



**Universiteit
Leiden**
The Netherlands

Regels voor regres

Castermans, A.G.

Citation

Castermans, A. G. (1996). Regels voor regres. *Bw-Krant Jaarboek*, 189-200. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36896>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36896>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Regels voor regres

A.G. Castermans*

1. Wolfsbergen presenteert in het hoofdstuk *Pluraliteit van aansprakelijken* enkele regels voor regres: maatstaven voor het geval verschillende personen aansprakelijk zijn voor dezelfde schade, ter bepaling van het gedeelte van de schuld dat ieder van de aansprakelijken in hun onderlinge verhouding aangaat.¹ Voorop stelt hij, uitdrukkelijk naar analogie van de maatstaf bij eigen schuld, dat de mate van regres wordt bepaald door de oorzakelijke verhouding.² Daarnaast zijn van belang de onderlinge verhouding, het voordeel dat is behaald door het handelen waarop de aansprakelijkheid berust en de onbehoorlijkheid van dat handelen.

2. Die regels voor regres mogen er nog steeds zijn. Artikel 6:102 lid 1 BW bepaalt dat de schade wordt verdeeld met overeenkomstige toepassing van artikel 6:101 BW, de regeling van eigen schuld. Deze bepaling schrijft voor een verdeling in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen — een causaliteitscriterium — met dien verstande dat een andere verdeling plaats heeft indien de billijkheid dit eist wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval. Wie — zoals Wolfsbergen ook voorhoudt — bij uitstek onbehoorlijk handelt, bij voorbeeld als kwade genius anderen overhaalt onrechtmatig te handelen, zal in de onderlinge verhouding tot de medeschuldenaren de zwaarste last

* Mr. A.G. Castermans is als advocaat verbonden aan Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn te 's-Gravenhage. De auteur dankt mr. M. Anema voor haar bijdrage in de totstandkoming van dit artikel.

1. A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Leiden 1946, hoofdstuk XI.
2. A.w. p. 240.

hebben te dragen.³ Ook het door een schuldenaar behaalde voordeel kan aanleiding zijn voor een billijkheidscorrectie.⁴

Artikel 6:102 lid 1 BW voegt hieraan toe dat uit wet of rechtshandeling een andere verdeling kan voortvloeien. Wettelijke bepalingen bespreekt Wolfsbergen niet.⁵ Wèl wijst hij op de onderlinge verhouding van de medeschuldenaren.⁶

3. Dat wil niet zeggen dat de regels voor regres sinds 1946 zijn ontdaan van stof voor discussie. Zo is het de vraag in welke zin factoren die de omvang van de aansprakelijkheid jegens de benadeelde bepalen, ook relevant zijn in de regresverhouding. Voorts is er aanleiding de causaliteitsregel te behandelen, in het licht van de veranderingen waaraan het leerstuk van de causaliteit de afgelopen decennia onderhevig is geweest. Ten slotte verdient aandacht de voordeelregel, door Wolfsbergen zo nadrukkelijk bepleit.

DE OMVANG VAN DE AANSPRAKELIJKHEID IN DE VERHOUDING TOT DE BENADEELDE

4. Verschillende auteurs hebben betoogd dat een omstandigheid die de omvang van de aansprakelijkheid van de medeschuldenaar jegens de benadeelde bepaalt, niet van invloed hoeft te zijn op de mate van regres. Hun voorbeeld is steeds dat het feit dat een schuldenaar zich jegens de benadeelde met succes op artikel 6:109 BW kan beroepen, niet een verweermiddel is waarop de schuldenaar zich tegen zijn

3. A.w. p. 241 en 242. Zie voor een fraai voorbeeld Hof 's-Gravenhage 11 maart 1988, S&S 1989, 14, Mulder/Chembaro en Burger.

4. TM, PG Boek 6, p. 355.

5. Behoudens een verwijzing naar de verhouding tussen wettelijke vertegenwoordigers en de vertegenwoordigden, a.w. p. 251. Het BW kent verschillende regels: artikel 6:165 lid 2 (bij onvoldoende toezicht is toezichthouder voor het gehele bedrag draagplichtig), artikel 6:166 lid 2 (groepsleden draagplichtig voor gelijke delen), artikel 170 lid 2 (in beginsel is de werknemer niet draagplichtig). Zie voor een op de wet gebaseerde, zij het niet uitdrukkelijk geregelde, regresregeling HR 25 september 1992, NJ 1994, 767 (CJHB) en AB 1993, 131 (B.M.J. van der Meulen), Staat/Rotterdam, ter zake van de aansprakelijkheid voor fouten van de gemeentepolitie.

6. A.w. p. 241 en 251. Zie voor contractuele regeling van de onderlinge verhouding: HR 7 januari 1983, NJ 1984, 607 (CJHB), Kruk/Goktas; HR 20 november 1981, NJ 1982, 174 (WHH), Rollman/Van Opzeeland; HR 10 juni 1988, NJ 1989, 30 (JMBV), Skipool/Rotterdam.

medeschuldenaar kan beroepen. De reden hiervoor ligt in het gegeven dat toepassing van het matigingsrecht steeds het resultaat is van afweging van belangen die aan de zijde van beide partijen bestaan. Het past niet te oordelen over matiging in de rechtsverhouding tussen benadeelde en een medeschuldenaar in een geding tussen deze en een andere medeschuldenaar.⁷

Deze opvatting veronderstelt dat de rechter in een geding tussen medeschuldenaren niet in staat is een belangenafweging te maken in de rechtsverhouding tussen één van de partijen en de benadeelde. Dat zou niet juist zijn. Niet alleen zal eenzelfde exercitie moeten worden gedaan indien de tot regres aangesproken medeschuldenaar zich verweert met de stelling dat hij niet onbetamelijk jegens de benadeelde heeft gehandeld. Dít verweer kan de medeschuldenaar toch niet worden ontzegd, ook al vergt de beoordeling ervan eventueel een afweging van de belangen van enerzijds de benadeelde en anderzijds de medeschuldenaar. Bovendien is het denkbaar dat in het geding zoveel feiten en omstandigheden worden aangedragen — en bewezen, bij voorbeeld met behulp van de benadeelde als getuige — dat de rechter de belangen van een niet-procespartij kan meewegen.⁸

Op de noodzaak van een onderzoek naar de eventuele matiging van de aansprakelijkheid van een medeschuldenaar jegens de benadeelde is al eens gewezen door de Hoge Raad, nota bene in een regresverhouding.

De casus was als volgt. Nijboer reed mee met Kerssies op diens scooter. Er had een aanrijding plaats met de gemeentelijke trolleybus. De verzekeraar van de gemeente vergoedde Nijboers schade en trachtte de helft daarvan te verhalen op Kerssies. De vraag rees of de omstandigheid dat Nijboer kosteloos meereed, relevant was voor de

7. Asser-Hartkamp I, Zwolle 1996, nr. 494. Evenzo R.J.B. Boonekamp, *Onrechtmatige daad in groepsverband volgens NBW*, diss. Leiden 1990, Deventer 1990, p. 175.

8. Men denke ook aan voeging of tussenkomst van de medeschuldenaar in het geding tussen benadeelde en de medeschuldenaar. Dit is te overwegen, indien de door de benadeelde aangesproken schuldenaar de medeschuldenaar in vrijwaring heeft opgeroepen dan wel heeft aangekondigd regres te zullen zoeken. Een situatie waarin de benadeelde als derde in het geding tussen medeschuldenaren wordt geroepen door middel van de gedwongen tussenkomst of voeging op grond van artikel 12a Rv zal zich niet snel voordoen. Er is immers geen aanleiding de benadeelde te binden aan de uitspraak, althans niet zodra deze is betaald door de eisende medeschuldenaar.

omvang van het regres. Dit was volgens de Hoge Raad het geval en wel in het kader van de eventuele matiging op grond van artikel 1407, lid 2, BW (oud) in de rechtsverhouding tussen medeschuldenaar en benadeelde. De Hoge Raad overwoog in het geding tussen de gemeente en Kerssies:

'dat indien, zoals hier, de meerijsende passagier ten gevolge van het ongeluk letsel oploopt, de door de bestuurder ter zake verschuldigde schadevergoeding krachtens art. 1407, lid 2, BW gewaardeerd moet worden naar gelang van de wederzijdse stand en de fortuin der personen en naar de omstandigheden (...) dat het Hof niet op grond van het enkele feit van het kosteloos meerijsen als nader omschreven in het arrest, had mogen beslissen dat de aansprakelijkheid van Kerssies voor de gevolgen van zijn zeer geringe schuld tot nihil is gereduceerd, terwijl in deze staat van het geding geen onderzoek meer mogelijk is naar de financiële omstandigheden (...) nu daaromtrent niets door Kerssies is gesteld'.⁹

Uit deze passage kan worden afgeleid dat de eventuele matiging van de schuld in de onderlinge verhouding tussen Nijboer en Kerssies wel degelijk een verweermiddel van Kerssies tegen de gemeente oplevert. Zou Kerssies in het geding tegen de gemeente immers feiten en omstandigheden hebben gesteld die relevant zijn voor een onderzoek in het kader van artikel 1407 BW (oud), dan zou dat onderzoek — kennelijk — in dat geding hebben kunnen plaatshebben.¹⁰

Aan de opvatting dat het beroep op het matigingsrecht in het debat met de benadeelde geen verweer oplevert in de regresverhouding, kleeft tenslotte een bezwaar. Zou in de Groningse zaak louter Kerssies door Nijboer zijn aangesproken en zou de rechter metterdaad gebruik hebben gemaakt van de matigingsbevoegdheid, dan zou het daaropvolgend debat tussen Kerssies en de gemeente wèl zijn bepaald door de matiging in de verhouding tussen Nijboer en Kerssies. Kerssies zou de gemeente immers niet tot méér hebben kunnen aanspreken dan het bedrag van de gematigde vordering. Zou het dan van de keuze van de benadeelde afhankelijk zijn òf de omstandigheden die aanleiding geven voor matiging uiteindelijk tot hun recht komen? Een bevestigend antwoord is moeilijk te verdedigen, gelet op de mogelijkheden die er zijn om de voor matiging noodzakelijke

9. HR 3 december 1971, NJ 1972, 144 (GJS), Groningen/Kerssies.

10. Saillant is dat de rechtbank Groningen in het geding tussen Kerssies en Nijboer oordeelde dat Kerssies niet aansprakelijk was voor de gevolgen van het ongeluk. Het vonnis, met gezag van gewijsde tussen Kerssies en Nijboer, bindt de rechter in het geding tussen Kerssies en de gemeente niet, aldus de Hoge Raad.

afwegingen in rechte te maken. Er is dan ook geen goede reden bij regres de matiging in de verhouding tot de benadeelde buiten beschouwing te laten.¹¹

5. Om dezelfde redenen zal een verschil in uitkomst van toepassing van artikel 6:98 BW in de verhoudingen van de benadeelde en ieder van de medeschuldenaren van invloed zijn op de omvang van de regresvordering.

Het geval kan zich voordoen dat de ene medeschuldenaar een verkeersregel jegens de benadeelde heeft geschonden en de andere niet, bij voorbeeld als een automobilist een aanrijding met een tram veroorzaakt, waardoor een trampassagier schade lijdt die op grond van de vervoersovereenkomst op het trambedrijf is te verhalen.

Indien de automobilist in de verhouding tot de benadeelde aansprakelijk is voor twee schadeposten — waarvan één onvoorzienbare — en het trambedrijf voor slechts één, dan heeft de hoofdelijkheid slechts betrekking op de schadepost waarvoor beide schuldenaren aansprakelijk zijn.¹²

Ook hierbij geldt dat de vraag of en in hoeverre de schade in de verhouding tot de benadeelde is toe te rekenen aan een medeschuldenaar óók in een geding tussen medeschuldenaren kan worden beantwoord.

DE CAUSALITEITSREGEL: TOEREKENING NAAR REDELIJKHEID

6. De omvang van de regresvordering is afhankelijk van de mate waarin de aan ieder van de medeschuldenaren toe te rekenen omstandigheden hebben bijgedragen aan de schade. In Wolfsbergens tijd werd een en ander bepaald met behulp van de adequatieleer. Hierbij stond, althans in het kader van de eigen schuld van de benadeelde, centraal de vraag of de schade het redelijkerwijze te verwachten

11. Evenzo H.G.F.M. de Kok, *Het Regres*, diss. Nijmegen 1965, Deventer 1965, p. 145. De omvang van de gematigde verbintenis fungeert naar De Koks mening als limiet van de regresplicht. Zie evenzo dezelfde auteur: *Regres en hoofdelijkheid in het Nieuw BW*, KwNBW 1990, p. 42. In deze richting denkt ook J. Spier, *NJB* 1982, p. 232; anders oordeelt Spier evenwel in *Mon. Nieuw BW B-36* (Spier) nr. 19, in navolging van Asser-Hartkamp I.

12. Vergelijk *Mon. Nieuw BW B-36* (Spier), nrs 13-15: vóór de toepassing van artikel 6:102 BW dient te worden vastgesteld — mede aan de hand van het leerstuk van de causaliteit — of verschillende personen wel tot vergoeding van dezelfde schade zijn gehouden.

gevolg is van het handelen van de benadeelde.¹³ De vraag rijst of de introductie van de ‘toerekening naar redelijkheid’ als causaliteitsmaatstaf — wettelijk verankerd in artikel 6:98 BW — heeft geleid tot een andere invulling van de primaire maatstaf voor regres, de causaliteitsregel.

De toepasselijkheid van de nieuwe causaliteitsmaatstaf in het kader van regres lijkt buiten kijf. De Hoge Raad heeft deze immers al onomwonden toegepast bij de bepaling van de invloed van eigen schuld en wel — kennelijk — in het kader van de primaire causaliteitsmaatstaf: de benadeelde die zelf een verkeersregel heeft overtreden, zal in zijn verhouding tot de schuldenaar schade toegerekend kunnen krijgen, ook indien deze is ontstaan op een wijze die buiten de lijn der normale verwachting ligt.¹⁴ Aldus bouwt de Hoge Raad voort op beslissingen die hij eerder wees: in geval van overtreding van verkeers- of veiligheidsnormen geldt een ruim causaal verband.¹⁵ Waar dit geldt bij eigen schuld, geldt het ook bij medeschuld.

Zo heeft de Hoge Raad de aansprakelijkheid van enerzijds de Staat als werkgever en anderzijds de reder op grond van artikel 321 lid 2 K voor het handelen van een loods gewogen. Aangezien de reder aansprakelijk was voor een persoon die niet in zijn dienst stond en de Staat juist aansprakelijk was voor een werknemer, oordeelde de Hoge Raad dat artikel 321 lid 2 K moet wijken voor het:

‘meer fundamentele beginsel, dat fouten van personen begaan in de uitoefening van een dienstbetrekking bij een ander, aan deze ander moeten worden toegerekend’.¹⁶

De aard van de aansprakelijkheid bracht mee dat de schade volledig aan de Staat werd toegerekend.

Voorts is als algemene regel aanvaard dat wie op grond van schuld

13. Schadevergoeding (Boonekamp), art. 101, aant. 4. De toepassing van deze leer in het kader van eigen schuld wordt naar huidig recht bepleit door J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis*, Deventer 1992, p. 81-82 (zie de passage over olifant en muis).
14. HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547 (CJHB), *Diemen/RepTax*.
15. Zie onder meer HR 21 maart 1975, NJ 1975, 372 (GJS), *Aangereden hartpatiënt*. Vergelijk J. Spier in zijn noot onder het *Diemen/Rep Tax* arrest, NTBR 1993, p. 49; de beslissing past in het jurisprudentiële stelsel dat aan art. 6:98 BW ten grondslag ligt. In dezelfde zin Asser-Hartkamp I, Zwolle 1996, nr. 451b.
16. HR 28 mei 1971, NJ 1971, 327 (GJS), *Staat/Tarpon Shipping Company*.

aansprakelijk is, de schade dient te dragen, indien de medeschuldenaar contractueel tot vergoeding van schade is gehouden en deze geen verwijt treft.¹⁷ Hetzelfde zou — nog algemener — gelden, indien de medeschuldenaar zonder schuld aansprakelijk is, ongeacht de contractuele of delictuele achtergrond.¹⁸ Beide regels passen uitstekend in het kader van de toerekening naar redelijkheid.

7. Elementen van de nieuwe causaliteitsmaatstaf liggen ook besloten in de billijkheidscorrectie, toe te passen indien de primaire causaliteitsmaatstaf tot een onbillijk resultaat leidt. Die correctie heeft plaats (artikel 6:101 lid 1 BW slot):

‘indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist’.

Van Wassenaer en Jongeneel denken in dit kader aan de verschillende zwaarte van verkeersregels.¹⁹ Zo is denkbaar dat de overtreding van bepaalde verkeersregels (bij voorbeeld ter zake van alcoholgebruik) van ernstiger aard worden geacht dan andere (bij voorbeeld ter zake van het knipperlicht voeren bij in- of uitvoegen), met als gevolg dat de overtreder van eerstgenoemde regels méér dient te dragen. Dit voorbeeld past metterdaad in de billijkheidscorrectie, gelet op de uitdrukkelijke verwijzing naar de ernst van de gemaakte fouten in artikel 6:101 lid 1 slot BW. Maar evengoed zou de afweging kunnen plaatshebben in het kader van de causaliteitsmaatstaf, gezien het feit dat gezichtspunten als de aard van de gedraging en de aard van de daardoor overtreden norm zonder meer relevant zijn voor de toepassing van artikel 6:98 BW.²⁰

De verwijzing naar de ernst van de gemaakte fouten in de wets-tekst is te verklaren. Artikel 6:101 BW is van toepassing op allerlei vergoedingsplichten, waarvan er vele geen verwijtbaarheid aan de aansprakelijke persoon vereisen.²¹ Zodoende is de ernst van de

17. Zie A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, diss. Utrecht 1965, Deventer 1965, nr. 101, met verwijzing naar artikel 51 van het Zwitsers Obligationenrecht waarin deze regel is neergelegd. Zie ook Asser-Hartkamp III, Zwolle 1994, nr. 129.

18. *Schadevergoeding* (Boonekamp) art. 101, aant. 17.2.

19. In deze zin: A.J.O. van Wassenaer van Catwijck en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Zwolle 1995, nr. 227.

20. Zie bij voorbeeld HR 25 maart 1983, NJ 1984, 629 (CJHB), Steengaassteller.

21. MvA II, PG Boek 6, p. 352.

gemaakte fouten of de verwijtbaarheid als belangrijk feitelijk aspect te beschouwen dat in het kader van de billijkheidscorrectie toch een plaats kan krijgen.²² Schuld kan derhalve ook aan de orde komen indien de aansprakelijkheid of toe te rekenen omstandigheid louter op risico is gebaseerd. Deze achtergrond verzet zich er evenwel niet tegen dat genoemde elementen al in het kader van de causaliteitsmaatstaf worden meegenomen, zo daar toe aanleiding is. Tot verschillen in stelplicht en bewijslast leidt dit niet. Voorts is van belang dat tussen causaliteitsmaatstaf en billijkheidscorrectie geen rangorde bestaat, bij voorbeeld in deze zin dat zij alleen mag worden toegepast indien onverkorte hantering van de causaliteitsregel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Zo gezien zou de toepassing van de billijkheidscorrectie kunnen worden gereserveerd voor argumenten die in een 'zuivere' causaliteitsmaatstaf niet thuis horen.²³

DE VOORDEELREGEL

8. In het algemeen bepleit Wolfsbergen dat de schade uiteindelijk ten laste moet komen van degene te wiens voordele de onrechtmatige daad zou hebben gestrekt, althans dat verdeling dient plaats te hebben naar evenredigheid van voordeel.²⁴

Deze gedachte heeft zonder meer navolging gekregen, en wel in het kader van de billijkheidscorrectie. Aldus luidt uitdrukkelijk de Toelichting Meijers op artikel 6.3.4 van het ontwerp:

'Het is mogelijk dat in uitzonderingsgevallen de billijkheid een andere verdeling vordert. Men denke bij voorbeeld aan een geval waarin één der daders ten gevolge van het onrechtmatig handelen een vermogensvoordeel heeft verkregen; bij het

22. Zie: Jac. Hijma, 'Verkeer, verhaal, verwijt', WPNR 6216 (1996), p. 199 en 200.

23. Zo past naar Hartkamps mening de regel dat toerekening van eigen gedragingen aan een zeer jeugdig kind is uitgesloten niet in het kader van de 'zuivere' causaliteitsmaatstaf, maar louter in het kader van de billijkheidscorrectie; Asser-Hartkamp I, Zwolle 1996, nr. 451a.

24. A.w. p. 241 en 251. Zie ook — met een beroep op herstel van ongerechtvaardigde verrijking als grondslag van het regresrecht — H.G.F.M. de Kok, Het regres, diss. Nijmegen 1965, Deventer 1965, p. 132 en 133. Zie voorts Schadevergoeding (Boonekamp), art. 102, aant. 17.3; A.J.O. van Wassenaer van Catwijck en R.H.C. Jongeneel, Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid, Zwolle 1995, nr. 229; Mon. Nieuw BW B-36 (Spier), nr. 19.

onderling regres zal in het algemeen met deze omstandigheid rekening behoren te worden gehouden.’²⁵

De gedachten gaan hierbij uit naar schurken die door het geven van onjuiste voorlichting²⁶ of diefstal²⁷ in de gelegenheid zijn geweest profijt te behalen. In deze gevallen spreekt de voordeelregel vanzelf.

Toepassing ervan ligt minder voor de hand indien tussen de medeschuldenaren sprake is van een op zichzelf geoorloofde contractuele band die meebrengt dat het handelen van de één dient te leiden tot voordeel voor de ander. Is dat handelen onrechtmatig jegens een derde, dan zal het toch van de onderlinge rechtsverhouding afhangen of in de regresverhouding met het voordeel rekening moet worden gehouden.

Een voorbeeld: De gemengde zangvereniging T.A.V.E.N.U. te Leeuwarden gaf onder leiding van dirigent Metzlar een uitvoering van Jacob Hamels ‘Lied der Natuur’, zonder toestemming van de auteursrechthebbende, het Genootschap van Nederlandsche Componisten. Het Genootschap vorderde van Metzlar schadevergoeding op grond van inbreuk op zijn auteursrecht. De vraag rees of de dirigent jegens de auteursrechthebbende gehouden was na te gaan of door de openbare uitvoering wellicht het auteursrecht van een derde werd geschonden.²⁸ Zo ja, dan was hij voor het geheel tot vergoeding van de schade gehouden.

Zou hij in dat geval regres kunnen nemen op de T.A.V.E.N.U., dan zou hij kunnen betogen dat de zangvereniging tenminste een bijdrage ten belope van de recette voor haar rekening moet nemen, dan wel — volgens Wolfsbergen — van het immateriële voordeel dat met de uitvoering is gemoeid.²⁹ Het verweer zou kunnen luiden dat de dirigent, als professioneel leider van het koor, kan worden aange-

25. TM, PG Boek 6, p. 355.

26. Wolfsbergen, a.w. p. 241, geïnspireerd door HR 11 maart 1937, NJ 1937, 899 (EMM), Van der Werff/de Nederlandsche Beleggingstrust.

27. Genoemd door onder meer Van Wassenaer van Catwijk en Jongeneel, Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid, Zwolle 1995, nr. 229.

28. HR 18 juni 1920, NJ 1920, p. 797.

29. Zie voor het laatste punt a.w. p. 251: ‘Het behoeft niet een materieel voordeel te zijn; de bestuursleden van de Volksbond, die een bezoeker van een muziekuitvoering onrechtmatig uit de zaal verwijderden, behartigden, zij het averechts, de belangen van hun vereniging’ met verwijzing naar HR 7 december 1906, W 8469.

merkt als persoon die bij uitstek bedacht moet zijn op de auteursrechtelijke kant van de uitvoering en die zich bovendien het belang van de uitvoering dient aan te trekken, zowel in materiële als in immateriële zin. In deze omstandigheden zijn de argumenten om de voordeelregel toe te passen — bij wijze van billijkheidscorrectie — niet sterk.

Ligt hantering van de voordeelregel wèl voor de hand, indien verschillende producenten een zaak in het verkeer hebben gebracht en ieder van hen daarvoor wegens een door hem gemaakte fout aansprakelijk is? De regel zou bij voorbeeld kunnen dienen als correctie op de marktaandeel-aansprakelijkheid, een bijzondere causaliteitsmaatstaf voorgesteld naar aanleiding van de DES-zaak.³⁰ De voordeelregel zal in deze gevallen tot een willekeurige verdeling leiden, aangezien het voordeel — waaronder in dit verband te verstaan, zoals in artikel 6:104 BW: winst — voor een belangrijk deel van andere factoren dan het onrechtmatig handelen afhankelijk is. Het gaat niet aan de ene producent bij het regres te laten profiteren van het lage niveau van de produktiekosten dat de andere producent heeft weten te realiseren.

9. Het voordeel — wederom in de zin van winst — kan al in de verhouding tot de benadeelde een belangrijke rol spelen. De rechter kan de te vergoeden schade begroten op het bedrag van de winst of op een gedeelte daarvan (art. 6:104 BW).

Bijzonderheid van een dergelijke schadebegroting is dat het concrete nadeel van de benadeelde niet hoeft vast te staan. Zolang de aangesproken schuldenaar niet kan aantonen dat door zijn gedrag geen schade kan zijn ontstaan, kan de rechter van zijn bevoegdheid gebruik maken.³¹

De schuldenaar die tot winstafdracht is gehouden, zou hierdoor problemen kunnen ondervinden bij eventueel regres. Met de vaststelling van de gehoudenheid tot winstafdracht is immers nog niet gezegd of de benadeelde in zijn verhouding tot de medeschuldenaar rechtens relevante schade heeft geleden. Indien de medeschuldenaar de aangesproken schuldenaar tegenwerpt dat niet is komen vast te staan dat de

30. Zie onder meer de noot van Jac. Hijma onder HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535 (CJHB), AA 1993, p. 129.

31. Zie HR 24 december 1993, NJ 1995, 421 (CJHB), Waeijen Scheers/Naus, waarover onder meer J.P. Jordaans en H.B. Krans, *Winstafdracht*, NJB 1994, p. 844-848.

benadeelde enige schade heeft geleden, kan niet worden volgehouden dat beiden aansprakelijk zijn voor dezelfde schade.

Wellicht kan de schuldenaar in deze zin tegemoet worden getreden dat ook hij kan vorderen dat de rechter de omvang van de regresverhouding — voor zover de medeschuldenaar jegens de benadeelde aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad of een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis — begroot op de door die daad of tekortkoming genoten winst. Deze handreiking vraagt van de rechter analoge toepassing van artikel 6:104 BW. Hiertoe zou de rechter kunnen overgaan, tenzij de medeschuldenaar bewijst dat door de gedragingen waarvoor hij aansprakelijk is, geen schade kan zijn ontstaan. Aldus kan worden vastgesteld in hoeverre sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid. Een maatstaf voor de bepaling van de omvang van het regres levert de exercitie, zoals gezegd, niet op.

AFRONDING

10. Ten slotte een casus ter illustratie van het voorafgaande. Deze speelt zich af in Rotterdam. Een schip legt aan met een lading van 255 staven zilver. Aron, eigenaresse van het zilver, heeft de vracht nog niet betaald en zij kan de cognossementen niet presenteren. Daarom worden de staven in bewaring gegeven bij Müller-Batavier in het Keilepand aan de Keilehaven. De volgende dag kunnen inbrekers zich eenvoudig de toegang tot het pand verschaffen, doordat de bij een recente inbraak weggebroken luiken slechts provisorisch waren gerepareerd. Vijftig staven nemen zij mee.³² Wie moet de schade dragen, de bewaarnemer of de inbrekers?

Wellicht is de aansprakelijkheid van de bewaarnemer beperkt door een exoneratieclausule. Dit gegeven bepaalt de omvang van de regresvordering, niet alleen als de bewaarnemer door Aron is aangesproken, maar óók als de inbrekers in hun nek zijn gegrepen en zij op de bewaarnemer regres zoeken.³³

Zowel de causaliteitsregel als de billijkheidscorrectie zal ertoe

32. Rb Rotterdam 1 september 1989, S&S 1990, 51.

33. Verschillende auteurs menen dat het onbillijk is dat de benadeelde die in zijn verhaal op één van de schuldenaren wordt beperkt door een exoneratieclausule, zich niettemin voor het volle pond zou kunnen verhalen op een andere schuldenaar. Zie Mon. NBW B-36 (Spier) nr. 17; A.J.O. van Wassenauer van Catwijck en R.H.C. Jongeneel, Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid, Zwolle 1995, nr. 208. Ik zie niet in waarom dit althans in geval van diefstal onbillijk zou zijn.

kunnen leiden dat uiteindelijk de inbrekers de schade moeten dragen, gelet op de aard van de gedraging en de daardoor geschonden norm (causaliteitsregel) en de ernst van de gemaakte fout (billijkheidscorrectie).

Het door de inbrekers genoten voordeel (de opbrengst van de zilveren staven) vormt het minimum dat de inbrekers moeten bijdragen, zowel in de onderlinge verhouding als in de verhouding tot de bewaarnemer. Aldus zou Wolfsbergen hebben geredeneerd; zijn betoog gaat nog steeds op, maar verdient enige kanttekeningen. Waar de onderlinge rechtsverhouding tussen medeschuldenaren meebrengt dat de één jegens de ander verantwoordelijk is voor het behalen van voordeel, terwijl op de wijze waarop dat voordeel wordt behaald in het algemeen niets valt aan te merken, ligt toepassing niet voor de hand. Evenmin is dat het geval waar verschillende producenten voordeel hebben behaald en de omvang van dat voordeel van vele andere factoren afhankelijk is dan het onrechtmatig gedrag alleen.