegewezen met dien verstande dat de aansprakelijkheid niet zal worden vastgesteld voor een bepaalde periode. Voor het overige behoeft deze grief geen behandeling.”

3.18. Ten onrechte leest de steller van het middel in deze overweging dat volgens het hof op de verbintenis van de Holding als borg afdeling 6.1.10 BW als zodanig van toepassing is. Op (het gefailleerde) [C] rust een wettelijke verplichting tot schadevergoeding en de Holding is als borg gehouden tot de nakoming van dezelfde verbintenis. Zó is art. 6:98 BW op die verbintenis van toepassing.

3.19. Rechtsoverweging 3.11.3 luidt:

“3.11.3. Naar het oordeel van het hof volgt uit de stellingen van Holding [A] niet zonder meer dat [C] – per 1 december 2015 danwel per 1 september 2016 – aanspraak had kunnen maken op hetzelfde tarief als Connexxion, zodat het hof de stelling dat de gemeenten vanaf het moment van de tariefsverhoging van Connexxion (in het geheel) geen schade hebben geleden die in causaal verband staat met de tekortkoming van [C] passeert. Of en in welke mate de omvang van de schade waarvoor Holding [A] aansprakelijk is, wordt beperkt door een eventuele tariefsverhoging voor [C] of door de doorgevoerde tariefsver-

hoging voor Connexxion, zal moeten worden beoordeeld in de schadestaatprocedure.”

3.20. Ten onrechte leest de steller van het middel in deze overweging dat volgens het hof op de verbintenis van de Holding als borg afdeling 6.1.10 BW als zodanig van toepassing is. Op (het gefailleerde) [C] rust een wettelijke verplichting tot schadevergoeding en de Holding is als borg gehouden tot de nakoming van dezelfde verbintenis. Zó doet zich de vraag voor of en in welke mate de omvang van de schade waarvoor de Holding aansprakelijk is, door een eventuele tariefsverhoging voor [C] of door de doorgevoerde tariefsverhoging voor Connexxion beperkt wordt. Waar de Holding niet was opgekomen tegen de verwijzing naar de schadestaatprocedure als zodanig, mocht het hof deze vragen in zijn arrest onbeantwoord laten en daarvoor naar die procedure verwijzen.

3.21. *Onderdeel 3* richt zich tegen onderdelen van het dictum van het bestreden arrest:

“(…)

vernietigt het vonnis waarvan beroep voor zover daarbij de in rov. 5.1. beschreven verklaring voor recht is gegeven, en in rov. 5.8. de subsidiair gevorderde verklaring voor recht is afgewezen; opnieuw rechtdoende:

verklaart voor recht dat Holding [A] zich jegens de gemeenten borg heeft gesteld voor de nakoming van de verplichtingen door [C] uit hoofde van de vervoerovereenkomsten en Holding [A] zich daarmee heeft verplicht de (schade)vergoeding te betalen die [C] als hoofdschuldenaar verschuldigd is vanwege het tekortschieten in haar verplichtingen uit de vervoerovereenkomsten; bekrachtigt het vonnis waarvan beroep voor het overige;”

3.22. Het onderdeel bevat in de eerste plaats de klacht dat het hof heeft miskend dat de in stand gelaten onderdelen van het dictum in verband staan met en voortbouwen op het vernietigde deel van het dictum, en dus uitgaan van een tot eigen aansprakelijkheid leidende tekortkoming van de Holding. Deze klacht treft geen doel.

3.23. Tot de door het hof in stand gelaten onderdelen van het dictum behoort in de eerste plaats een verklaring voor recht “dat de onder 5.1. bedoelde schade die de gemeenten hebben geleden en leiden niet (mede) gevolg is van een omstandigheid die aan hen kan worden toegerekend als bedoeld in artikel 6:101 BW” (dictum van het vonnis van de rechtbank onder 5.2). Waar de Holding als borg gehouden is tot de nakoming van de

verbintenis zoals die op (het gefailleerde) [C] rust, welke verbintenis een wettelijke verplichting tot schadevergoeding betreft, brengt het hof met de instandhouding van deze verklaring voor recht tot uitdrukking dat de vergoedingsplicht van [C] niet op grond van eigen schuld aan de zijde van de Gemeenten wordt verminderd, en dat daarom in zoverre ook de verbintenis van de Holding als borg niet wordt verminderd. Het gelukt mij niet in te zien waarom dit in strijd met recht zou zijn.

3.24. Tot de door het hof in stand gelaten onderdelen van het dictum behoort in de tweede plaats de verwijzing naar de schadestaatprocedure (dictum van het vonnis van de rechtbank onder 5.3). In zoverre verwijs ik naar de bespreking van het eerste onderdeel.

3.25. Tot de door het hof in stand gelaten onderdelen van het dictum behoort in de derde plaats de toekenning van een voorschot op de in de schadestaatprocedure vast te stellen schadevergoeding die de Holding aan de Gemeenten dient te voldoen (dictum van het vonnis van de rechtbank onder 5.4). De bedoeling van deze instandhouding is alleszins duidelijk. Waar de verbintenis van de Holding als borg samenvalt met de verbintenis tot schadevergoeding zoals die op (het gefailleerde) [C] rust, is niet onjuist dat het hof van “schadevergoeding” spreekt.

3.26. Het onderdeel bevat vervolgens nog de klacht dat “in elk geval” het dictum van het arrest van het hof onbegrijpelijk is, omdat daarin onduidelijk is welke schadevergoedingsverbintenis in de schadestaatprocedure zou moeten worden begroot. Uit het voorgaande zal voldoende duidelijk zijn in welke zin het arrest van het hof mijns inziens behoort te worden gelezen en ook dat niet onduidelijk is welke verbintenis in de schadestaatprocedure zal worden begroot. Ook deze klacht treft dus geen doel.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad

(...; red.)

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. Deze uitspraak gaat over de vraag of verwijzing naar de schadestaatprocedure kan plaatsvinden bij een veroordeling van de borg tot vergoe-

ding van de schade die de hoofdschuldenaar verschuldigd is wegens het tekortschieten in diens verbintenis jegens de schuldeiser.

2.2. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) De Holding was indirect enig aandeelhouder van Taxibedrijf [C] B.V. (hierna ook: [C]).

(ii) De Gemeenten hebben in 2013 een Europese aanbesteding uitgeschreven voor een collectief vraagafhankelijk vervoerssysteem (hierna: het Taxibusvervoer) in hun gemeenten. In het aanbestedingsdocument is de volgende bepaling opgenomen:

“Wanneer er wordt ingeschreven vanuit een holding mag geen ander bedrijf uit diezelfde holding (of de holding zelf) inschrijven. Wanneer de jaarrekening van de inschrijver geconsolideerd is moet de holding zich volledig en onvoorwaardelijk garant stellen voor de nakoming van de verplichtingen die uit de af te sluiten overeenkomst voortvloeien.”

(iii) Ten behoeve van de inschrijving op de aanbesteding door [C] heeft de Holding de volgende verklaring afgegeven (hierna ook: de garantieverklaring):

“Ondergetekende verklaart dat zij zich, in het geval van gunning van de opdracht aan Taxibedrijf [C] B.V., volledig en onvoorwaardelijk garant stelt voor de nakoming van de verplichtingen die uit de af te sluiten overeenkomst voortvloeien.”

(iv) De aanbestede opdracht is aan [C] gegund en zij heeft hierop in 2013 met elk van de Gemeenten afzonderlijk een – identieke – overeenkomst gesloten.

(v) [C] is op 26 juni 2015 in staat van faillissement verklaard.

(vi) De Gemeenten hebben de curatoren in het faillissement van [C] laten weten dat zij de overeenkomsten met [C] per 3 augustus 2015 ontbinden. Vanaf 1 augustus 2015 is het Taxibusvervoer door een ander uitgevoerd, voor een hoger bedrag per declarabele zone dan het bedrag dat [C] per declarabele zone in rekening bracht.

2.3. De Gemeenten vorderen, voor zover in cassatie van belang, in deze procedure onder meer een verklaring voor recht:

– primair: dat de Holding jegens de Gemeenten is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenis op grond van de garantieverklaring en aansprakelijk is voor de schade die de Gemeenten daardoor hebben geleden, en

– subsidiair: dat de Holding zich jegens de Gemeenten borg heeft gesteld voor de nakoming van de verplichtingen van [C] uit hoofde van de overeenkomsten en dat de Holding zich daarmee heeft verplicht de schade(vergoeding) te betalen die [C] als hoofdschuldenaar verschuldigd is vanwege het tekortschieten in haar verplichtingen uit de overeenkomsten.

Daarnaast vorderen de Gemeenten onder meer veroordeling van de Holding tot vergoeding van de aldus door de Gemeenten geleden schade, nader op te maken bij staat.

2.4. De rechtbank heeft, voor zover in cassatie van belang, (i) de primair gevorderde verklaring voor recht van de Gemeenten toegewezen, met dien verstande dat de rechtbank de aansprakelijkheid van de Holding heeft beperkt in tijd, en (ii) de Holding veroordeeld tot vergoeding aan de Gemeenten van de door hen geleden schade, nader op te maken bij staat.

2.5. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd voor zover daarin de primair gevorderde verklaring voor recht is toegewezen en de subsidiair gevorderde verklaring voor recht is afgewezen. Het hof heeft de subsidiair gevorderde verklaring voor recht toegewezen en het vonnis van de rechtbank voor het overige bekrachtigd. Hiertoe heeft het hof, voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen.¹

Tussen de Holding en de Gemeenten is sprake van overeenkomsten van borgtocht als bedoeld in art. 7:850 lid 1 BW. Nu de verbintenis van [C] niet strekt tot betaling van een geldsom, maar tot het verzorgen van vervoer, geldt de borgtocht van de Holding op de voet van art. 7:854 BW slechts voor de schadevergoedingsverplichting in het geval van niet-nakoming door [C]. (rov. 3.8.7)

De Holding is op grond van de borgtocht jegens de Gemeenten aansprakelijk voor de schade die de Gemeenten als gevolg van de tekortkoming van [C] hebben geleden. (rov. 3.8.8)

Het vonnis waarvan beroep zal voor wat betreft de verwijzing naar de schadestaatprocedure worden bekrachtigd, nu de grief van de Holding die is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat de Holding aansprakelijk is voor de schade die de Gemeenten hebben geleden faalt, en ook de overige grieven van de Holding falen. (rov. 3.9.1-3.9.5)

1 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 september 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3434.

3. Beoordeling van het middel

3.1. Onderdeel 1 van het middel klaagt onder meer dat het hof blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, nu het hof in rov. 3.8.8 overweegt dat de Holding op grond van de overeenkomst van borgtocht jegens de Gemeenten aansprakelijk is voor de schade die de Gemeenten als gevolg van de tekortkoming van [C] hebben geleden en vervolgens in het dictum de Holding veroordeelt tot vergoeding aan de Gemeenten van de schade, nader op te maken bij staat. Het hof heeft hiermee volgens het onderdeel miskend dat de omvang van een vordering tot nakoming van een primaire verbintenis uit overeenkomst, zoals in dit geval aan de orde, niet in een schadestaatprocedure kan worden begroot. De schadestaatprocedure kan uitsluitend toepassing vinden bij wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, zoals die wegens toerekenbare tekortkoming (art. 6:74 BW) en onrechtmatige daad (art. 6:162 BW), aldus het onderdeel.

3.2. Op de voet van art. 612 Rv kan de rechter een veroordeling uitspreken tot schadevergoeding op te maken bij staat, indien begroting van de schade in het vonnis niet mogelijk is. De regeling van de schadestaatprocedure sluit aan bij afdeling 6.1.10 BW betreffende de wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding.² Art. 612 Rv is in beginsel dan ook alleen van toepassing op wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, zoals die uit wanprestatie en onrechtmatige daad, en niet indien uit een rechtshandeling een primaire verplichting tot schadevergoeding voortvloeit en deze verplichting niet wordt nagekomen.³

3.3.1. Blijkens de overwegingen van het hof is in deze zaak geen sprake van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding van de Holding, maar vloeit de verplichting van de Holding voort uit de overeenkomsten tot borgtocht tussen de Holding en de Gemeenten (rov. 3.8.7-3.8.8).

3.3.2. In het geval van een overeenkomst tot borgtocht verbindt de borg zich tegenover de schuldeiser tot nakoming van een verbintenis die de hoofdschuldenaar tegenover de schuldeiser heeft

2 HR 9 december 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD5717, rov. 3.2; HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1674, rov. 3.5.3.

3 HR 27 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2599, rov. 4.3; HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU6050, rov. 3.3.2.

of zal krijgen (art. 7:850 lid 1 BW). De borg en de hoofdschuldenaar zijn gehouden tot betaling van dezelfde schuld en de verplichting van de borg is in beginsel dezelfde als die van de hoofdschuldenaar.⁴

Indien de verbintenis van de hoofdschuldenaar strekt tot iets anders dan tot betaling van een geldsom, geldt de borgtocht voor de vordering tot schadevergoeding in geld, verschuldigd op grond van niet-nakoming van die verbintenis, tenzij uitdrukkelijk anders is bedongen (art. 7:854 BW). Met laatstgenoemde bepaling is beoogd om duidelijk te maken dat in een dergelijk geval van de borg geen nakoming, maar slechts schadevergoeding kan worden gevorderd. De verplichting tot betaling van schadevergoeding van de borg is in dat geval dezelfde verplichting tot betaling van schadevergoeding als die, welke op de hoofdschuldenaar rust. Voorts is daarmee beoogd om een subtiel onderscheid te vermijden tussen de vervangende schadevergoeding die de borg verschuldigd zou kunnen worden uit hoofde van zijn eigen tekortschieten in de nakoming van de verbintenis tot de desbetreffende prestatie, en de schadevergoeding die de hoofdschuldenaar – al of niet na ontbinding – verschuldigd wordt.⁵

3.3.3. Uit hetgeen hiervoor in 3.3.2 is overwogen volgt dat de verplichting tot schadevergoeding die op grond van art. 7:854 BW op de borg rust, betrekking heeft op dezelfde verplichting tot schadevergoeding als die, welke rust op de hoofdschuldenaar wegens het niet-nakomen van zijn verbintenis jegens de schuldeiser. Gelet op de aldus bestaande verbondenheid van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding van de hoofdschuldenaar en de verplichting tot schadevergoeding van de borg op grond van art. 7:854 BW, brengt een redelijke en op de praktijk afgestemde wettoepassing mee dat op de hiervoor in 3.2 genoemde regel van art. 612 Rv een uitzondering moet worden aanvaard met betrekking tot laatstgenoemde verplichting. Art. 612 Rv kan derhalve ook worden toegepast indien, zoals in dit geval, de verplichting tot schadevergoeding van de borg berust op art. 7:854 BW.

3.4. De hiervoor in 3.1 weergegeven klacht faalt dan ook.

3.5. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

4. Beslissing

De Hoge Raad:

– verwerpt het beroep;

– veroordeelt de Holding in de kosten van het geding in cassatie (...; red.).

NOOT

1. Dit is een interessante uitspraak zowel voor liefhebbers van het burgerlijk procesrecht als voor diegenen die zich bezighouden met financiering en zekerheden. In dit arrest volgt de Hoge Raad de conclusie van A-G Valk en kiest hij een redelijke en op de praktijk afgestemde toepassing van art. 612 Rv op de verplichting tot schadevergoeding die op de borg rust op grond van art. 7:854 BW. Die toepassing wordt mogelijk geacht. Dat is een wenselijke uitkomst die ook dogmatisch goed te verantwoorden valt.

2. Aan dit arrest ligt de casus van een openbare aanbesteding van een regionaal vervoerssysteem ten grondslag. In het kader van deze aanbesteding heeft de moedermaatschappij van het taxibedrijf dat de aanbesteding heeft gewonnen, zichzelf garant gesteld ten opzichte van de gemeenten die de aanbesteding hadden uitgeschreven. Nadat het taxibedrijf failliet gaat en de dienstverlening staakt, wordt de moedermaatschappij aangesproken onder de garantie. In de procedures in feitelijke instantie wordt onder meer gediscussieerd over de interpretatie die aan de garantie moet toekomen, welke luidt als volgt: "Ondergetekende verklaart dat zij zich, in het geval van gunning van de opdracht aan Taxibedrijf [taxibedrijf] B.V., volledig en onvoorwaardelijk garant stelt voor de nakoming van de verplichtingen die uit de af te sluiten overeenkomst voortvloeien."

3. Het Hof Den Bosch kwalificeert deze garantie als een overeenkomst van borgtocht en stelt vast dat het hier het gaat om een borgtocht ter secu-

4 Parl. Gesch. BW (Inv. 3, 5 en 6), Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14, p. 417 en p. 436.

5 Parl. Gesch. BW (Inv. 3, 5 en 6), Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14, p. 436-437.

rering van een andere verplichting dan het voldoen van een geldsom (art. 7:854 BW). Dit alles leidt tot een verklaring voor recht dat de moedermaatschappij als borg verplicht is om de schadevergoeding te betalen die de hoofdschuldenaar (het taxibedrijf) verschuldigd is vanwege het tekortschieten in haar verplichtingen onder de vervoersovereenkomst. Door de rechtbank was reeds geoordeeld dat de schade, op grond van art. 612 Rv, separaat vastgesteld zou worden in een schadestaatprocedure. Het hof laat dit gedeelte van het vonnis, en daarmee de verwijzing naar de schadestaat, in stand.

4. De moedermaatschappij komt tegen dit oordeel van het Hof Den Bosch op in cassatie. Daarbij stelt zij dat het hof heeft miskend dat de omvang van een vordering tot nakoming van een primaire verbintenis uit overeenkomst (i.e. uit hoofde van de borgtocht) niet in een schadestaatprocedure kan worden begroot. De schadestaatprocedure kan volgens de moedermaatschappij uitsluitend toepassing vinden bij wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, zoals die wegens toerekenbare tekortkoming (art. 6:74 BW) en onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Strikt genomen heeft de moedermaatschappij, als klaagster in cassatie, hier gelijk. Uit bestendige rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat art. 612 Rv in beginsel alleen van toepassing is op wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, zoals die uit wanprestatie en onrechtmatige daad. Zie HR 9 december 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD5717 (*Jewlal/GAFLAC*). Verplichtingen tot schadevergoeding die rechtstreeks op een rechtshandeling berusten, vallen daarbuiten, tenzij partijen de schadestaatprocedure uitdrukkelijk van toepassing verklaren op een contractuele verplichting tot schadevergoeding, in het geval begroting van de schade redelijkerwijs nog niet mogelijk is. Zie HR 7 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2099 (*ICNA/ALM*).

5. Een uitdrukkelijke verklaring dat de schadestaatprocedure op de schadevergoeding van de borg van toepassing is, ontbreekt in deze casus. De vraag is dus of een nuancering op de door de Hoge Raad gehanteerde leer mogelijk is, of dat het oordeel van het Hof Den Bosch moet worden gecasseerd. A-G Valk komt in zijn lezenswaardige conclusie tot het standpunt dat indien de contractuele verplichting tot schadevergoeding samenvalt met een wettelijke verplichting tot schadevergoeding van een derde, een redelij-

ke en op de praktijk afgestemde uitleg van art. 612 Rv meebrengt dat verwijzing naar de schadestaatprocedure mogelijk moet zijn. Een voor hem belangrijke overweging in dat kader is dat het hier gaat om het voldoen van dezelfde verbintenis (in de zin van art. 6:6 e.v. BW) door zowel de borg als de hoofdschuldenaar. Daarnaast ligt aan de systematiek van art. 7:854 BW de uitdrukkelijke wens van de wetgever ten grondslag dat een subtiel onderscheid wordt vermeden tussen de vervangende schadevergoeding die de borg verschuldigd zou kunnen worden uit hoofde van zijn eigen tekortschieten in de nakoming van de verbintenis tot de betreffende prestatie, en de schadevergoeding die de hoofdschuldenaar — al of niet na ontbinding — verschuldigd wordt, en waarvoor de borgtocht eveneens kan gelden. De Hoge Raad volgt deze conclusie integraal en maakt de door de A-G bepleite nuancering op het toepassingsbereik van art. 612 Rv.

6. Zoals ik al aangaf, kan ik mij goed vinden in deze uitkomst. Het is vanuit procesrechtelijk perspectief de wenselijke uitkomst. Een andere opvatting had immers geleid tot de situatie dat wanneer bij één dagvaarding zowel de hoofdschuldenaar als de borg worden aangesproken, verwijzing naar de schadestaatprocedure alleen mogelijk zou zijn voor de hoofdschuldenaar, maar niet voor de borg. Dat zou ondoelmatig zijn geweest en bovendien zeer onbevredigend. Daarnaast valt het arrest dogmatisch goed te verantwoorden. De borgtocht leidt naar geldend recht namelijk tot een specifieke vorm van contractueel hoofdelijk medeschuldenaarschap, waarbij de borg gehouden is om dezelfde prestatie te voldoen als de hoofdschuldenaar. In de huidige systematiek kan de borg inhoudelijk gezien ook geen andere primaire verbintenis hebben dan de hoofdschuldenaar, wat de toepassing van art. 612 Rv in voorkomende gevallen volledig rechtvaardigt.

7. Overigens gaat aan de keuze om de borgtocht te positioneren als een specifieke vorm van contractuele hoofdelijkheid, een lange en roerige geschiedenis vooraf, waarin juridische scherpslijpers vele uiteenlopende meningen hebben gedebiteerd over de aard van de verplichting van de borg. Lange tijd werd de gedachte dat de borg een hoofdelijk schuldenaar zou kunnen zijn, niet geaccepteerd. Paul Scholten tekende hierover nog op dat dit een “tegenstrijdigheid, een on-

ding" zou zijn. Zie hierover met vindplaatsen G.J.L. Bergervoet, *Borgtocht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014, nr. 32. De gedurfde keuze van de wetgever om zich van deze kritiek niets aan te trekken en een nieuw systeem van hoofdelijkheid en borgtocht te ontwikkelen, maakt het onderhavige arrest mogelijk. Het is mooi om te zien dat de Hoge Raad, in navolging van de A-G, die systematiek omarmt om onnodige haarkloverij tegen te gaan, met een praktisch wenselijk resultaat als gevolg.

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

133

**Curator niet aansprakelijk voor verkoop
verpande voorraad en inventaris, maar
bestuurders wel aansprakelijk wegens
schending publicatieplicht**

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem
12 januari 2021, zaaknr. 200.259.964/02 en
200.259.977/02, ECLI:NL:GHARL:2021:193
(mr. Wattel, mr. Croes, mr. Rinkes)
Noot mr. J.B.A. Jansen

**Verkoop van verpande bedrijfsvoorraad en
inventaris door curator niet onrechtmatig
jegens pandhouder. Geen aansprakelijkheid
curator in hoedanigheid en pro se. Maatstaf.
Bestuurdersaansprakelijkheid in faillisse-
ment. Schending publicatieplicht. Bewijsver-
moeden van onbehoorlijke taakvervulling als
belangrijke oorzaak van het faillissement.
Verwijzing naar HR 23 november 2001,
«JOR» 2002/4, m.nt. Blanco Fernández
(Mefigro c.s./Wind q.q.); HR 20 oktober 2006,
«JOR» 2006/288, m.nt. Borrius (Van Schilt/
Jansen q.q.) en HR 9 november 2018, «JOR»
2019/26, m.nt. Tekstra, tevens behorend bij
«JOR» 2019/25 (De Klerk q.q. c.s./X).**

[BW art. 2:10, 2:248, 2:394, 3:23 lid 2, 3:84,
3:237 lid 1, 6:162]

Bij de beoordeling of de curator aansprakelijk is jegens appellanten, moet worden onderscheiden tussen de aansprakelijkheid van de curator q.q. (in hoedanigheid) en pro se (persoonlijk). Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad geldt voor aansprakelijkheid van een curator pro se het volgende uitgangspunt. Voor zover de faillissementscurator bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels, komt hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toe. Bij het gebruikmaken van die vrijheid geldt de Maclou-norm, die inhoudt dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. De curator dient zich te richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan