



**Universiteit
Leiden**
The Netherlands

Hoofdelijke verbintenissen

Boom, W.H. van

Citation

Boom, W. H. van. (2016). *Hoofdelijke verbintenissen*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/45738>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/45738>

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

M

B O O M M A S T E R R E E K S

Hoofdelijke verbintenissen komen veel voor in de rechtspraktijk. Te denken valt aan de hoofdelijke verbondenheid van medehuurlers tegenover de verhuurder, aan de hoofdelijkheid van vennoten in een v.o.f., aan hoofdelijke bestuurdersaansprakelijkheid, aan mede-aansprakelijkheid bij samenlopende onrechtmatige daden, of aan personen die zich hoofdelijk debiteur verklaren bij een geldlening. Het gaat dus om een juridisch kernleerstuk van het Nederlandse verbintenissenrecht, en zeker niet het eenvoudigste: de regels inzake hoofdelijke verbintenissen zijn notoir ingewikkeld en op bepaalde punten zelfs onhelder.

Dit boek biedt daarom een wetenschappelijk overzicht van het Nederlandse recht inzake hoofdelijke verbintenissen. Aan de orde komen vragen als: wanneer doet zich hoofdelijkheid voor, welke rechtsgronden voor hoofdelijke verbintenissen zijn er, wat zijn de essentiële kenmerken van hoofdelijkheid, wat is de externe verhouding van de crediteur tot elk van de hoofdelijke debiteuren, hoe is de interne verhouding tussen de debiteuren onderling, en hoe werken verstoringen van die verhoudingen uit op de andere rechtsverhoudingen? Het boek is algemeen van opzet en biedt aan de rechtswetenschap en rechtspraktijk een gedegen overzicht van deze rechtsmaterie.

Willem van Boom (1969) is hoogleraar civiel recht te Leiden. Eerder was hij onder andere werkzaam aan de universiteiten van Tilburg en Rotterdam. Het onderzoek en onderwijs van Van Boom bestrijken het vermogensrecht in brede zin, maar omvatten ook rechtsvergelijking en methodologie van privaatrechtelijk onderzoek. Van Boom is een warm pleitbezorger van de empirische bestudering van het privaatrecht. Dit handboek laat echter zien dat hij juridisch-dogmatisch onderzoek minstens zo belangrijk vindt.

ISBN 978-94-6290-327-2



9 789462 903272 >

Boomjuridisch

B O O M M A S T E R R E E K S

Van Boom

Hoofdelijke verbintenissen

Bju

M

B O O M M A S T E R R E E K S

W.H. van Boom

Hoofdelijke verbintenissen

Boomjuridisch

Hoofdelijke verbintenissen

HOOFDELIJKE VERBINTENISSEN

W.H. VAN BOOM

BOOM JURIDISCH
Den Haag
2016

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Ambrac, Deventer

© 2016 W.H. van Boom | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-327-2
ISBN 978-94-6274-646-6 (E-book)
NUR 820

www.boomjuridisch.nl

VOORWOORD

Dit handboek is een doctrinaire verhandeling over de algemene aspecten van het geldende recht inzake hoofdelijke verbintenissen als bedoeld in art. 6:6 BW. Aan de orde komen vragen als: wanneer doet zich hoofdelijkheid voor, welke rechtsgronden voor hoofdelijkheid zijn er, wat zijn de essentiële kenmerken van hoofdelijkheid, wat is de externe verhouding van de crediteur tot elk van de hoofdelijke debiteuren, hoe is de interne verhouding tussen de debiteuren onderling, en hoe werken verstoringen van die verhoudingen uit op de andere rechtsbetrekkingen? Het boek is algemeen van opzet; er is dus geen bijzondere aandacht voor specifieke vormen van hoofdelijkheid, maar er wordt juist met een algemene blik naar het onderwerp gekeken.

Dit boek staat uiteraard niet op zichzelf, want het is een (aanzienlijke) bewerking van mijn Tilburgse dissertatie 'Hoofdelijke verbintenissen' uit 1999 (promotor prof. mr. J. Spier).¹ Bij aanvang van deze bewerking dacht ik dat het wel zou meevallen met de rechtsonwikkeling tussen toen en nu. Ik had vooral vrees voor de praktische implicaties van de ontwikkeling van WordPerfect 7 en de 3,5 inch diskette naar MS Word 2010 en de USB-stick. Gelukkig bleken de Leidse onderzoeksassistenten uitstekend in staat om mijn tekstbestanden de 21ste eeuw in te leiden.

De rechtsonwikkeling tussen toen en nu viel omvangrijker uit dan ik had verwacht. Ik heb mijn best gedaan om de belangrijkste ontwikkelingen tussen 1999 en heden te verwerken.² De bewerking heeft er wel toe geleid dat er anders dan in 1999 minder aandacht is voor rechtshistorische aspecten; de nadruk ligt meer op het geldende Nederlandse recht. Ook de rechtsvergelijkende beschouwingen en verwijzingen naar buitenlandse literatuur zijn teruggesnoeid; ik verwijs waar nodig naar 'Van Boom 1999'. Bovendien zijn verschillende onderwerpen in deze uitgave iets uitvoeriger belicht dan in 1999. Op een aantal punten heb ik mijn argumentatie verder uitgediept en op andere plaatsen werden stukken verwijderd (zoals het concluderende hoofdstuk). Op diverse plaatsen verwerkte ik tekstdelen uit mijn eigen publicaties van na 1999. Voor de wetenschapspuristen onder ons: ik stel voor dat we ervan uitgaan dat die eigen publicaties hier en daar geheel of gedeeltelijk geplagieerd zijn in dit werk en dat de verwijzingen naar mijzelf in de bibliografie hebben te gelden als bronverwijzing.

Zeer gewaardeerde assistentie werd verleend door Mark de Bruijn, Joyce Esser, Mariska Hoppers en Michelle Slimmen. Inhoudelijk commentaar op delen van het manuscript

1 Iets over het totstandkomingsproces van de dissertatie heb ik beschreven in Van Boom 2016. De dissertatie werd destijds gerecenseerd door Klaassen 2001.

2 Het manuscript werd in augustus 2016 afgesloten. Wetsvoorstel 34 490 (Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht) wordt in dit boek al behandeld alsof het voorstel reeds wet is.

mocht ik ontvangen van Ivo Giesen, Anne Keirse, Bart Krans en Sven Zoeteman. Een laatste controle werd verricht door Lotte Kremers, Marishka Neekilappillai, Thijmen Nuninga, Friso van de Pol, Janna Vermolen en Charlotte Vrendenbarg. Ik dank ze allen hartelijk voor hun hulp. Ik prijs mij gelukkig dat zij de moeite namen om zich door de soms taaie materie te worstelen. Persistente denkfouten blijven slechts aan mij toerekenbaar. Opmerkingen en suggesties voor een eventuele volgende uitgave kunt u aan mij sturen. Contactgegevens vindt u op www.professorvanboom.eu.

W.H. van Boom

Leiden, augustus 2016

INHOUDSOPGAVE

Lijst met afkortingen	11
1 Inleiding	13
2 Een korte geschiedenis	17
2.1 Correaliteit en solidariteit	17
2.2 Uniteit of pluraliteit	18
2.3 Hoofdelijkheid en toevallig samenlopende verbintenissen	22
3 De wezenskenmerken van hoofdelijkheid in ons BW	27
3.1 Algemeen	27
3.2 De deelschuldpresumptie van art. 6:6 lid 1 BW	29
3.3 Het keuzerecht van de crediteur	33
3.4 Nakoming door de een bevrijdt ook de ander	37
3.5 Verbintenissen met een identieke strekking	38
3.5.1 Algemeen	38
3.5.2 Dubbele verzekeringsdekking en het eigen recht	39
3.5.3 Afhankelijke, onafhankelijke of abstracte verbintenissen	41
3.5.4 De bijgetreden debiteur	44
3.5.5 Samenloop van inhoudelijk ongelijke verbintenissen	46
3.5.6 (Toevallig) samenlopende verbintenissen met verschillende rechtsgronden	48
3.5.7 Conclusie: ruime toepassing van hoofdelijkheid	52
3.6 Grondslag en rechtvaardiging	53
4 Externe rechtsverhoudingen bij hoofdelijkheid	59
4.1 Inleiding: tussen onafhankelijkheid en lotsverbondenheid	59
4.2 Betaling en aanverwante handelingen	60
4.2.1 Bevrijding door betaling	60
4.2.2 Bevrijding bij ongelijke verbintenissen	61
4.2.3 Bevrijding door verrekening	62
4.2.4 Deelbetaling en ontslag uit hoofdelijkheid	64
4.3 Inbetalinggeving en afstand	65
4.3.1 Inbetalinggeving is schuldvernieuwing	65
4.3.2 Afstand om niet: kwijtschelding	67

4.3.3	Kwijtschelding met ‘Gesamtwirkung’	69
4.3.4	Afstand om baat: schuldvernieuwing	72
4.4	Nadere afspraken over betaling	74
4.4.1	Vaststelling, schikking, betalingsuitstel en -regeling	74
4.4.2	Geldleen- en cessieconstructies	78
4.5	Crediteursverzuim	81
4.6	Tekortkoming en verzuim	83
4.8	Verjaring en verval	87
4.8	Vermenging	88
4.9	Onbekendheid, onvindbaarheid en onvermogen	91
4.9.1	Onbekendheid en onvindbaarheid	91
4.9.2	Het risico van onvermogen; algemeen	91
4.9.3	Faillissement van de debiteur; positie van de crediteur	95
5	Interne rechtsverhoudingen bij hoofdelijke verbintenissen	99
5.1	Regres: grondslag en rechtvaardiging	99
5.2	Bronnen van regres	102
5.2.1	Zelfstandig regresrecht (art. 6:10 BW)	102
5.2.2	‘Regresversterkende’ subrogatie (art. 6:12 BW)	112
5.2.3	Cessieconstructies	113
5.2.4	Overeenkomst	114
5.2.5	Zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking en onrechtmatige daad	115
5.2.6	Samenloop	117
5.3	Medewerken, mededelen, volgen en vrijwaren	119
5.3.1	Ongeschreven plichten algemeen; medewerking	119
5.3.2	Medewerken en mededelen	120
5.3.3	Volgplicht	124
5.3.4	Vrijwaringsplicht	126
5.4	Draagplicht	128
5.4.1	Van algemeen naar concreet	128
5.4.2	Draagplicht naar gelijke delen	128
5.4.3	Vaste verdeelsleutels	130
5.4.4	Enige maatstaven ter bepaling van de draagplicht	132
5.5	Bijdragen in kosten en rente	152
5.5.1	Algemene opmerkingen over kostenverhaal	152
5.5.2	Kosten die ontstaan door verzaking van de vrijwaringsplicht	153
5.5.3	Proceskosten voor het gemenebest	154
5.5.4	Wettelijke rente	155

5.6	Enige complicaties bij het effectueren van draagplicht	157
5.6.1	Regres na deelprestatie	157
5.6.2	Onderlinge draagplicht en interne draagplicht	159
5.6.3	Het omslagstelsel van art. 6:13 BW	164
5.6.4	Faillietverklaring en art. 136 lid 2 Fw	165
5.6.5	Verhaalseenheden en hoofdelijke regresplicht	166
5.6.6	Eigen schuld	169
5.6.7	Het regres van de pseudo-debiteur	174
6	Verstoorde rechtsverhoudingen	177
6.1	Inleiding: hoofdelijke verbintenissen als ‘meerpartijpuzzel’	177
6.2	Algemene aspecten van de interne doorwerking van externe verweer- middelen	178
6.2.1	Art. 6:11 BW: flexibele werking, beperkt werkingsbereik?	178
6.2.2	Gewekt vertrouwen en voorwaardelijke verbintenissen	180
6.2.3	Anterieure en posterieure verweermiddelen	182
6.2.4	Gemene en persoonlijke verweermiddelen	185
6.2.5	Mededelingsplichten bij gemene verweermiddelen	187
6.2.6	Het gecompliceerde verrekeningsverweer	189
6.2.7	Conclusie: verweermiddelen en debiteurenbescherming	192
6.3	Verstoring van de rechtsverhoudingen door een rechtshandeling	194
6.3.1	Inleiding	194
6.3.2	Ontbinding en vernietiging	194
6.3.3	Kwijtschelding, schikking en betalingsregeling	199
6.3.4	Contractuele uitsluiting, limitering en verlichting	206
6.4	Verstoring van de rechtsverhoudingen door wet of rechter	212
6.4.1	Inleiding	212
6.4.2	Wettelijke uitsluiting van aansprakelijkheid	213
6.4.3	Wettelijke limitering van aansprakelijkheid	216
6.4.4	Verjaring en verval	219
6.4.5	Beperkende werking van redelijkheid en billijkheid	221
6.4.6	Matiging	222
6.4.7	Coulance en clementie bij schending mededingingsrecht	223
6.5	Conclusie: debiteurenbescherming	225
7	Procesrechtelijke aspecten	227
7.1	Balans en kracht van gewijsde	227
7.2	Is hoofdelijkheid een ondeelbare rechtsverhouding?	231
7.3	Vrijwillige en gedwongen deelname	233

7.3.1	Voeging en tussenkomst	233
7.3.2	Oproeping en vrijwaring	235
7.4	Naar een algemene oproepingsbevoegdheid?	236
7.5	Gewijsde als gemeen verweermiddel tegen de crediteur	238
7.6	De regresprocedure: één tegen één of allen?	242
7.7	Afsluitende opmerkingen	244
Verkort aangehaalde literatuur		245
Jurisprudentieregister		275
Wetsartikelenregister		283
Trefwoordenregister		291

LIJST MET AFKORTINGEN

AFM	Autoriteit Financiële Markten
A-G	Advocaat-Generaal
Art.	artikel
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch 1900 (1896)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bibob	Wet Bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur
BW	Burgerlijk Wetboek 1992
BW (oud)	Burgerlijk Wetboek 1838
c.v.	commanditaire vennootschap
CC (nieuw)	Code Civil na inwerkingtreding van Ordonnance 2016-131
CC (oud)	Code Civil 1804
CP	Code Pénal
CRvB	Centrale Raad van Beroep
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DNB	De Nederlandsche Bank
ECLI	European Case Law Identifier
EESV	Europees Economisch Samenwerkingsverband
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
Fw	Faillissementswet
HR	Hoge Raad
Inv.	invoering
Inv.W	Invorderingswet
jo	juncto (jis – junctis)
KEI	Wet Kwaliteit en Innovatie rechtspraak
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
nt.	noot
OR	Obligationenrecht
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
Pb EU	Publicatieblad Europese Unie
r.ov.	rechtsoverweging

LIJST MET AFKORTINGEN

Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden
T.M.	Toelichting Meijers
UCP	Uniform Customs and Practice for Documentary Credits
v.o.f.	vennootschap onder firma
VOA	Verhaalswet ongevallen ambtenaren
W.	Weekblad van het Regt
WAM	Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen
WAO	Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering 1966
WCAM	Wet collectieve afwikkeling massaschade
Wft	Wet financieel toezicht
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WvK	Wetboek van Koophandel 1838
WW	Werkloosheidswet
Zfw	Ziekenfondswet (ingetrokken)

1 INLEIDING

Dit boek gaat over hoofdelijke verbintenissen, dat wil zeggen de rechtsfiguur waarbij twee of meer personen tot dezelfde prestatie gehouden zijn in die zin dat zij elk voor de gehele prestatie aangesproken kunnen worden en dat het nakomen van de verbintenis door de ene debiteur mede bevrijdend is voor de andere debiteur(en). Hoofdelijkheid is dus een juridisch leerstuk dat een samenloop of gemeenschap van debiteuren aanduidt die elk afzonderlijk tot het verrichten van één en dezelfde prestatie zijn gehouden.

Hoofdelijkheid wordt ook wel passieve hoofdelijkheid genoemd, bij wijze van onderscheiding van de samenloop van crediteuren bij ‘actieve hoofdelijkheid’. Dat laatste betreft een samenloop van crediteuren ten aanzien van één vorderingsrecht: de situatie waarbij een vorderingsrecht aan twee of meer crediteuren toebehoort, bijvoorbeeld een creditsaldo op een zogenoemde en/of-bankrekening. Actieve hoofdelijkheid is dus gemeenschap van een vorderingsrecht (art. 3:166 BW). Daarover gaat dit boek dus niet, nu het zich alleen richt op de ‘gemeenschap van debiteuren’ die elk dezelfde prestatie verschuldigd zijn.

De terminologie die in verband met hoofdelijke verbintenissen wordt gebruikt, is niet altijd vast. De generieke term is hoofdelijke verbondenheid, terwijl hoofdelijke aansprakelijkheid gevoelsmatig met wettelijke aansprakelijkheid voor schade (art. 6:102 BW) geassocieerd wordt. Toch worden ‘verbondenheid’ en ‘aansprakelijkheid’ door elkaar gebruikt. Als de wet bepaalt dat een debiteur naast een ander ‘aansprakelijk’ is voor de nakoming van een wettelijke verbintenis tot betaling van een geldsom anders dan een schadevergoeding (bijv. bij fiscale invordering), dan wordt ook wel van hoofdelijke aansprakelijkheid gesproken.¹ Het is wellicht zuiverder om van hoofdelijke verbintenissen te spreken wanneer het niet om schadevergoeding in de zin van Afdeling 6.1.10 BW gaat. De termen worden in het juridisch spraakgebruik echter door elkaar gebruikt; ik til er niet zwaar aan.²

De rechtsvragen die men ten aanzien van hoofdelijke verbintenissen kan stellen, vallen – kort gezegd – uiteen in een aantal categorieën: wat is hoofdelijkheid, wanneer doet het zich voor en wat zijn de rechtsverhoudingen tussen de betrokken partijen (is die ‘gemeenschap’ wel zo hecht)? Die vragen staan centraal in dit boek, waarbij een dogmatische analyse van het geldende Nederlandse recht vooropstaat. De invalshoek die ik kies, is

1 Zie bijv. nader Raaijmakers 2014, p. 1-2.

2 Evenmin als Tervoort 2013, p. 22-23.

algemeen van aard. Ik geef dus geen uitputtend overzicht van alle wettelijke regelingen waar hoofdelijkheid een rol speelt.

Hoofdelijkheid ontstaat, zo bepaalt art. 6:6 BW kort gezegd, als dit uit de wet, de gewoonte of een rechtshandeling voortvloeit.³ De verklaarde wil tot hoofdelijke verbondenheid en de wetbepaling zijn de voornaamste bronnen; dat verschil in grondslag geeft ook verschil in rechtvaardiging, zo zullen we zien. Maar tegelijk is, zo zal ik betogen, de rechtsfiguur hoofdelijkheid zo algemeen van karakter dat ze kan ontstaan door *elke* samenloop van verbintenissen met een identieke strekking. Een ruim toepassingsgebied voor de flexibele figuur van hoofdelijkheid ligt naar mijn oordeel zonder meer in de rede. Dit boek laat tegelijk zien dat de context waarin de hoofdelijke verbondenheid van debiteuren zich afspeelt, vaak bepalend is voor de 'kleur' die de kameleontische rechtsfiguur hoofdelijkheid aanneemt.⁴ En ook als men mij niet wil volgen in deze ruime opvatting, kan men niet anders dan concluderen dat hoofdelijkheid een generieke verbintenisrechtelijke rechtsfiguur is die de grenzen van het contracten- en aansprakelijkheidsrecht overschrijdt.

Het boek dat volgt, is algemeen van opzet; het gaat zagezegd over 'het algemeen deel van de hoofdelijke verbintenis'. De nadruk ligt daarbij op art. 6:6 e.v. BW. De opbouw van het boek is als volgt. In hoofdstuk 2 wordt door middel van een korte rechtshistorische introductie uitgelegd hoe de wettelijke regeling van art. 6:6 e.v. BW tot stand kwam en wordt verklaard wat de oorsprong is van het flexibele ('kameleontische') karakter van die regeling. Gaandeweg wordt de rechtsfiguur hoofdelijkheid nader verkend en worden de belangrijkste kenmerken uiteengezet. In hoofdstuk 3 wordt die verkenning voortgezet en worden een aantal vormen van samenlopende verbintenissenrecht gespiegeld aan de wezenskenmerken van hoofdelijkheid. De belangrijkste conclusie die ik aan die spiegeling verbind, is dat veel vormen van samenloop onder de noemer van hoofdelijkheid gebracht kunnen worden. Die ruime opvatting wordt evenwel, zo waarschuw ik maar alvast, niet door iedereen gedeeld.

In hoofdstuk 4 wordt de externe verhouding, dat wil zeggen de verhouding tussen de crediteur en elk van de hoofdelijke debiteuren, onderzocht. Daarbij komen de 'klassieke' rechtsfeiten zoals verzuim en verjaring aan de orde, die van invloed zijn op het voortbestaan of de omvang van de verbintenis in het algemeen. Steeds wordt daarbij de vraag gesteld of die rechtsfeiten mede gevolgen hebben – en zo ja, welke – voor de verbintenissen van de andere debiteuren in hun verhouding tot de crediteur. Hoofdstuk 5 betreft de interne verhouding tussen de debiteuren onderling en de rechtsfeiten die van invloed zijn op die verhouding. In hoofdstuk 6 worden de rechtsgevolgen van verstoring van de rechtsverhoudingen tussen de betrokken personen nader geanalyseerd. In hoofdstuk 7, ten slotte, worden

3 Gemakshalve schuif ik de ondeelbare prestatie hier even onder 'wet' (zie immers art. 6:6 lid 2 BW).

4 Uitbreider Van Boom 1999.

een aantal procesrechtelijke aspecten behandeld die relevant zijn bij hoofdelijke verbintenissen.

2 EEN KORTE GESCHIEDENIS

2.1 CORREALITEIT EN SOLIDARITEIT

Op het Europese vasteland raakte in het begin van de negentiende eeuw de gedachte in zwang dat het Romeinse recht twee soorten hoofdelijkheid zou hebben gekend: *correaliteit* en *solidariteit*.¹ Bij de eerste figuur zou sprake zijn geweest van één enkele verbintenis met meerdere debiteuren (men spreekt in dit verband wel van de *uniteitsleer*), terwijl bij de tweede figuur moest worden gedacht aan evenzovele verbintenissen als er debiteuren waren. Aan dit onderscheid zou ook verschil in rechtsgevolg zijn verbonden. Algemeen gesproken zou tussen correale debiteuren meer juridische lotsverbondenheid bestaan, terwijl de verbintenissen van solidaire debiteuren min of meer zelfstandig van aard waren.

De gedachte dat het Romeinse recht twee soorten hoofdelijkheid kende, kon postvatten omdat de Romeinsrechtelijke teksten tegenstrijdigheden vertoonden. Hoewel Romeinse juristen zelf vermoedelijk nooit hebben stilgestaan bij de tegenstrijdigheden in de teksten, meenden negentiende-eeuwse juristen in Duitsland en Frankrijk dat hieruit naar Romeins recht een onderscheid in grondslag en rechtsgevolg tussen correaliteit en solidariteit volgde. Het werd een van de belangrijkste dispuuten van de Duitse Pandektenwetenschap.

De tekst van de Franse Code Civil (1804) kent geen onderverdeling van hoofdelijkheid in correaliteit en solidariteit, maar na invoering van de Code werd een dergelijk onderscheid toch gemaakt in doctrine en rechtspraak. De hoofdelijkheid die in de Code Civil is te vinden, heeft onmiskenbaar trekken van de correaliteit. Dit ‘correale karakter’ uit zich in die wetbepalingen in de Code welke rechtsfeiten zoals verzuim werking geven *erga omnes*, dat wil zeggen tegenover alle hoofdelijke debiteuren. Weliswaar kent de Code ook bepalingen waarin de zelfstandigheid en daarmee de pluraliteit van de verbintenissen wordt benadrukt, maar het algemene beeld dat de Code van hoofdelijke debiteuren schetst, is er een van vergaande lotsverbondenheid.²

Naast de hoofdelijkheid in de Code Civil ontwikkelde de rechtspraak een buitenwettelijk alternatief. Omdat de Code tamelijk gedecideerd bepaalt dat hoofdelijkheid slechts kan bestaan indien deze uitdrukkelijk is gestipuleerd of wettelijk vastgesteld,³ werd alras aangenomen dat de gevallen van ‘solidaire’ samenlopende verbintenissen die niet door wet of

1 Voor bronverwijzingen zie Van Boom 1999, p. 5 e.v.; Meier 2007; Meier 2010, p. 42 e.v.; Meier 2011; Vandenbogaerde 2015, p. 24 e.v.

2 Van Boom 1999, p. 7 e.v. Vgl. Malaurie et al. 2013, p. 708 e.v.

3 Art. 1202 (oud; ‘il faut qu’elle soit expressément stipulée’); iets minder streng is de rechtspraak en het nieuwe art. 1310 CC (‘elle ne se présume pas’), aldus Dissaux & Jamin 2015, p. 172; Vandenbogaerde 2015, p. 129; Chantepie & Latina 2016, p. 712.

overeenkomst als ‘correaal’ hoofdelijk waren bestempeld, niet door de bepalingen van de Code werden beheerst maar door een ander – buitenwettelijk – ‘hoofdelijkheids’ regime. Dit regime werd volgens doctrine en rechtspraak gekenmerkt door een mindere mate van lotsverbondenheid. Het aldus gemaakte onderscheid tussen deze vormen van ‘correaliteit’ en ‘solidariteit’ leeft tot op de dag van vandaag in Frankrijk voort onder de namen *obligation solidaire* (de hoofdelijkheid van art. 1200 e.v. CC (oud)/art. 1310 CC (nieuw)) en de jurisprudentiële *obligation in solidum*.⁴

In Duitsland werd ook de gemeenrechtelijke onderverdeling in correaliteit en solidariteit bepleit, maar het BGB van 1896 (van kracht vanaf 1900) deed het onderscheid in de ban met de invoering van ‘Gesamtschuld’, een algemene regeling voor alle vormen van hoofdelijke verbintenissen.⁵

2.2 UNITEIT OF PLURALITEIT

Het Nederlandse recht heeft onder het BW van 1838 een met het Franse recht vergelijkbare ontwikkeling doorgemaakt. In ons land zijn twee zaken onderwerp van discussie geweest: in de eerste plaats of de hoofdelijkheid van art. 1316 BW (oud) de uniteitsleer incorporeerde, en in de tweede plaats of er naast de wettelijk geregelde hoofdelijkheid een andere vorm van ‘hoofdelijkheid’ bestond. Voor een goed begrip van hetgeen heden ten dage onder de noemer van hoofdelijkheid door het leven gaat, is het nodig op deze twee vraagpunten in te gaan.

Net als in Frankrijk bestond in ons land onenigheid over de vraag of hoofdelijkheid één enkele verbintenis betrof dan wel evenzovele verbintenissen als er debiteuren waren. In de negentiende eeuw waren er schrijvers die meenden dat de hoofdelijkheid van art. 1316 BW (oud) één enkele verbintenis met meerdere debiteuren betrof.⁶ In onze eeuw hebben de meeste schrijvers zich gekeerd tegen deze opvatting.⁷ De twist over uniteit of pluraliteit vond uiteraard zijn aanleiding in de tweeslachtigheid van de regeling van de hoofdelijkheid in het oude BW. Die tweeslachtigheid werd door Van Goudoever aldus getypeerd:

“Het is alsof de wet nu eens de verbintenis beschouwt als een band, waarmede sommige personen op zoodanige wijze aan één ander persoon verbonden zijn, dat het doorsnijden van één dier verbindingen, op welk punt ook, het geheele

4 Uitgebreid Mignot 2002.

5 Daar waren codificaties in verschillende Duitse staten aan voorafgegaan; zie Meier 2010, p. 541 e.v.

6 Diephuis 1886, p. 147-148; Van Weel 1863, p. 137-139; Limburg 1892, p. 4; zie ook nog Veegens-Oppenheim-Polak 1934, p. 60; Drion 1961, p. 38; Kortmann 1996, p. 7.

7 Zie voordien reeds Van Hugenpoth tot den Beerenclaauw 1890, p. 40 en Loeff 1891, p. 70-71.

samenstel doet uiteen vallen; dan weder is het alsof de aanhechting in dier voege plaats heeft, dat het wegvallen van één dier verbindingen wel niet geheel zonder invloed is op de overige, maar dat toch de band tusschen de overblijvende partijen, ofschoon eenigszins geschonden, is blijven bestaan.”⁸

De hoofdelijkheid van het oud BW hinkt met andere woorden op twee (en mogelijk zelfs meer) gedachten.⁹ Dat op zich zou mijns inziens reeds voldoende grond zijn om aan te nemen dat nooit sprake kan zijn van werkelijke uniteit. Hoe dat ook zij, de uniteitsleer werd niet de heersende. Hooguit werd gemeend dat hoofdelijkheid ‘unitaire trekjes’ had.¹⁰

Opvallend is evenwel dat de Hoge Raad zich in 1901 nog uitsprak *voor* de uniteitsleer. In een rechtszaak over aansprakelijkheid van meerdere personen ex art. 1401 BW (oud), oordeelde hij namelijk:

“(…) dat art. 1318 BW in dit geval niet toepasselijk is, omdat hier geene hoofdelijke verbintenis in den zin van art. 1316 aangenomen kan worden; dat toch, wanneer onderscheidene op zichzelf staande onrechtmatige daden aanleiding geven tot eene verplichting om de uit die daden ontstane schade te vergoeden, *er niet bestaat eene enkele verbintenis met meerdere schuldenaren, maar zoveele verbintenissen als er zelfstandig aansprakelijke personen zijn*, die met elkander door geen rechtsband verbonden worden, zij het ook dat het voorwerp van ieders verbintenis hetzelfde is.” (curs. WvB)¹¹

Hieruit moet mijns inziens worden afgeleid dat de Hoge Raad rond 1900 meende dat hoofdelijkheid één enkele verbintenis betrof met meerdere subjecten aan de passieve zijde. Het arrest werd door de doctrine op dit punt vrijwel geheel genegeerd. Kort nadien schreef de een (zonder enige vermelding van het arrest) dat “de leer van de eenheid der verbintenis (...) haar gezag goeddeels [heeft] verloren”,¹² terwijl andere auteurs het arrest min of meer

8 Asser/Van Goudoever 1913, p. 72. Zie ook Asser/Losecaat Vermeer 1939, p. 86.

9 Vgl. Hofmann/Van Opstall 1959, p. 212: “Het is moeilijk in het geheel der bepalingen omtrent hoofdelijke verbintenissen een systeem te ontdekken. Zij zijn kennelijk meer uiting van strijdende dan van leidende gedachten.”

10 Zie bijv. Asser/Rutten 1981, p. 86-87, die in navolging van Asser/Losecaat Vermeer 1939, p. 86 meent dat in zekere zin zowel pluraliteit als uniteit aan de orde is. Zo ook Völlmar 1952, p. 117 en Schoordijk 1984, p. 485.

11 HR 3 mei 1901, W. 7601 (*Jansen van Oist/Ariese*).

12 Asser/Van Goudoever 1913, p. 81.

doodzwegen.¹³ Slechts een enkeling ging uitdrukkelijk met de Hoge Raad in discussie.¹⁴ De Hoge Raad heeft zich na het arrest van 1901 nooit meer uitgelaten over de uniteitsleer.¹⁵

Het lijkt erop dat Meijers de uniteitsleer verwierp. Dat hangt samen met de omstandigheid dat Meijers meende dat aan hoofdelijke verbintenissen *de iure constituendo* een meer onafhankelijk karakter toekwam dan onder het BW van 1838 het geval was.¹⁶ Bij de door Meijers voorgestane onafhankelijkheid van de verbintenissen, die duidelijk afgeleid was van de Duitse regeling van de ‘Gesamtschuld’ in het BGB (1900), kon geen sprake zijn van lotsverbondenheid, laat staan van uniteit. Toch sprak Meijers zich niet duidelijk uit tegen de uniteitsleer. In de Toelichting Meijers bij afdeling 6.1.2 BW geschiedt zulks evenmin. De Toelichting vermeldt letterlijk dat het Ontwerp geen uitdrukkelijk antwoord geeft op de vraag of bij hoofdelijkheid één verbintenis bestaat met meer dan een debiteur dan wel evenzovele verbintenissen als debiteuren. Uit het vervolg blijkt echter dat weliswaar sprake is van eenheid van object van de verbintenis, maar ook van evenzovele verbintenissen als er debiteuren zijn:

“De crediteur heeft tegen ieder der schuldenaren een in vele opzichten zelfstandig vorderingsrecht, maar deze vorderingsrechten vormen tezamen slechts één post in het vermogen van de schuldeiser.”¹⁷

Het is ongelukkig dat de Toelichting Meijers twijfel laat bestaan over de kwestie van uniteit. Uit het gegeven voorbeeld dat de crediteur over elk van de vorderingsrechten jegens de hoofdelijke debiteuren afzonderlijk kan beschikken, blijkt evenwel dat geen sprake is van één enkele vordering. De uniteit van het object van de verbintenissen leidt niet tot uniteit van verbintenis. Dit beeld wordt bevestigd door de Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer:

13 Volledige weglating door Suijling 1936, p. 99, p. 111, verbanning naar een voetnoot (‘vgl. ook’) door Asser/Losecaat Vermeer 1939, p. 86 nt. 1.

14 Nap 1908, p. 285-288, Segers 1920, p. 401. De perceptie van de discussie zélf verschilde overigens ook aanzienlijk: de ene auteur schetste het beeld dat ‘de schrijvers’ de uniteitsleer aanhingen, terwijl de andere meende dat de schrijvers verdeeld waren. Zie bijv. Meijers 1948, p. 158 resp. Asser/Losecaat Vermeer 1939, p. 86. Vgl. Meijers 1921, p. 64.

15 Tegen de uniteitsleer pleiten m.i. HR 18 december 1959, NJ 1960/121 (*De Gouw/De Hamer*), HR 26 april 1968, NJ 1969/19 (*Rietbroek/Alkemade*), HR 9 mei 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC0846, NJ 1969/307 (vof *Rotterdam-Limburg Beurtvaart c.s./La Neuchâteloise*).

16 Meijers 1921, p. 64; T.M. bij Afd. 6.1.2, Parl. Gesch. Boek 6, p. 91-93. Zie ook Meijers’ worsteling met de uniteitsleer in zijn noot onder HR 25 juni 1937, NJ 1937/1095 (*Van Iddekinge en Buwalda q.q./koopman Triesenberg*). In deze noot spreekt hij zich niet uit tegen de uniteitsleer.

17 Parl. Gesch. Boek 6, p. 95.

“Zoals in de toelichting wordt uiteengezet is het uitgangspunt van de onderhavige regeling immers dat hoofdelijke verbondenheid aan de vorderingsrechten van de schuldeiser jegens ieder van de schuldenaren niet het zelfstandige karakter ontnemt.”¹⁸

Was de Toelichting Meijers niet geheel duidelijk, de uiteindelijke wettekst is dat nog steeds niet. De artt. 6:6 en 10 BW spreken immers van ‘een zelfde schuld’ en ‘bijdragen in de schuld’. Deze zinsneden zouden kunnen doen vermoeden dat de uniteitsleer in het huidige BW is geïncorporeerd.¹⁹ Die conclusie is echter onjuist; met De Kok moet aangenomen worden dat het BW van de pluraliteitsleer uitgaat.²⁰ Wel nuanceert De Kok dat het begrip ‘dezelfde schuld’ als fictie nuttig kan zijn “zolang hij de samenhang tussen een aantal verschijnselen zichtbaar maakt en hij hulp biedt bij het aannemen en verklaren van nieuwe gevolgtrekkingen”.²¹ Mijns inziens is het verkieslijker om het gebruik van een dergelijk begrip dat in het verleden voor zoveel verwarring en onduidelijkheid heeft gezorgd, achterwege te laten.²² Om verwarring te voorkomen had de zinsnede “ten aanzien van een zelfde schuld” in art. 6:6 lid 2 BW beter vervangen kunnen zijn door “ten aanzien van een zelfde prestatie”.²³ Het woord ‘schuld’ in art. 6:10 BW zou beter ‘prestatie’ kunnen luiden. Het betreft immers meerdere verbintenissen met hetzelfde prestatie-object.²⁴

18 Parl. Gesch. Boek 6, p. 106.

19 Zie ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 99: “(...) indien de aansprakelijkheid van schuldenaren er een is ten aanzien van éénzelfde schuld, is er geen reden waarom deze afdeling [afd. 6.1.2, WvB] niet rechtstreeks van toepassing zou zijn”. Onduidelijk is ook Asser/Hartkamp 6-I 2004, nr. 92: “Hoofdelijkheid is een wijze van voorkomen van de verbintenis met een veelheid van subjecten.” Dit zinnetje was al te vinden in nr. 92 vanaf de editie uit 1984; het is in de editie uit 2008 echter vervangen door: “Hoofdelijkheid is een voorbeeld van pluraliteit van schuldenaren of schuldeisers” (zie thans Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012, nr. 99).

20 De Kok 1990, p. 37 e.v., m.n. p. 39; Van Boom 1999, p. 11-13; Asser/Van Schaick 7-VIII 2012, nr. 62; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012, nr. 99. Vgl. ook Schoordijk 1979, p. 78, Schoordijk 1984, p. 485, die de vraag wel lijkt op te werpen, maar niet tot beantwoording overgaat. Inmiddels wel duidelijk Schoordijk 2003, p. 71 (“natuurlijk zijn hier meer verbintenissen”).

21 De Kok 1990.

22 De gangbare literatuur formuleert niet scherp. Cahen 2002, p. 23 spreekt van een verbintenis met meer dan een enkele debiteur; De Jong et al. 2014, p. 32-33 spreken van “hoofdelijke verbondenheid van schuldenaren uit dezelfde verbintenis” en “hoofdelijke aansprakelijkheid voor een verbintenis”.

23 Vgl. reeds Asser/Losecaat Vermeer 1939, p. 86.

24 In de literatuur wordt ook nog wel verdedigd dat mogelijkerwijs van uniteit van verbintenis en tegelijk van pluraliteit van vorderingsrechten gesproken kan worden. Bijv. Van Kessel 2013, p. 94 nt. 4; mogelijkerwijs ook in die richting Nass & Nass 2014, p. 735-742 (maar eerlijk gezegd ben ik er niet zeker van, want het betoog is nogal onduidelijk). Vandenbogaerde 2015, p. 444-446 kiest een opvallende tussenoplossing voor het Belgische recht: nu eens geldt uniteit, dan weer pluraliteit. De HR heeft geen duidelijke positie gekozen in het debat, hoewel HR 13 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9261, NJ 2004/212 (*Hitz c.s./Theunissen*) nog het meest wijst in de richting van de pluraliteitsleer.

2.3 HOOFDELIJKHEID EN TOEVALLIG SAMENLOPENDE VERBINTENISSEN

Belangrijker dan de discussie over de uniteitsleer was in Nederland de vraag of *elke* samenloop van verbintenissen hoofdelijkheid opleverde. Tot 1901 heeft het idee dat er naast de in de wet bedoelde vorm van hoofdelijkheid een andere ‘hoofdelijkheid’ zou kunnen bestaan, vrijwel geen aandacht gekregen.²⁵ Na het arrest *Jansen van Oist/Ariese*,²⁶ waaruit hiervoor reeds werd geciteerd, maakte – net als in Frankrijk en België²⁷ – ook in Nederland de opvatting zich meester van de doctrine dat naast de gesloten rangen van de wettelijk geregelde ‘correale’ hoofdelijkheid er een ander soort ‘hoofdelijkheid’ van meer ‘solidaire’ aard bestond.²⁸ Art. 1318 BW (oud) bepaalde dat hoofdelijkheid niet aanwezig verondersteld mocht worden, maar integendeel uitdrukkelijk moest zijn gestipuleerd of op een wetsbepaling kon berusten. Het artikel stelde de doctrine voor de vraag hoe de samenloop van verbintenissen die niet uitdrukkelijk tot hoofdelijke waren bestempeld, moest worden afgewikkeld. Deze vraag deed zich met name in het delictuele aansprakelijkheidsrecht gevoelen. Na afschaffing in 1884 van het tot dan toe nog altijd hier te lande geldende art. 55 Code Pénal,²⁹ bestond er niet langer een wetsbepaling die met zoveel woorden hoofdelijkheid in het leven riep ten aanzien van opzettelijk samenwerkende mededaders. De hoofdelijkheid van ‘toevallige’ mededaders, dat wil zeggen de personen wier onafhankelijk gepleegde onrechtmatige daden samenkomen in een en dezelfde schadegebeurtenis, was nimmer in het BW neergelegd.³⁰

In het arrest *Jansen van Oist/Ariese* uit 1901 wees de Hoge Raad de toepasselijkheid van de artt. 1316 en volgende af voor buitencontractueel mededaderschap, met als weinig

25 Zie ook daarna nog bijv. Asser/Limburg 1905, p. 57 nt. 2.

26 HR 3 mei 1901, W. 7601 (*Jansen van Oist/Ariese*).

27 Malaurie et al. 2013, p. 719 e.v.

28 Ik zet de begrippen ‘correaal’ en ‘solidair’ met opzet tussen aanhalingstekens, aangezien het onjuist zou zijn in de discussie die zich na 1901 ontpopte, een voortzetting te zien van de onder het gemene Romeinse recht gevoerde discussie over het onderscheid tussen solidariteit en correaliteit. Het betreft een andere discussie, zij het een die raakvlakken heeft met die welke voor het gemene recht in de negentiende eeuw werd gevoerd. Zo ook Asser/Van Goudoever 1913, p. 77 en Van Brakel 1948, p. 318 nt. 1.

29 Art. 55 CP bepaalde (in de Nederlandse versie): “Allen die wegens eene en dezelfde misdaad of wegens een en hetzelfde wanbedrijf veroordeeld worden, zullen ieder in persoon en voor het geheel (in solidum), voor de boeten, teruggaven, schaden en interessen en kosten, gehouden zijn.” Het artikel zag op die personen die veroordeeld werden ter zake van hetzelfde misdrijf (medeplichtigheid inclusief); zie Schooneveld & Van IJsselstein 1866, p. 40, Van Weel 1863, p. 510-511. De hoofdelijkheid van medeplegers is overigens nooit helemaal verdwenen; zie bijv. HR (strafkamer) 3 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9053, NJ 2003/608, HR (strafkamer) 7 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8339, NJ 2006/615 (strafkamer) en HR 9 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5554, NJ 2012/595, waar voor de toepassing van art. 36f Sr (maatregel van schadevergoeding) simpelweg naar hoofdelijkheid naar burgerlijk recht wordt verwezen. Ik neem aan dat hiermee art. 6:102 BW is bedoeld. Met ingang van 1 juli 2011 (Stb. 2011, 171) kan de hoofdelijkheid ook de verplichting van mededaders betreffen om wederrechtelijk genoten voordeel af te staan (art. 36e lid 7 Sr), maar in de rechtspraak wordt deze mogelijkheid zeer terughoudend toegepast.

30 Nap 1908, p. 276, Asser/Van Goudoever 1913, p. 75, Knap 1925, p. 14. Vgl. Kist 1861, p. 70.

redengevende motivering dat toch sprake was van evenzoveel verbintenissen als er zelfstandig aansprakelijke personen waren, die niet met elkaar waren verbonden door enige rechtsband.³¹ Het heeft er veel van weg dat de Hoge Raad de uniteitsleer als kenmerk van hoofdelijkheid naar voren schoof om deze vervolgens af te zetten tegen de figuur die later door Van Goudoever “toevallig samenlopende verbintenissen” werd gedoopt.³²

De uitspraak van de Hoge Raad bleek in elk geval het startsein voor menig schrijver om kritiek te spuien over de wettelijke regeling van hoofdelijkheid. Velen waren ongelukkig met het overwegend ‘correale’ karakter van hoofdelijkheid.³³ De wetgever had er in hun ogen beter aan gedaan het zelfstandige karakter van de verbintenissen centraal te stellen door rechtsfeiten als verzuim slechts werking toe te kennen in de betreffende verbintenis, zonder doorwerking in de overige verbintenissen. Uit onvrede over de wettelijke regeling van de hoofdelijkheid kwam al snel de gedachte voort dat deze restrictief diende te worden toegepast en uitgelegd.³⁴ De werking van hoofdelijkheid werd met name afgewezen voor de samenloop van verbintenissen, waarvan de debiteuren geen onderlinge rechtsband onderhielden alvorens de samenloop zich voordeed. Het ging daarbij niet alleen om de toevallige samenloop van de verbintenissen van meerdere aansprakelijken uit onrechtmatige daad, maar ook die van bijvoorbeeld de onzorgvuldige bewaarnemer enerzijds en de dief van de in bewaring gegeven zaak anderzijds, of de plicht van de schadeverzekeraar om tot uitkering over te gaan enerzijds en de schadevergoedingsplicht van de laedens anderzijds.³⁵

De meeste schrijvers onderschreven daarom het oordeel van de Hoge Raad dat bij mededaderschap geen sprake was van hoofdelijkheid.³⁶ De vraag was vervolgens welke rechtsfiguur zich bij mededaderschap dan wél voordeed. De meeste auteurs meenden dat mededaders *elk voor het geheel*, maar niet hoofdelijk, tot schadevergoeding waren gehouden en dat daarom geen opdeling in deelschulden mocht plaatshebben. Zou de benadeelde namelijk evenzovele deelvorderingen als debiteuren hebben, dan zou een laedens er belang bij hebben mede-aansprakelijken te kunnen aanwijzen. Het bestaan van meerdere aansprakelijken zou de benadeelde in een nadeliger positie brengen dan wanneer sprake was van

31 HR 3 mei 1901, *W. 7601 (Jansen van Oist/Ariese)*; kritisch over dit arrest Nap 1908, p. 287.

32 Asser/Van Goudoever 1913, p. 76. Zie ook Veegens-Oppenheim-Polak 1934, p. 149.

33 Land, p. 91, Meijers 1921, p. 64, Suijling 1936, p. 99, p. 111, Hofmann 1932, p. 120-121, Asser/Losecaat Vermeer 1939, p. 92, De Kok 1965, p. 54-56.

34 Zo reeds, zij het met een beroep op de inconsistenties in de wettelijke regeling, Asser/Limburg 1905, p. 66.

35 Hofmann 1932, p. 117, p. 121; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 449-450; De Kok 1965, p. 87 e.v.

36 Van Weel 1863, p. 518, Simons 1902, p. 91, Meijers 1921, p. 64, Scholten 1926, Suijling 1936, p. 138, Knap 1925, p. 30-31, Clavareau 1938, p. 394, De Kok 1965, p. 54-55, Pitlo-Bolweg 1979, p. 337. Vgl. ook Schoordijk 1979, p. 78, Van Buchem-Spapens 1982, p. 9, Parl. Gesch. Boek 6, p. 355. Vóór hoofdelijkheid van mededaders, met een aansprekend beroep op analoge toepassing van art. 619 BW (oud): Segers 1920, p. 394 e.v. Vgl. in dat verband ook art. 1416d BW (oud), ingevoerd in 1928, houdende hoofdelijkheid van meerdere personen aansprakelijk voor een misleidende prospectus, alsmede het zgn. Ontwerp Regout 1911 inzake onrechtmatige daad, art. 1402 (afgedrukt in *WPNR* 1911/2149). Van Brakel 1948, p. 318 meent dat wel sprake is van hoofdelijkheid in geval van opzettelijk samenwerkende mededaders, aangezien in dat geval sprake zou zijn van één gemeenschappelijke oorsprong voor ieders aansprakelijkheid.

slechts één aansprakelijke. Dit sprak geen van de schrijvers aan. Voorts was een belangrijke overweging dat ingeval van deelschulden de bewijslast ten aanzien van de veroorzakingsaandelen alsmede het risico van insolventie van een van de aansprakelijken zou rusten bij de benadeelde; vrij algemeen werd gemeend dat het rechtvaardiger was dat de mededaders voor elkaars gegoedheid zouden instaan. De gedachte dat bij mededaderschap sprake was van deelschulden, werd om deze redenen verworpen.³⁷ De derde rechtsfiguur die werd verkozen boven hoofdelijkheid en deelschuld, was die van de toevallig samenlopende verbintenissen.

Latere rechtspraak van de Hoge Raad ging verder op de in 1901 ingeslagen weg van de toevallig samenlopende verbintenissen.³⁸ De Raad aanvaardde deze figuur niet alleen voor opzettelijk samenwerkende mededaders, maar ook voor de aansprakelijkheid voor toevallig samenlopende schadeoorzaken.³⁹ Bovendien is zij postuum toegepast op gevallen die sinds 1992 onder het werkingsbereik van art. 6:99 BW vallen.⁴⁰

Volledige duidelijkheid over de inhoud, strekking en reikwijdte van de rechtsfiguur van toevallig samenlopende verbintenissen is evenwel nooit ontstaan.⁴¹ Uit de weinige rechtspraak werd wel duidelijk dat het verrichten van de verschuldigde prestatie door de ene debiteur de vorderingen van de crediteur jegens de andere debiteuren teniet deed gaan,⁴² dat de debiteuren onderling regresrechten hadden,⁴³ dat een dading overeengekomen tussen de crediteur en een van de debiteuren geen invloed had op de omvang van de aansprakelijkheid of de regresrechten van de anderen,⁴⁴ en dat een gewijsde tussen de crediteur

37 Loeff 1891, p. 94; Land 1892, p. 97; Simons, 1902, p. 91; Segers 1920, p. 407-408; Hofmann 1932, p. 121; Voetelink 1952, p. 76-77; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 450; Parl. Gesch. Boek 6, p. 354. Voor deelschulden: Kist 1861, p. 70, Limburg 1892, p. 4 nt. 19, Cohen 1891, p. 27-28 en Wolfsbergen 1927, p. 512-513.

38 HR 18 juni 1920, W. 10630, WPNR 1921/2667 (*Het Genootschap van Nederlandsche Componisten/Metzlar*), HR 17 december 1954, NJ 1955/68 (*gelddieven*), HR 4 november 1955, NJ 1956/1 (*The London & Lancashire Insurance Company/Huygen*). Vgl. ook HR 21 december 1923, NJ 1924/121 (*Deen/Perlak Petroleum Maatschappij*), HR 6 maart 1924, W. 11192 (*Hoek/Stoomsleepdienst Voorwaarts*), HR 20 juni 1924, NJ 1924 1107 (*Truffino/De Kanter en Westerouen van Meeteren q.q.*) en HR 16 november 1939, NJ 1940/76 (*Kardorff/Van Haarlem II*).

39 HR 24 december 1999, ECLI:NL:HR:AA4004, NJ 2000/351 (*Nugteren/Meskes*): “Zowel naar het vóór 1 januari 1992 als naar het sedertdien geldende recht is in het zich hier voordoende geval, dat een schade is ontstaan door onrechtmatige gedragingen van twee of meer personen terwijl voor elk van die gedragingen geldt dat de schade zonder die gedraging niet zou zijn ingetreden, en derhalve door een samenloop van oorzaken, ieder van die personen jegens de benadeelde voor de gehele schade aansprakelijk.”

40 HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, NJ 1994/535 (*Des-dochters*); HR 17 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2247, NJ 1997/230 (*Moerman/Bakker*); HR 31 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1301, NJ 2003/346 (*Drewel e.a./AMEV*).

41 Zo ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 92.

42 HR 8 februari 1935, NJ 1935/425 (*Geefshuyzen/Van der Meer*); zie Bloembergen 1965, nr. 100.

43 HR 30 oktober 1925, NJ 1926/157 (*NV Van Nievelt Goudriaan & Co's Stoomvaartmaatschappij/Compagnie Auxiliaire de Navigation & Volker*); HR 4 november 1955, NJ 1956/1 (*The London & Lancashire Insurance Company/Huygen*); HR 13 december 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0445, NJ 1992/316 (*Korstanje II*). Vgl. ook HR 10 oktober 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC1618, NJ 1976/175 (*Van der Kleij/Interpolis*).

44 HR 17 december 1954, NJ 1955/68 (*gelddieven*).

en een van de debiteuren geen gezag toekwam in de verhouding tussen de crediteur en de andere debiteuren.⁴⁵ De werking van verjaring, vermenging, verzuim, en verrekening is in rechtspraak onbeslist gebleven,⁴⁶ maar het laat zich raden dat wegens de onafhankelijkheid van de samenlopende verbintenissen de meeste van deze rechtsfeiten slechts werking toekwam in de betreffende rechtsverhouding. Analoge toepassing van de regels van hoofdelijkheid werd door de doctrine alleen aanvaardbaar geacht indien zulks onder de betreffende omstandigheden redelijk en wenselijk was.⁴⁷

Hoewel de Hoge Raad zich slechts heeft uitgelaten over de toevallige samenloop van verbintenissen uit art. 1401 BW (oud), werd in de literatuur verdedigd dat soortgelijke regels golden voor de toevallige samenloop van verbintenissen uit zaakwaarneming, schadeverzekering en wanprestatie.⁴⁸ In het volgende hoofdstuk komt de vraag aan de orde in hoeverre dergelijke samenloop van verbintenissen naar huidig recht tot het domein van de hoofdelijkheid behoort.

Afsluitend kan worden gezegd dat de figuur van de toevallig samenlopende verbintenissen een door rechtspraak en doctrine ontwikkelde buitenwettelijke figuur is die de wenselijk geachte onafhankelijkheid van de verbintenissen beter bewerkstelligde dan hoofdelijkheid. Wat zij met hoofdelijkheid gemeen had, was de identiteit van prestatie: voldeed de een, dan waren de anderen bevrijd. Voor het overige werd de zelfstandigheid van de verbintenissen benadrukt. Zo betekende het verzuim van een debiteur – anders dan bij hoofdelijkheid – niet het verzuim van alle debiteuren. Het bedenksel van de toevallig samenlopende verbintenissen diende het redelijk geachte resultaat,⁴⁹ maar in wezen was het rebellie tegen de wettelijke regeling van de hoofdelijkheid.⁵⁰

De onduidelijkheden over de uniteitsleer en de jurisprudentiële vorming van de figuur van de toevallig samenlopende verbintenissen waren aanleiding voor een herbezinning op de figuur van de hoofdelijkheid. De Nieuw BW-wetgever heeft beoogd de rechtsonze-

45 HR 2 mei 1997, NJ 1997/663 (*Kip en Sloetjes/Boerenleenbank Winterswijk*).

46 Vgl. over e.e.a. voorzichtig Asser/Van Goudoever 1913, p. 94-95. Losecaat Vermeer, Rutten en Hartkamp zwijgen in hun bewerkingen over de genoemde punten.

47 Zie bijv. Hofmann 1932, p. 121, Asser/Losecaat Vermeer 1939, p. 93, Völlmar 1952, p. 119, Bloembergen 1965, nr. 100. Vgl. Schoordijk 1979, p. 78.

48 Zie o.m. Asser/Van Goudoever 1913, p. 76, Asser/Losecaat Vermeer 1939, p. 90-91, Bloembergen 1965, nr. 100, De Kok 1965, p. 91.

49 Vgl. Bloembergen 1965, nr. 104, die overweegt dat er eigenlijk geen reëel onderscheid valt aan te wijzen tussen hoofdelijkheid en toevallig samenlopende verbintenissen.

50 Zo ook reeds Cohen 1891, p. 27. In vergelijkbare zin laat Schoordijk 1979, p. 78, zich uit als hij stelt dat de Hoge Raad de regels van hoofdelijkheid wel zou hebben toegepast op mededaders als deze regels tot billijke resultaten zouden hebben geleid. Ter illustratie: Hofmann/Van Opstall 1976, p. 447 wijst hoofdelijkheid af voor de samenloop van verbintenissen uit art. 1403 en 1401 BW (oud), terwijl consequente doorvoering van de op dezelfde pagina gegeven, ruime opvatting voor hoofdelijkheid *ex lege* tot het aannemen van hoofdelijkheid zou moeten leiden.

kerheid over de afbakening van de toevallige samenloop van verbintenissen ten opzichte van de hoofdelijkheid weg te nemen.⁵¹ De totstandkomingsgeschiedenis rept van twee middelen ter bereiking van dit doel: enerzijds door het trekken van scherpere grenzen tussen hoofdelijkheid, ondeelbaarheid en toevallig samenlopende verbintenissen en anderzijds door het zoveel als mogelijk wegnemen van de verschillen in rechtsgevolg tussen deze figuren.⁵² Per saldo heeft de wetgever afscheid genomen van het Franse stelsel van ‘correale’ hoofdelijkheid en is in 1992 een hoofdelijkheidsfiguur in ons recht geïntroduceerd die naar mijn mening zeer sterke gelijkenis vertoont met de inmiddels honderdjarige Duitse ‘Gesamtschuld’. Met de invoering van het BGB is in Duitsland destijds namelijk bewust gekozen voor een hoofdelijkheidsvorm die zowel de toevallig samenlopende schadevergoedingsverbintenissen als de hoofdelijke verbintenissen uit contract in zich verenigde.⁵³ De Duitse wetgever bepaalde voorts dat ‘persoonlijke rechtsfeiten’ in een van de hoofdelijke verbintenissen geen werking hebben in de rechtsverhouding van de crediteur tot de andere debiteuren.⁵⁴ Zo hebben rechtsfeiten als verzuim, toerekening, verjaring en stuiting daarvan alsmede gezag van gewijsde geen werking *erga omnes*. Slechts aan de betaling en de daarmee gelijkgestelde handelingen komt ‘Gesamtwirkung’ toe.⁵⁵ Aldus is het zelfstandige karakter van elk van de hoofdelijke verbintenissen gewaarborgd.

51 Parl. Gesch. Boek 6, p. 91-93. Vgl. ook Parl. Gesch. Inv. Wijziging, p. 420. In dit verband is het ongelukkig dat Keirse & Jongeneel 2013, p. 136 het begrip ‘quasi-hoofdelijke’ aansprakelijkheid gebruiken in verband met art. 6:189 BW (productaansprakelijkheid), waar het naar mijn mening gewone hoofdelijkheid voor toevallig samenlopende aansprakelijkheid betreft (met uiteraard de verplichting om deze hoofdelijkheid EU-conform uit te leggen, wat dat ook moge betekenen in deze context). Vgl. Hartlief 2015, p. 305.

52 Parl. Gesch. Boek 6, p. 92. Zie Van Buchem-Spapens 1982, p. 5.

53 Zie § 840 (‘Nebentäter’), § 830 (‘Mittäter’, ‘Alternativtäter’) resp. § 421 jo § 427 BGB. Let wel: art. 6:102 BW gaat verder dan § 840 BGB omdat art. 6:102 BW niet eist dat de samenlopende schadevergoedingsverbintenissen alle uit delict zijn ontstaan (vgl. Krans 1999, p. 209, p. 213). Inmiddels lijkt het BGH § 840 BGB (althans § 421 BGB) ook toe te passen op die samenloop; zie BGH 26 juni 2003, BGHZ 155, 265.

54 Zie § 425 BGB.

55 Zie § 422 en § 424 BGB, welke bepalingen model hebben gestaan voor art. 6:7 BW.

3 DE WEZENSKENMERKEN VAN HOOFDELIJKHEID IN ONS BW

3.1 ALGEMEEN

In dit hoofdstuk wordt gezocht naar de wezenskenmerken van hoofdelijkheid. Waar hebben we het over als we refereren aan de rechtsfiguur hoofdelijkheid? Wanneer doet hoofdelijkheid zich voor? Welke rechtsgronden voor hoofdelijkheid zijn er? Wat zijn de essentiële kenmerken van hoofdelijkheid? En hoe kan hoofdelijkheid worden onderscheiden van aanverwante rechtsfiguren? Bij behandeling van deze vragen zal het thans in ons land geldende recht centraal staan, maar waar dit nodig en nuttig lijkt, sta ik tevens stil bij oud en vreemd recht.

Het is duidelijk dat de huidige regeling van de hoofdelijkheid (art. 6:6-6:15 BW) is geënt op de Duitse wettelijke regeling van de ‘Gesamtschuld’ (§ 420 e.v. BGB). De gelijkenis tussen de beide regelingen schuilt onder meer in het grote bereik van de hoofdelijkheid. Onder werking van het oude BW was – naar Frans voorbeeld – een min of meer uitdrukkelijke verwijzing in wet of overeenkomst vereist voor toepasselijkheid van de hoofdelijkheidsregels.¹ Naar huidig recht behoort net als in het Duitse recht een groter toepassingsbereik van hoofdelijkheid tot de mogelijkheden.² Zo zijn toevallig samenlopende verbintenissen die strekken tot vergoeding van dezelfde schade, op grond van art. 6:102 BW hoofdelijk.³

Hier kan worden opgemerkt dat art. 6:102 BW op zichzelf al een ruim toepassingsbereik heeft.⁴ Waar het om de oplegging van de strafrechtelijke maatregel van schadevergoeding bij medeplegen en medeplichtigheid in strafrechtelijke zin gaat, zal bijvoorbeeld ook van hoofdelijke aansprakelijkheid sprake kunnen zijn.⁵

1 De restrictieve toepassing van de hoofdelijkheidsregels werd opgehangen aan art. 1318 BW (oud); zie bijv. HR 30 april 1936, NJ 1936/970 (*Kardorff/Van Haarlem I*), vervolgd in HR 16 november 1939, NJ 1940/76 (*Kardorff/Van Haarlem II*); zie echter ook voor een voorbeeld van extensieve toepassing HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9519, NJ 1990/184.

2 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 96.

3 Art. 6:102 BW lijkt te zijn geënt op (§ 830 en) § 840 BGB. Zie Van Boom 1999, p. 18.

4 Daarover bijv. Van Boom 2003; Keirse & Jongeneel 2013, p. 129 e.v.

5 Aldus HR (strafkamer) 3 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9053, NJ 2003/608, HR (strafkamer) 7 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8339, NJ 2006/615 en HR (strafkamer) 9 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5554, NJ 2012/595, waar voor de toepassing van art. 36f Sr (maatregel van schadever-

Gegeven dit ruime toepassingsbereik van de hoofdelijkheid, rijst de vraag of naar huidig recht *elke* samenloop van verbintenissen tot hoofdelijkheid leidt of dat daarvoor meer nodig is. De Toelichting Meijers stelt dat de twistvraag of er in bepaalde gevallen sprake is van hoofdelijkheid dan wel van toevallige samenloop, onder het nieuwe recht grotendeels is beslecht door art. 6:102 BW. De Toelichting stelt vervolgens:

“In de overblijvende gevallen van samenloop, die zo ongelijksoortig zijn dat zij niet voor een uniforme regeling vatbaar zijn, moet aan wetenschap en rechtspraak worden overgelaten om te beslissen, in hoeverre de bepalingen van de hoofdelijkheid *naar analogie* toepassing zullen vinden.” (cursivering WvB)⁶

De gecursiveerde woorden ‘naar analogie’ duiden erop dat de bepalingen van afdeling 6.1.2 – althans in de zienswijze van de wetgever – op de niet als hoofdelijk aangeduide vormen van samenloop niet rechtstreeks, maar hoogstens naar analogie kunnen worden toegepast. Voor het nieuwe recht is daarmee voor de ongeregeld gebleven gevallen van samenloop geen rechtstreekse toepasselijkheid van de hoofdelijkheidsregels beoogd. De wetgever lijkt hiermee het uitzonderlijke karakter van hoofdelijkheid, zoals dat onder oud recht werd benadrukt, te willen continueren. Hier bestaat mijns inziens geen reden voor. In de eerste plaats staat namelijk het zelfstandige karakter van de hoofdelijke verbintenissen in het nieuwe BW voorop. Personen die zonder enige voorafgaande rechtsverhouding door de toevallige samenloop van hun verbintenissen hoofdelijk verbonden debiteuren worden, staan immers als zelfstandige debiteuren tegenover de crediteur. Hun interne rechtsverhouding kan op grond van het soepele art. 6:10 BW volledig worden afgestemd op de omstandigheden van het betreffende geval. De regels van hoofdelijkheid kunnen daarom zonder bezwaar rechtstreeks toepassing vinden. In de tweede plaats zijn in art. 6:6 lid 2 BW de bronnen van hoofdelijkheid zo ruim geformuleerd, dat het weinig moeite kost om elke samenloop eronder te vatten. Art. 6:6 lid 2 BW bepaalt namelijk:

“Is de prestatie ondeelbaar of vloeit uit wet, gewoonte of rechtshandeling voort dat de schuldenaren ten aanzien van een zelfde schuld ieder voor het geheel aansprakelijk zijn, dan zijn zij hoofdelijk verbonden.”

Indien uit wet, gewoonte of rechtshandeling *voortvloeit* dat twee of meer personen tot dezelfde prestatie gehouden zijn, ontstaat hoofdelijkheid. Het begrip ‘voortvloeien’ roept onmiddellijk art. 6:1 BW in gedachten; ook daar wordt het werkwoord ‘ontstaan uit’ niet

goeding) simpelweg naar hoofdelijkheid naar burgerlijk recht wordt verwezen. Ik neem aan dat hiermee art. 6:102 BW is bedoeld.

6 Parl. Gesch. Boek 6, p. 93.

toevallig vermeden. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 6:1 BW blijkt dat het bestaan van een verbintenis niet per se gebaseerd hoeft te worden op een uitdrukkelijke wetsbepaling, maar dat – afgezien van de bij contract of door gewoonte in het leven geroepen hoofdelijkheid – aanknoping bij het stelsel van de wet en bij de wél in de wet geregelde gevallen volstaat.⁷ Een dergelijke ruimhartige benadering past ook bij art. 6:6 lid 2 BW.⁸ We zullen dadelijk zien dat uit de bewoordingen en strekking van wetsbepalingen veelal voortvloeit dat dezelfde prestatie verschuldigd is en dat om die reden hoofdelijke aansprakelijkheid bestaat. Hierna zal blijken dat het kernbegrip ‘dezelfde prestatie’ is.

3.2 DE DEELSCHULDPRESUMPTIE VAN ART. 6:6 LID 1 BW

Art. 6:6 lid 1 BW bepaalt dat als een en dezelfde prestatie door twee of meer debiteuren verschuldigd is, elk van die debiteuren voor gelijke delen verbonden is tenzij uit wet, gewoonte of rechtshandeling voortvloeit dat zij voor ongelijke delen of hoofdelijk verbonden zijn. Men zou dit een uitlegvermoeden ten gunste van de deelschuld kunnen noemen. In het oude BW was ook al sprake van een uitlegvermoeden: “Geene verbindtenis wordt voorondersteld hoofdelijk te zijn, ten zij zulks uitdrukkelijk bepaald zij” (art. 1318 BW (oud)).⁹ Aan deze bepaling, die in de eerste plaats zag op contractuele verbintenissen, ligt dezelfde gedachte ten grondslag als aan art. 6:6 lid 1 BW, namelijk dat de debiteur in beginsel slechts een evenredig deel van de gehele prestatie is verschuldigd.

Een voorbeeld van de deelschuldpresumptie zien we bij contracten gesloten door de maatschap. Deze heeft geen rechtspersoonlijkheid en dus contracteert de wederpartij in het beste geval met alle maten gezamenlijk (bijv. via volmacht gegeven aan een van de maten om ook de anderen te vertegenwoordigen). Als alle maten verbonden zijn aan de overeenkomst, dan is elk van hen voor de nakoming van de verbintenis ‘van de maatschap’ persoonlijk aansprakelijk. Betreft het een deelbare prestatie, dan wordt de schuld gedeeld door het aantal maten en is elke maat tot ten hoogste het eigen deel aan te spreken (art. 7A:1679-1681 BW).¹⁰ Is echter sprake van een overeenkomst van opdracht aan de maten,

7 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012, nr. 48 e.v. Vgl. Van Buchem-Spapens 1982, p. 13.

8 Aldus ook De Kok 1990, p. 137 e.v., De Kok 1991, p. 284. Zie ook HR 13 december 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0445, NJ 1992/316 (*Korstanje II*). Anders bijv. Klaassen 2001, p. 125.

9 Art. 1318 BW (oud) is gebaseerd op art. 1202 CC (oud); daarover bijv. Malaurie et al. 2013, p. 708-709; Terré et al. 2013, p. 1289-1290. Art. 1309 CC (nieuw) introduceert letterlijk de deelschuldpresumptie, maar anders dan art. 1202 CC (oud) geeft art. 1310 CC (nieuw) aan dat afwijking bij contract mogelijk is en niet zozeer dat afwijking uitdrukkelijk gestipuleerd dient te zijn. Het nieuwe recht staat dus ook een beroep op de impliciete wil tot afwijking toe, aldus Dissaux & Jamin 2015, p. 172; Chantepie & Latina 2016, p. 712.

10 Vgl. HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:588, NJ 2015/241 (*Hoekzema/Bedrijfstad Pensioenfondss*).

dan wijkt de deelschuldregel voor hoofdelijke aansprakelijkheid; zie de (regelrechtelijke) bepaling in art. 7:407 lid 2 BW.¹¹

Een ander voorbeeld biedt het erfrecht: als de debiteur komt te overlijden, wordt de verbintenis ten aanzien van een deelbare prestatie opgedeeld in evenzovele deelschulden als er erfgenamen zijn (art. 4:182 lid 2 BW). Dit is echter anders als uit de overeenkomst tussen crediteur en erflater voortvloeit dat de erven hoofdelijk verbonden zijn.¹²

Art. 6:6 lid 1 BW vooronderstelt voor deelbaarheid van de prestatie dat ‘het geheel’ eenzelfde waarde toekomt als de som der delen. Met andere woorden: verondersteld wordt dan dat ‘de prestatie’ kan worden opgedeeld zonder dat dit leidt tot waardevermindering van de prestatie als geheel.¹³ De betaling van een geldsom is bij uitstek deelbaar.¹⁴ Is nu ‘een prestatie’ deelbaar, dan leidt art. 6:6 lid 1 BW er in beginsel toe dat elk van twee of meer debiteuren die deze prestatie verschuldigd zijn, een gelijk deel moeten presteren. Deze *deelschuldpresumptie* wijkt indien zich een van de genoemde uitzonderingen voordoet.

Het hoofdregel-uitzondering-karakter van art. 6:6 lid 1 BW levert bij nadere beschouwing grote interpretatieproblemen op. Stel dat C € 100 leent aan A en B gezamenlijk. In totaal leent C dus € 100 uit. Uit de bewoordingen van art. 6:6 lid 1 BW blijkt dat de deelschuldpresumptie geldt als meerdere debiteuren een deelbare prestatie verschuldigd zijn. Het is echter de vraag in welke gevallen ‘een prestatie’ door meer personen is verschuldigd. Als A en B gezamenlijk € 100 hebben geleend van C, en zij terugbetaling van € 100 verschuldigd zijn aan C, dan is elk van hen verplicht tot het verrichten van dezelfde verschuldigde prestatie (betaling van € 100). Zijn A en B evenwel elk € 50 verschuldigd aan C, dan is niet sprake van dezelfde prestatie, maar van twee afzonderlijke prestaties van elk € 50. De prestaties cumuleren dan in het vermogen van C tot het geheel van € 100. Het verschuldigd zijn van een prestatie van € 50 betekent alsdan dat sprake is van twee onafhankelijke verbintenissen met elk een eigen prestatie als object.¹⁵

Met dit alles verschaft art. 6:6 lid 1 BW geen duidelijkheid over de vraag of A en B elk een verbintenis op zich hebben genomen die *een (dezelfde) prestatie* betreft. Betreffen de verplichtingen van A en B dezelfde prestatie (elk € 100), dan is sprake van een samenloop die tot hoofdelijkheid leidt. Betreffen zij niet dezelfde prestatie, dan is er geen sprake van samenloop en komt men aan het hoofdelijkheidsvraagstuk niet toe. De deelschuldpresump-

11 Zie voor het onderscheid tussen deelschuld, hoofdelijkheid en uitwinbaar vermogen bij maatschapsschulden HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840, NJ 2013/290 (*Biek Holdings*). Zie uitgebreid Tervoort 2015, hfdst. 6.

12 Art. 6:6 lid 3 BW, waarover Zwolve 2006; vgl. Vandenbogaerde 2015, p. 143. Het ‘voortvloeiën’ dient m.i. ruim te worden uitgelegd.

13 Zie T.M., Parl. Gesch. Boek 6, p. 97, waarover Kortmann 1996, p. 9.

14 HR 9 december 1898, W. 7216 (*Van Kempen/Dijkman c.s.*).

15 Vgl. Suijling 1936, p. 98.

tie van art. 6:6 lid 1 BW lijkt hiermee in drijfzand terecht te komen: als er voor A en B elk een verplichting bestaat tot het verrichten van een prestatie van een gedeelte uit een groter deelbaar geheel, dan is niet sprake van dezelfde prestatie; is daarentegen sprake van de gehoudenheid van meer personen tot het verrichten van dezelfde prestatie, dan is elk voor het geheel van die prestatie aan te spreken. Art. 6:6 lid 1 BW, kortom, *begs the question*.¹⁶

De vraag of in een concreet geval dezelfde prestatie door meer dan één debiteur verschuldigd is, wordt daarmee een kwestie van uitleg. Uit de verklaringen en gedragingen van partijen over en weer in de concrete situatie moet worden opgemaakt of zij zich tot dezelfde prestatie hebben verplicht.¹⁷ Heeft men aan de hand van uitleg vastgesteld dat twee of meer personen tot dezelfde prestatie gehouden zijn, dan is sprake van hoofdelijkheid.

Een en ander leidt er mijns inziens toe dat er geen verhouding als van hoofdregel tot uitzondering kan bestaan tussen wat men noemt deelschuld en hoofdelijkheid. De inhoud van de prestatieplicht van elk van de debiteuren dient op zichzelf te worden beschouwd. Stelt men na uitleg van de wilsverklaringen van geldschietter C enerzijds en geldleners A en B anderzijds vast dat partijen hebben bedoeld een terugbetalingsplicht van A en B voor € 100 in het leven te roepen, dan is daarmee de inhoud van de prestatieplichten van beiden voldoende bepaald. Art. 6:6 lid 1 BW komt hier niet aan te pas.

Art. 6:6 BW wil tot uiting brengen dat indien ‘een prestatie’ te delen is in meerdere prestaties, er dan evenzovele evenredige prestaties verricht moeten worden als er personen zijn die ‘het geheel’ verschuldigd zijn. Het blijft voor mij echter onduidelijk hoe men tegelijk tot het geheel en toch niet tot het geheel verplicht kan zijn. Mijns inziens is het van tweeën een: ófwel men is tot een en dezelfde prestatie verplicht, en dan is er in zoverre samenloop die tot hoofdelijkheid leidt, ófwel men is tot een andere prestatie verplicht dan de andere debiteuren en dan is er geen samenloop. Uiteindelijk is dus beslissend of *eenzelfde* prestatie door meerdere debiteuren verschuldigd is. Aanvaardt men dat criterium, dan is met identiteit van het object van elk van de verschuldigde prestaties hoofdelijkheid gegeven. Ontbreekt die identiteit, dan is geen sprake van ‘een prestatie’ in de zin van art. 6:6 lid 1 BW. Als een opdrachtgever een aannemer de opdracht geeft om een bouwwerk te vervaardigen en een architect opdracht geeft om toezicht te houden, dan spreken we niet van ‘een prestatie’ verschuldigd door twee debiteuren. Hun verbintenissen hebben elk een eigen object. De aansprakelijkheid voor gelijke delen geldt daarom niet. Zij zijn elk tot hun eigen prestatie gehouden.

Het antwoord op de vraag of elk van meerdere personen al dan niet dezelfde prestatie verschuldigd is, dient men mijns inziens te zoeken in de uitleg van de verschillende

16 Logisch sluitender is art. III-4:103 DCFR, dat bepaalt: “If the terms [regulating the obligation] do not determine the question, the liability of two or more debtors to perform the same obligation is solidary.” Zie Von Bar & Clive 2010, p. 977-978; Meier 2011, p. 440 e.v.

17 Het gaat hier om toepassing van de uitlegmaatstaf zoals die in de rechtspraak van de Hoge Raad is neergelegd, te beginnen met HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635 (*Ermes c.s./Haviltex*).

rechtshandelingen dan wel in de bewoordingen en de strekking van de betreffende wetsbepaling, waaruit de verplichting voortvloeit. Benadert men de problematiek aldus, dan blijkt de deelschuldpresumptie van art. 6:6 lid 1 BW overbodig te zijn. We zagen dat reeds bij het voorbeeld van de geldlening, waarbij uitleg van de wilsverklaringen dient plaats te vinden. Bij wetsbepalingen dienen de bewoordingen, maar vooral de strekking doorslaggevend te zijn.

Stel bijvoorbeeld dat er een bepaling in Boek 2 BW was opgenomen die luidde: “In geval van faillissement van de vennootschap is de bestuurder jegens de boedel aansprakelijk voor de tekorten van de vennootschap.” Is er één bestuurder, dan is deze voor het geheel aan te spreken. Waar geen subjecten zijn om de deling in meerdere prestaties aan de orde te stellen, vindt geen deling plaats. Zou men op grond van hetgeen in art. 6:6 lid 1 BW is bepaald, moeten aannemen dat opdeling van aansprakelijkheid voor het tekort wel plaatsvindt als er twee of meer bestuurders zijn? Dat lijkt mij niet het geval. De rechtsregel luidt immers dat ‘de bestuurder aansprakelijk is’.

Voor het standpunt dat ook zonder uitdrukkelijke afwijking van de deelschuldpresumptie de strekking van de betreffende wetsbepaling belangrijker is dan de bewoordingen, pleit de benadering die de Hoge Raad koos in het arrest *The London & Lancashire Insurance Company/Huygen*. Het betrof de vraag of opdeling van het schadevergoedingsbedrag moest plaatsvinden naar rato van het aantal mededaders. De Hoge Raad was van mening dat daarvoor geen aanleiding was:

“(…) dat dan ook ingeval een schade het gevolg is geweest van onrechtmatige daden van meer dan een persoon ieder hunner, als vallende onder den regel van art. 1401, jegens den benadeelde voor het geheel tot vergoeding van de schade is gehouden; dat derhalve de benadeelde een hunner tot vergoeding van de gehele schade kan aanspreken (...)”¹⁸

Elk van de aansprakelijken bleek aan de ‘delictsomschrijving’ van art. 1401 BW (oud) te voldoen en om die reden voor het geheel te kunnen worden aangesproken. Hetzelfde geldt voor een rechtsregel die de bestuurder aansprakelijk acht voor de tekorten van de vennootschap. Als uit die rechtsregel volgt dat een persoon aansprakelijk is voor de tekorten van de vennootschap, dan vindt uit kracht van die bepaling geen deling van de prestatie plaats in evenredigheid met het aantal debiteuren dat tot deze prestatie gehouden is: zij zijn elk

18 HR 4 november 1955, NJ 1956/1 (*The London & Lancashire Insurance Company/Huygen*).

tot dezelfde prestatie gehouden. Elk van de debiteuren voldoet aan de vereisten voor het ontstaan van een verplichting met dezelfde prestatie als object. Uit de rechtsregel volgt het bestaan van hoofdelijkheid; de deelschuldpresumptie vindt geen toepassing. Deze opvatting leidt ertoe dat veel wetsbepalingen die uitdrukkelijk hoofdelijkheid stipuleren, slechts bevestigen wat reeds uit de aard van de betreffende rechtsregel voortvloeit.

Mijn conclusie moet luiden dat art. 6:6 lid 1 BW niet alleen gebrekkig is geformuleerd, maar ook overbodig is. De vraag óf twee of meer personen tot *dezelfde* prestatie verplicht zijn, moet in de eerste plaats aan de hand van uitleg van de rechtshandeling, wetsbepaling of vaststelling van de gewoonte plaatsvinden. Heeft men naar aanleiding van uitleg, bewoordingen of strekking vastgesteld dat inderdaad sprake is van gehoudenheid tot identieke prestaties, dan is er hoofdelijkheid. Zo niet, dan zijn de debiteuren niet dezelfde prestatie verschuldigd; voor die gevallen spreke men liever niet van deelschulden, maar van verschillende prestaties.

3.3 HET KEUZERECHT VAN DE CREDITEUR

Wezenlijk kenmerk van de hoofdelijkheid is dat de crediteur het recht heeft om de gehele prestatie te vorderen van de debiteur van zijn keuze.¹⁹ De crediteur heeft dus het recht om te kiezen welke van de hoofdelijke debiteuren hij in welke volgorde tot nakoming aanspreekt (art. 6:7 BW).²⁰ Dat de aangesprokene moeite zou kunnen hebben met regres op zijn mededebiteuren omdat zij insolvent, onvindbaar of moeilijk uitwinbaar zijn (bijv. omdat zij in het buitenland woonachtig zijn), is geen grond om de hoofdelijke verbintenissen op te knippen in deelschulden. Integendeel, het wezen van hoofdelijkheid is nu juist dat het redelijker wordt geacht om de debiteuren met die incassoproblemen op te zadelen dan de crediteur.²¹

De keuzevrijheid is niet onbegrensd. Als een van de hoofdelijke debiteuren aanbiedt de verschuldigde prestatie te verrichten, dan kan de crediteur niet weigeren. Als dus bijvoorbeeld van twee hoofdelijke debiteuren er één door verrekening met een tegenvordering

¹⁹ Vgl. Vandenbogaerde 2015, p. 404 e.v.

²⁰ Zie bijv. HR 17 maart 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5169, NJ 2000/353 (*Riva/Zannis*); HR 9 augustus 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2509, NJ 2004/317; HR 2 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2733, NJ 2002/24; HR 18 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5152, NJ 2002/612 (*Schaap/Wooncompagnie*). Vgl. voor toevallig samenlopende verbintenissen naar oud recht HR 4 november 1955, NJ 1956/1 (*The London & Lancashire Insurance Company/Huygen*) en HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, NJ 1994/535 (*Des-dochters*), r.ov. 3.7.3 en 3.8; HR 24 december 1999, ECLI:NL:HR:AA4004, NJ 2000/351 (*Nugteren/Meskes*).

²¹ Wanneer de benadeelde wél part of deel heeft aan zijn eigen schade, dan deelt hij om die reden op grond van art. 6:102 lid 2 BW wél mee in het risico dat een van de mede-aansprakelijken insolvent, onvindbaar of niet-uitwinbaar blijkt. In art. 8:545 en 8:1006 BW treft men voor aanvaringen doorbreking van hoofdelijkheid ingeval van eigen schuld.

op de crediteur tot het leveren van de hoofdelijk verschuldigde prestatie overgaat, kan de crediteur dit niet weigeren. Aldus besliste de Hoge Raad in 1931:

“(…) dat eveneens faalt het beroep op het recht, dat den schuldeischer toekomt om dengene van zijn hoofdelijke borgen aan te spreken, dien hij daartoe uitkiest, welk recht door s Hofs beslissing zou miskend zijn; dat toch dit recht geen verdere strekking heeft dan dat zoodanige borg, tot betaling aangesproken, den schuldeischer niet naar een medeborg kan verwijzen, en dus niet medebrengt, dat de schuldeischer met een beroep op de hem toekomende keuze een borg, die zich door middel van schuldvergelijking wil bevrijden, mag afwijzen, evenmin als hij met zoodanig beroep betaling van de schuld door iemand anders dan den door hem uitgekozen borg zou kunnen afwijzen.”²²

Wel wordt met de term ‘keuzevrijheid’ ook een andere eigenschap van hoofdelijkheid verwoord, namelijk de vrijheid van de crediteur om eerst de ene debiteur, en daarna, als deze in gebreke blijft, de andere(n) tot nakoming aan te spreken. Het is algemeen aanvaard dat het instellen van een vordering jegens de ene debiteur geen blokkerende werking heeft jegens de andere debiteur(en).

Het keuzerecht biedt de crediteur bovendien een belangrijk inningsgemak: de crediteur hoeft niet van deur tot deur te gaan in een bepaalde volgorde; de eerste de beste bij wie hij aanklopt, is tot nakoming gehouden. Als de eerste betaling weigert of geen verhaal biedt, dan kan de crediteur de volgende aanspreken, enzovoort. Dat op deze regel uitzonderingen bestaan, die vaak in het belang van een van de hoofdelijke debiteuren wettelijk zijn vastgelegd, zou men als bevestiging van de hoofdregel kunnen zien. Deze uitzonderingen doen zich echter zo veelvuldig voor dat de vraag rijst of het keuzerecht van de crediteur wel een wezenlijk kenmerk van hoofdelijkheid is.

Een voorbeeld van een contractuele uitzondering op het keuzerecht van de crediteur treft men bijvoorbeeld aan bij het accreditief. De confirmerende en kredietopenende bank hebben zich tegenover de begunstigde hoofdelijk verbonden tot betaling van de accreditiefsom, maar de begunstigde dient zich eerst tot de confirmerende bank te wenden teneinde betaling te krijgen.²³ Voor dergelijke afspraken over de aanspreekvolgorde bepaalde art. 1317 BW (oud):

“Eene verbindtenis kan hoofdelijk zijn, alhoewel een der schuldenaren op eene andere wijze, dan de overige, tot voldoening derzelfde zaak mogt verplicht zijn,

²² HR 9 januari 1931, NJ 1931/378 (*Kolfschoten q.q./Slager Heijs*); zie Asser/Rutten 1981, p. 101.

²³ Art. 2 UCP 600 (2007) definieert confirmatie in dit verband als “a definite undertaking of the confirming bank, in addition to that of the issuing bank, to honour or negotiate a complying presentation” (cursivering WvB).

bij voorbeeld, indien de eene slechts voorwaardelijk verbonden is, terwijl de verbindtenis van den anderen zuiver en eenvoudig is, of indien de een eene tijdsbepaling heeft bedongen, welke aan den anderen niet is toegestaan.”

Alhoewel deze bepaling niet is teruggekeerd in het nieuwe BW, blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 6:11 BW inzake de verweermiddelen die een hoofdelijke debiteur aan een regreszoekende mededebiteur kan tegenwerpen, dat de regel nog steeds geldt.²⁴ Samenloop van ‘zuivere’ verbintenissen met verbintenissen onder voorwaarde is, zo meent de wetgever, geen belemmering voor hoofdelijkheid. Het ontbreken van het keuzerecht hoeft dus ook niet in de weg te staan aan hoofdelijkheid: de twee banken uit het accreditief blijven hoofdelijk verbonden.

Naast een contractueel bedongen aanspreekvolgorde zijn er ook wettelijke vormen van wat ik zal noemen ‘subsidiariteit’. Zo volgt uit art. 7:850 lid 3 jo 855 BW dat de borg weliswaar hoofdelijk is verbonden met de hoofdschuldenaar,²⁵ maar dat de borg pas tot nakoming is gehouden als de hoofdschuldenaar tekort is geschoten in de nakoming.²⁶ Voorts kan worden gedacht aan de hoofdelijke, zij het subsidiaire aansprakelijkheid van bestuurders voor belasting- en premieschulden van de vennootschap of die van bestuurders van verenigingen zonder rechtsbevoegdheid en van bestuurders van de EESV.²⁷ En zo zijn er meer voorbeelden.²⁸

Daarnaast kan als ‘bron’ van subsidiariteit ook nog worden gedacht aan art. 3:13 (evt. jo 14) BW: het kan bijvoorbeeld onder omstandigheden misbruik van recht opleveren als de crediteur een niet-draagplichtige debiteur aanspreekt terwijl het niet bezwaarlijk is een andere, wel draagplichtige hoofdelijke debiteur tot betaling te bewegen.²⁹

Uit het voorgaande blijkt dat subsidiariteit, voorwaarde en tijdsbepaling niet in de weg staan aan hoofdelijkheid. Het keuzerecht van de crediteur is niet een zo wezenlijk kenmerk van hoofdelijkheid, dat bij ontbreken daarvan geen hoofdelijkheid bestaat. In dergelijke gevallen bestaat immers samenloop en daarmee hoofdelijkheid, maar de desbetreffende

24 T.M., Parl. Gesch. Boek 6, p. 114. T.M., Parl. Gesch. Boek 6, p. 95 merkt voorts op dat aan een bepaling als art. 1317 BW geen behoefte meer bestaat omdat het uitgangspunt van het ontwerp is dat de lotgevallen van de verschillende verbintenissen geen invloed hebben op de andere verbintenissen. Hofmann/Van Opstall 1976, p. 447 merkt terecht op dat het geen ‘lotgeval’ betreft dat zich na het ontstaan van de verbintenissen voordoet, maar een in beginsel op voorhand in de verbintenis aangebrachte voorwaarde of tijdsbepaling.

25 Ongemotiveerd anders, en (dus) onjuist: Linck 2013, p. 9.

26 Nader Koops 2010, p. 348 e.v.; Asser/Van Schaick 7-VIII 2012, nr. 76.

27 Zie resp. art. 36 e.v. Inv.W (via art. 59 en 60 Wet financiering sociale verzekeringen ook van toepassing op inning van premies voor werknemersverzekeringen en volksverzekeringen), art. 2:30 lid 3 jo lid 4 BW, art. 24 lid 2 EESV-Verordening. Vgl. over de volgorde van aansprakelijkstelling in fiscale zaken bijv. Booijs 2003, p. 259-261; Raaijmakers 2014, p. 53 e.v.

28 Voor meer voorbeelden Van Boom 1999, p. 27.

29 Daarover bijv. Vandenbogaerde 2015, p. 433 e.v.

verbintenis is alleen opeisbaar als een voorwaarde of tijdsbepaling vervuld is of een bepaalde volgorde van aanspreken in acht genomen wordt.

Bij samenloop van onvoorwaardelijke en opschortende voorwaardelijke verbintenissen doet zich evenwel een complicatie voor. Zijn twee debiteuren gehouden tot betaling van dezelfde geldsom, met dien verstande dat een hunner onder opschortende voorwaarde is gehouden, dan doet zich de bijzondere situatie voor dat deze debiteur voorafgaand aan het intreden van de voorwaarde niet tot betaling kan worden aangesproken en een eventuele betaling door hem onverschuldigd geschiedt (art. 6:25 BW), terwijl betaling door de andere debiteur ook de voorwaardelijk verbonden debiteur bevrijdt. Slechts een van beiden kan, zo lijkt het, de ander bevrijden.³⁰ De voorwaardelijk verbonden debiteur kan namelijk, zolang de voorwaarde niet is ingetreden, het betaalde terugvorderen en daarmee de rechten van de crediteur jegens de onvoorwaardelijk verbonden debiteur als het ware doen herleven.³¹ Deze betaling is dus slechts voorwaardelijk bevrijdend, te weten onder de ‘ontbindende’ voorwaarde dat de voorwaardelijk verbonden debiteur, die betaalde, de crediteur niet tot terugbetaling aanspreekt. Een eventueel regres op de onvoorwaardelijk verbonden debiteur geschiedt naar mijn mening onder dezelfde voorwaarde.³²

De gesignaleerde complicatie doet zich naar mijn mening niet voor indien het voorwaardelijke karakter van de betreffende verbintenis gelegen is in subsidiariteit van de verbintenis. De subsidiair verbonden debiteur – denk bijvoorbeeld aan de borg – heeft letterlijk het ‘beneficium’, het voorrecht om de crediteur te houden aan de aanspreekvolgorde: hij *mag* de crediteur houden aan diens plicht om eerst de onvoorwaardelijk verbonden debiteur aan te spreken.³³ Doet de subsidiair gehouden debiteur dit niet en betaalt hij ondanks het subsidiaire karakter van zijn verbintenis, dan is een dergelijke betaling niet onverschuldigd in de zin van art. 6:25 BW doch veeleer een betaling onder afstand van het voorrecht dat

30 Bij de samenloop van een onvoorwaardelijke verbintenis met een verbintenis onder tijdsbepaling speelt dit probleem in de regel niet, nu de debiteur onder tijdsbepaling reeds voor het verstrijken van de termijn bevrijdend kan betalen (art. 6:39 lid 2 BW); betaling voor ommeekomst van de betreffende termijn geschiedt niet onverschuldigd.

31 Dit is anders indien men aanneemt dat desbewuste betaling vóór vervulling van de opschortende voorwaarde moet worden gezien als een omzetting van de voorwaardelijke in een onvoorwaardelijke verbintenis en daarmee als afstand van het recht uit onverschuldigde betaling. Vgl. Schoordijk 1979, p. 112. Vgl. voorts Parl. Gesch. Boek 6, p. 110 nt. 3, alwaar een alternatieve redenering wordt ontvouwd, te weten dat de betalende debiteur niet beoogt zijn eigen voorwaardelijke schuld te voldoen, doch de schuld van de onvoorwaardelijk verbonden debiteur (in de zin van art. 6:30 BW).

32 De T.M. gaat uit van de tegengestelde opvatting; daar wordt namelijk gesteld dat het regresrecht slechts bestaat onder de opschortende voorwaarde dat de voorwaarde in de ‘hoofdverbintenis’ in vervulling gaat. Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 110 nt. 2. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 114.

33 Vgl. Parl. Gesch. Boek 7, p. 438 en ook al Van Hugenpoth tot den Beerenclauw 1890, p. 5-6. Zie Asser/Van Schaick 7-VIII 2012, nr. 77, die ontkent dat de subsidiariteit van de verbintenis van de borg ertoe leidt dat deze verbintenis een voorwaardelijke is. Zie over de reikwijdte van het voorrecht ook HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0580, NJ 1992/463 (*Heidenreich/Alcredis Bank NV*).

in de subsidiariteit was gelegen.³⁴ Aldus beschouwd geschiedt voortijdige betaling door de subsidiair gehouden debiteur niet onverschuldigd en bevrijdt deze integendeel alle debiteuren.

3.4 NAKOMING DOOR DE EEN BEVRIJDT OOK DE ANDER

Hiervoor bleek dat de crediteur in zijn keuzerecht kan worden beknot door wettelijke of contractuele subsidiariteit, voorwaarde of tijdsbepaling. Het keuzerecht is daarmee niet zo essentieel voor hoofdelijkheid dat dit zonder keuzerecht onbestaanbaar is. Dat ligt naar mijn mening anders voor wat betreft de bevrijdende werking van de betaling. Verricht de ene debiteur de prestatie waartoe de ander ook was gehouden, dan is – zo volgt uit art. 6:7 BW – de ander mede bevrijd.³⁵ Dit nu is wezenlijk aan hoofdelijkheid; zou betaling door de een niet mede bevrijdend zijn voor de ander, dan behoudt de crediteur blijkbaar zijn vordering jegens die ander en is dus geen sprake van hoofdelijkheid.³⁶ Kan C zowel van A als van B € 100 vorderen zonder dat betaling door een van hen mede de ander bevrijdt, dan heeft C blijkbaar recht op € 200. Als de prestaties cumuleren, is er geen sprake van een gehoudenheid tot het verrichten van *dezelfde* prestatie. Juist omdat betaling door de een mede de andere debiteur bevrijdt, waren zij verplicht tot identieke prestaties, die strekten tot bevrediging van hetzelfde vermogensbelang van de crediteur.

Dit verklaart ook waarom hoofdelijkheid slechts bestaat *voor zover* meer debiteuren dezelfde prestatie verschuldigd zijn.³⁷ Verschillen de verschuldigde bedragen in omvang, dan bestaat slechts hoofdelijkheid tot het gemeen verschuldigde bedrag omdat de verschuldigde bedragen in zoverre blijkbaar niet ertoe strekken eenzelfde vermogensbelang van de crediteur te bevredigen.

Het voorgaande verklaart ook waarom de situatie waarbij twee of meer personen verplicht zijn om een bepaalde gedraging na te laten, niet eenvoudig als hoofdelijke gehoudenheid kan worden beschouwd. Immers, het enkele feit dat de ene debiteur de gedraging nalaat, bevrijdt niet de anderen van hun verbintenis om na te laten. Van elk van hen afzonderlijk kan het nalaten worden gevraagd, en wel in cumulatie. Het gaat dus niet om dezelfde prestatie.³⁸

³⁴ Vgl. over afstand van het zgn. voorrecht van uitwinning naar oud recht art. 1869 BW (oud).

³⁵ Bijv. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ0593, NJ 2011/308 (*Jurrius en De Vries/Dobbelaar*); HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837, NJ 2015/255 (*Bia Beheer*).

³⁶ Daarom is de voorstelling van zaken dat bevrijding van allen door de betaling door één de uitzondering zou zijn het beginsel van zelfstandigheid van hoofdelijke verbintenissen (Van Erp 1991, p. 258), onjuist. Het is niet de uitzondering, het is de kern. Zo ook Bergervoet 2014, p. 186; vgl. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ0593, NJ 2011/308 (*Jurrius en De Vries/Dobbelaar*).

³⁷ Parl. Gesch. Boek 6, p. 100.

³⁸ HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ0593, NJ 2011/308 (*Jurrius en De Vries/Dobbelaar*).

Denk aan twee uitgetreden maten die zich elk verbinden om de maatschap geen concurrentie aan te doen; de verbintenissen strekken dus tot een *nalaten* van elke debiteur. Als de een nakomt (dat wil zeggen: nalaat te concurreren met de maatschap), bevrijdt dit de ander niet: de op het oog identieke prestaties strekken niet tot bevrediging van hetzelfde vermogensbelang.

Het gevolg van het ontbreken van hoofdelijkheid zal dan moeten zijn dat als de ene debiteur de verbintenis tot nalaten schendt, de ander nog steeds gehouden is om zelf wél na te laten. Het gevolg is bovendien dat het tekortschieten van de ene debiteur niet via de hoofdelijkheidsband toegerekend kan worden aan de andere debiteur (als daarvan al sprake zou kunnen zijn via de hoofdelijkheidsband).

Let wel: de vraag of samenlopende verbintenissen om na te laten tot hoofdelijkheid leiden, is minder relevant als naast de verbintenissen tot nalaten ook hoofdelijke verbintenissen bestaan tot vergoeding van schade door niet-nalaten. Denk aan een huurovereenkomst waarbij de huurders zich verplichten om geen schade toe te brengen en om schade aan het gehuurde te vergoeden. De eerstgenoemde is wellicht geen hoofdelijke verbintenis, maar de tweede kan dat wel zijn.

3.5 VERBINTENISSEN MET EEN IDENTIEKE STREKKING

3.5.1 *Algemeen*

De wederzijds bevrijdende werking van de nakoming is dus een essentieel kenmerk van hoofdelijkheid. Maar mag men de zaak ook omdraaien? Is bevrijding van alle debiteuren door de prestatie van een hunner als zodanig ook voldoende voor hoofdelijkheid? In de Duitse rechtspraak en literatuur is hier uitgebreid debat over gevoerd. Een van de gangbare theorieën is dat een gemeenschappelijk doel ('Zweckgemeinschaft') bepalend is: omdat beide verbintenissen strekken tot bevrediging van hetzelfde vermogensbelang, bevrijdt betaling door de een mede de ander.³⁹ Niet is nodig dat de verbintenissen een identieke rechtsgrond hebben.

Een voorbeeld hiervan biedt de zaak *Groningse prostitutie-inrichting*. Het ging om een vernietiging van een intrekkingsbesluit door de gemeente Groningen. Deze had de vergunningen van de ondernemer ingetrokken op grond van advisering van Bureau bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (Bureau Bibob). Het Bureau is onderdeel van het ministerie van Veilig-

39 Zie over de leer van de 'Zweckgemeinschaft' Van Boom 1999, p. 30 e.v.

heid en Justitie. Na vernietiging van het intrekkingbesluit vorderde de ondernemer onder meer vergoeding van proceskosten. Voor de gehoudenheid van de gemeente tot betaling van die kosten kent art. 8:75 Awb een bijzondere, exclusieve regeling met drempels en forfaits. Voor gehoudenheid van de Staat tot vergoeding bestaat alleen grond als de Staat een toerekenbare onrechtmatige daad heeft gepleegd en er sprake is van in redelijkheid gemaakte redelijke kosten (art. 6:96 BW). De Hoge Raad oordeelde tegen de achtergrond van art. 6:102 BW dat betalingen gedaan door de gemeente op grond van art. 8:75 Awb in mindering komen op de eventuele schadevergoedingsplicht van de Staat met betrekking tot dezelfde kosten. Dit lijkt mij een aanwijzing dat gemeente en Staat hoofdelijke debiteuren zijn ten belope van de samenlopende bedragen, nu zij elk prestaties moeten leveren die hetzelfde vermogensbelang bevredigen.⁴⁰

Het is dit uitgangspunt van bevrediging van hetzelfde vermogensbelang dat ik hierna op een aantal gevallen voor ons recht wil toepassen; ik zal concluderen dat het bereik van de hoofdelijkheid veel groter is dan algemeen wordt aangenomen.

3.5.2 *Dubbele verzekeringsdekking en het eigen recht*

Een goed voorbeeld van toevallig samenlopende verbintenissen buiten het werkbereik van art. 6:102 BW biedt de dubbele dekking uit schadeverzekering (waaronder ook te verstaan: aansprakelijkheidsverzekering). Naar oud recht was onzeker of verzekeraars hoofdelijk verbonden waren door de samenloop van hun verplichtingen.⁴¹ Naar huidige recht lijkt mij aan alle kenmerken voor hoofdelijkheid te zijn voldaan. Art. 7:961 BW bepaalt dat *als* dezelfde schade door meer dan één verzekering wordt gedekt, de verzekerde elke verzekeraar kan aanspreken.⁴² Weliswaar stelt de toelichting op art. 7:961 BW dat geen sprake kan zijn van hoofdelijkheid aangezien niet is voldaan aan de vereisten van art. 6:6 lid 2 BW,⁴³ maar dit niet-onderbouwde standpunt lijkt mij onjuist. Art. 7:961 BW bepaalt immers dat indien dezelfde schade door meer dan een verzekeraar wordt gedekt, de verzekerde elke verzekeraar voor het geheel kan aanspreken, zodanig dat het indemniteitsbeginsel van art. 7:960 BW in acht genomen wordt. Dat laatste wil zeggen dat in

40 HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1212, NJ 2014/387 (*Groningse prostitutie-inrichting*).

41 Nader, met verwijzingen, Van Boom 1999, p. 33 e.v. Inmiddels is wel duidelijk dat het in art. 7:961 BW 'neergelegde stelsel' ook al gold vóór inwerkingtreding van Titel 7.17. Zie immers HR 17 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9717, NJ 2007/202 (*Europeesche Verzekering Maatschappij/Zorgen Zekerheid Verzekeringen*), r.ov. 3.4.2.

42 De nadruk ligt op 'als' – is er geen dekking onder een van de verzekeringspolissen, dan is art. 7:961 BW niet van toepassing, aldus HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1678, NJ 2014/427 (*Goudse/Aegon*).

43 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 33.

beginsel de schade, en niet meer dan de schade vergoed dient te worden en dus dat dubbele vergoeding niet is toegestaan. Daarmee worden de samenlopende verbintenissen gekenmerkt door een identieke strekking, een keuzerecht voor de crediteur en de bevrijdende werking van betaling door de een ten gunste van (ook) de ander. De verzekeraars hebben zelfs onderling verhaal (art. 7:961 lid 3 BW) opdat ieder zijn deel draagt naar evenredigheid van de bedragen waarvoor eenieder afzonderlijk kan worden aangesproken. Naar mijn mening zijn hiermee de kernelementen van toevallig samenlopende en dus hoofdelijke verbintenissen ten volle aanwezig.⁴⁴ Daaraan staat niet in de weg dat de verzekeraars onafhankelijk van elkaar zijn overgegaan tot het sluiten van de betreffende verzekeringsovereenkomsten.⁴⁵

Mijn standpunt dat hier sprake is van hoofdelijke verbintenissen, wordt overigens niet gevolgd in de gangbare verzekeringsrechtelijke literatuur,⁴⁶ maar men ziet wel tal van verwijzingen naar analoge toepassing van regels inzake hoofdelijkheid.⁴⁷ Dat zou te denken moeten geven.

Een ander verzekeringsrechtelijke rechtsfiguur is die van de rechtstreekse aanspraak van de benadeelde op de aansprakelijkheidsverzekeraar. Daar bestaan in ons recht twee varianten van. Allereerst is er de rechtsfiguur van het *eigen recht* van de benadeelde om naast de aansprakelijke een aansprakelijkheidsverzekeraar aan te spreken. Dit eigen recht van de benadeelde treft bijvoorbeeld de WAM-verzekeraar (art. 6 jo art. 11 WAM). Het eigen recht kan eenvoudig worden gedefinieerd als een tweede, relatief zelfstandige verbintenis naast die jegens de aansprakelijke. Ik kwalificeer de samenloop daarom als hoofdelijkheid.⁴⁸

Minder eenvoudig ligt dat met de rechtsfiguur die werd neergelegd in art. 7:954 BW, en die in het spraakgebruik *directe actie* wordt genoemd: het recht van de benadeelde (bij dood en letsel) om het vorderingsrecht van de aansprakelijke persoon op zijn aansprakelijkheidsverzekeraar uit te oefenen. De constructie heeft op het eerste gezicht geen trekken

44 Let wel, voor zover de samenloop ontbreekt door het (rechtmatig) gebruik van 'na-U-clausules', komt men aan art. 7:961 BW niet toe. Het artikel is namelijk van regelendrechtelijke aard (zij het dat tegenover de benadeelde bij WAM-dekking niet kan worden ingeroepen; zie HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1678, NJ 2014/427 (*Goudse/Aegon*)). Een andere caveat is dat als één van de verzekeringspolissen in co-assurantie is uitgegeven, art. 7:961 lid 3 BW uitdrukkelijk bepaalt dat de co-assurateurs een deelprestatie verschuldigd zijn. Dat staat aan hoofdelijkheid van de samenloop van de in co-assurantie uitgegeven polis met een eventuele andere polis in de weg.

45 Zie, in dezelfde zin als hier verdedigd, De Kok 1991, p. 285.

46 Tegen toepasselijkheid van art. 6:6 BW, zij het zonder nadere motivering anders dan verwijzing naar de evenzeer ongemotiveerde MvT (*Kamerstukken II* 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 33): Van Dam 1995, p. 68; Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 2012, nr. 488; Weterings 2016, p. 202.

47 Zie Stadermann 2005, p. 161 en Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 2012, nr. 491, alwaar in het kader van de doorwerking van verjaring wordt voorgesteld dat analoge toepassing van art. 6:11 lid 3 BW passend is. Zie ook Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 2012, nr. 489, waar toepasselijkheid van art. 6:10 lid 3 BW wordt bepleit.

48 Ik volg hier Robben 1993, p. 207 e.v.

van hoofdelijkheid; de benadeelde krijgt namelijk het *ius agendi* uit het vorderingsrecht van zijn debiteur (de verzekerde aansprakelijke) op diens debiteur (de verzekeraar).⁴⁹ Dat maakt de benadeelde bij uitsluiting bevoegd om in de plaats van de verzekerde de betaling te ontvangen; er ontstaat geen aparte verbintenis, zodat eventuele verweermiddelen die de verzekeraar toekomen, ook aan de inningsbevoegde benadeelde tegengeworpen kunnen worden.⁵⁰ Men kan twijfelen over de aard van deze rechtsfiguur (denk aan de analogie met de wettelijke overgang van het vorderingsrecht zoals subrogatie, privatieve wettelijke last, etc.),⁵¹ maar duidelijk is dat de wetgever geen samenlopende, laat staan hoofdelijke verbintenissen heeft beoogd.

3.5.3 *Afhankelijke, onafhankelijke of abstracte verbintenissen*

Naar geldend recht is de borg hoofdelijk verbonden met de hoofdschuldenaar (art. 7:850 lid 3 BW).⁵² De gehoudenheid van de borg is afhankelijk van de geldigheid van de verbintenis van de hoofdschuldenaar: beroept deze zich bijvoorbeeld met succes op dwaling en gaat de hoofdverbintenis daardoor teniet, dan is de borg bevrijd. Naar aanleiding van een opmerking van Schoordijk is in de Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer bij gelegenheid van de behandeling van de Invoeringswetgeving de kwestie aan de orde gekomen of de verplichting van de bank onder een bankgarantie ook een hoofdelijke is naast de verplichting van de koper/opdrachtgever tot betaling van de koopprijs.⁵³ De minister is van mening dat art. 6:6 e.v. BW niet van toepassing zijn op de verplichting van de bank uit bankgarantie naast de verplichtingen van de opdrachtgever (cliënt) jegens de begunstigde:

“(…) dat een bankgarantie noch een borgtocht oplevert, noch tot een hoofdelijke medeverbondenheid van de bank leidt, doch dat de bank daarbij een zelfstandige betalingsverplichting van eigen aard op zich neemt met onder meer als gevolg dat zij zich jegens de begunstigde in beginsel niet kan beroepen op verweermiddelen, ontleend aan de verhouding tussen deze laatste en de opdrachtgever.”⁵⁴

49 *Kamerstukken II* 1999/2000, 19 529, nr. 5, p. 36.

50 Vgl. Wansink 2006, p. 447; Engelhard & Koudstaal 2015, p. 479 e.v.

51 Zie nader Kamphuisen 2005, p. 200 e.v.

52 Asser/Van Schaick 7-VIII 2012, nr. 62; Blomkwist 2012, nr. 2; Bergervoet 2014, p. 38 e.v. Kennelijk anders Linck 2013, p. 9.

53 Schoordijk 1984, p. 485. Schoordijk sprak overigens over het accreditief en niet over de garantie.

54 Parl. Gesch. Boek 6, p. 1204.

Afgezien van de omstandigheid dat ‘de’ bankgarantie niet bestaat en dus per geval moet worden geoordeeld over het karakter van de verschillende verbintenissen,⁵⁵ lijkt mij het betoog om ten minste twee redenen onjuist.⁵⁶ In de eerste plaats is hoofdelijkheid *de conclusie* die men verbindt aan de gehoudenheid van meerdere personen tot dezelfde prestatie, wanneer uit bestudering van de verschillende verbintenissen deze identiteit is gebleken.⁵⁷ De rechtsfiguur hoofdelijkheid is daarom niet vergelijkbaar met een overeenkomst van borgtocht, omdat de kwalificatie ‘borgtocht’ iets zegt over de inhoud van de prestatie van de borg.⁵⁸ Die inhoud kan vervolgens aanleiding geven tot de conclusie dat borg en hoofdschuldenaar hoofdelijk verbonden zijn (aldus inderdaad art. 7:850 lid 3 BW). Anders gezegd: borgtocht is oorzaak, hoofdelijkheid gevolg. Hetzelfde kan overigens ook heel wel gelden voor onbenoemde rechtsfiguren als garantieverbintenissen, patronaatsverklaringen en dergelijke rechtshandelingen meer: ze zijn verbintenisscheppend en kunnen als zodanig leiden tot samenloop met de verbintenis van een ander.⁵⁹

-
- 55 Zie HR 25 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2716, *NJ* 1998/892 (*Haefner/ABN-Amro Bank*), en concl. A-G Bakels, onder 2.5. Aldus reeds Van Neer-van den Broek 1986, p. 385. Minder genuanceerd in dit verband zijn Polak & Van Mierlo 1998, p. 142-143.
- 56 Bovendien staat het op zeer gespannen voet met hetgeen de T.M., Parl. Gesch. Boek 7, p. 430 over inroepbaarheid van verweermiddelen door mededebiteuren stelt. Te kort door de bocht zijn dus Van Emden & Van Emden 2014, p. 19-20, die menen dat de bankgarantie geen hoofdelijkheid kan zijn vanwege het ontbreken van afhankelijkheid.
- 57 Vgl. in ander verband (namelijk dat van art. 6:102 BW) HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, *NJ* 2008/527 (*DNB/Vie d’Or*), r.ov. 8.1.3: van hoofdelijkheid kan alleen sprake zijn als vaststaat dat er meerdere schadevergoedingsverbintenissen zijn die samenlopen, en omdat het recht op schadevergoeding in een art. 3:305a BW-procedure niet mag worden vastgesteld, kan de conclusie dat sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid in die procedure niet worden getrokken.
- 58 Vgl. Vandenbogaerde 2015, p. 135-136. Ook onjuist is de opmerking in Parl. Gesch. Boek 7, p. 419 (en dus ook de opvatting van Klaassen 1998, p. 347 e.v.; Klaassen 2002, p. 660; Blomkwist 2012, p. 5), dat borgtocht een *species* van hoofdelijkheid is. Onjuist, althans onvolledig, lijkt mij ook de breed aangehangen opvatting (bijv. Pels Rijcken 1962, p. 130; Klaassen 1998, p. 347; Du Perron 1995, p. 349; Spierings 2016, p. 225), dat hoofdelijkheid zich onderscheidt van borgtocht in die zin dat de borg een verbintenis moet nakomen die hem in zijn verhouding tot de hoofdschuldenaar niet aangaat. De vraag of een bepaalde overeenkomst al dan niet als borgtocht kwalificeert, hangt af van de uitleg van de rechtshandeling tussen crediteur en borg, niet van de vraag of de schuld de borg werkelijk ‘niet aangaat’ in de interne verhouding tussen borg en hoofdschuldenaar. De crediteur staat buiten die interne rechtsverhouding. Vgl. in deze zin ook Rongen 1998, p. 454-455. Vgl. HR 25 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2716, *NJ* 1998/892 (*Haefner/ABN-Amro Bank*). Wel kan men zeggen dat als de borg zich *tegenover de crediteur* aandient als een persoon die de schuld intern niet aangaat, dit een indicatie kan zijn dat de rechtsverhouding tussen borg en crediteur als borgtocht gekwalificeerd kan worden (zo begrijp ik Parl. Gesch. Boek 6, p. 562). Vgl. Asser/Van Schaick 7-VIII 2012, nr. 62 (zie echter ook nr. 113, toch weer neigend naar de hier verworpen opvatting). Tamelijk onthutsend in dit verband is de mededeling van Schoordijk 2003, p. 78, die ook in de rij van auteurs thuisheert die borgtocht als *species* van het genus hoofdelijkheid kwalificeren, over zijn motief om Van Boom 1999 geheel onbesproken te laten: Van Boom “komt aan deze invalshoek niet toe, om deze reden kies ik er voor zijn dissertatie in mijn betoog niet te betrekken”. Dit moet wel berusten op gewild onbegrip, nu Van Boom 1999 zonneklaar wél aan de invalshoek toekomt, om hem vervolgens gemotiveerd te verwerpen.
- 59 Een overzicht van verschillende van deze rechtsfiguren in hun verhouding tot art. 2:403-verklaringen treft men aan bij Spierings 2016, p. 219 e.v.

In de tweede plaats steunt het betoog blijkbaar op de gedachte dat indien aan een van twee debiteuren geen beroep toekomt op de verweermiddelen van de andere, er geen sprake kan zijn van hoofdelijke medeverbondenheid. Zou dit juist zijn, dan zou hoofdelijkheid altijd *wederkerige afhankelijkheid* van de verbintenissen veronderstellen. Dit is bij hoofdelijkheid zeker niet regel, omdat de wet juist de zelfstandigheid van hoofdelijke verbintenissen centraal stelt. Dat de borg een beroep toekomt op, kort gezegd, de zakelijke verweermiddelen van de hoofdschuldenaar, is niet een kenmerk van de rechtsfiguur hoofdelijkheid maar van de overeenkomst van borgtocht. Immers, de hoofdschuldenaar heeft als hoofdelijk debiteur omgekeerd geen beroep op de verweermiddelen van de borg. Zijn twee debiteuren als gevolg van een gezamenlijk gesloten geldlening hoofdelijk tot terugbetaling van dezelfde geldsom verbonden, met dien verstande dat de ene debiteur twee maanden langer respijt toekomt, dan kan de ander uiteraard geen beroep doen op dat verweermiddel. Aan hoofdelijkheid staat dit echter niet in de weg.

Een vergelijkbare situatie van eenzijdige doorwerking van verweermiddelen doet zich voor bij de hoofdelijke aansprakelijkheid van vennoten van een v.o.f. De crediteur van de v.o.f. kan zijn vordering tegen de ‘gezamenlijke vennoten’ instellen (de v.o.f. dus) en vorderingen tegen de vennoten persoonlijk. Wordt een vennoot persoonlijk aangesproken, dan mag deze zowel de verweren voeren die zijn ontleend aan verweren die de v.o.f. zou (kunnen) voeren, als verweren die hem persoonlijk betreffen.⁶⁰

Het is dus niet hoofdelijkheid die ertoe leidt dat men al of niet een beroep kan doen op verweermiddelen die de andere debiteur betreffen, maar het is de inhoud van de betreffende rechtsverhouding van de crediteur tot de twee hoofdelijk verbonden debiteuren die daar al of niet aanleiding toe geeft. De borg gaat een verbintenis aan die zoveel mogelijk aansluit bij de verbintenis van de hoofdschuldenaar, terwijl bij (bank)garantie en accreditief (letter of credit) het zelfstandige karakter van de verplichting meer op de voorgrond staat.⁶¹

Bij de (nakomings)garantie kan mijns inziens heel wel sprake zijn van hoofdelijkheid.⁶² Als de hoofdschuldenaar zich jegens zijn crediteur verplicht tot een bepaalde handeling en een derde stelt zich garant voor nakoming, dan wordt dit meestal zo uitgelegd dat de garant verplicht is tot vergoeding van de schade die de crediteur lijdt als de hoofdschuldenaar zijn verplichting niet nakomt. Inhoudelijk zijn de verplichtingen van hoofdschuldenaar

60 HR 13 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9261, NJ 2004/212 (*Hitz c.s./Theunissen*).

61 Parl. Gesch. Boek 7, p. 418-420. Zie Van Emden & Van Emden 2014, p. 4-7. Vgl. iets uitgebreider dan hier Van Boom 1999, p. 37-38.

62 Anders: Parl. Gesch. Boek 6, p. 100; Du Perron 1995, p. 349; Klaassen 2001, p. 126.

en garant mogelijk niet identiek,⁶³ maar zij strekken tot hetzelfde. Heeft de garant de schade vergoed die is ontstaan door tekortkoming van de hoofdschuldenaar, dan is de crediteur bevredigd in zijn vermogen; hij kan nadien de hoofdschuldenaar noch tot prestatie noch tot schadevergoeding aanspreken. Voldoet daarentegen de hoofdschuldenaar, dan is ook de garant bevrijd. De prestaties hebben een identieke strekking en zijn daarmee hoofdelijk van aard.

Mijn conclusie is dat het al of niet onafhankelijke c.q. abstracte karakter van een verbintenis geen beslissende factor is voor het bestaan van hoofdelijkheid. Slechts ingeval men met de aanduiding ‘abstract’ wil zeggen dat betaling door een van meer debiteuren niet mede bevrijdend is voor de anderen, dan staat deze kwalificatie aan hoofdelijkheid in de weg.

3.5.4 *De bijgetreden debiteur*

Een debiteur die ‘bijtreedt’, de ‘adpromissor’, maakt zich sterk voor de prestatie verschuldigd door een ander. De rechtshandeling van ‘bijtrekking’ is een onbenoemde rechtshandeling en is nauwelijks ontwikkeld in ons recht.⁶⁴ In grote lijnen gaat het hier om een rechtshandeling die vergelijkbaar is met de overeenkomst waarbij iemand zich sterk maakt voor de schuld van een ander (deze overeenkomst werd in art. 1352 BW (oud) gelezen).⁶⁵ De bijtrekking veroorzaakt een samenloop van verbintenissen met een identieke strekking en leidt daarom, zo meen ik, tot hoofdelijkheid. Een aanwijzing voor de juistheid van dit standpunt kunnen we vinden in de Toelichting Meijers. Daarin wordt als voorbeeld van hoofdelijkheid genoemd de situatie waarin aanvankelijk sprake is van één debiteur, en pas later een ander zich hoofdelijk mede verbindt.⁶⁶

Hoewel als wettelijk uitgangspunt geldt dat hoofdelijke verbintenissen van hoofdschuldenaar en bijtredende debiteur zelfstandig van aard zijn, kan uit de rechtshandeling volgen dat de verbintenis van deze ‘adpromissor’ afhankelijk is van die van de hoofdschuldenaar.⁶⁷

63 Overigens kan men gerust van hoofdelijkheid spreken voor wat betreft de samenloop van de garantieplicht van B en de vervangende schadevergoedingsplicht die ex art. 6:74 BW op A kan komen te rusten na diens tekortkoming, maar dit terzijde.

64 De rechtsfiguur heeft trekken van de Duitse ‘Schuldbeitritt’; daarover bijv. Medicus & Lorenz 2014, p. 354-355.

65 Vgl. Opzoomer XI 1886, p. 100, die indrukwekkende terminologie hanteert ter onderscheiding tussen borgtocht (nl. *cumulative accessoire intercessie*) en het hoofdelijk instaan voor een schuld van een ander (nl. *cumulative principale intercessie*). Zie over deze en vergelijkbare figuren Van Buchem-Spapens 1982, p. 12-13; Asser/Van Schaick 7-VIII 2012, nr. 66.

66 Parl. Gesch. Boek 6, p. 92.

67 Zie voor gevallen van afhankelijkheid HR 11 januari 1907, W. 8481 (*Van Lith/Van Limburg*); Hof’s-Hertogenbosch 17 november 1993, NJ 1994/493 (*Quickprime Finance Ltd/Limbutex BV*). Mogelijk in andere zin: HR 17 april 1924, NJ 1924/722 (*De Gier/Dudok van Heel c.s.*). Vgl. Du Perron 1995, p. 351.

Het hangt dus af van de uitleg van die rechtshandeling of afhankelijkheid dan wel onafhankelijkheid is beoogd.

Met welke rechtsfiguren vertoont de bijtreding verwantschap? Zo gesteld is de vraag nauwelijks te beantwoorden, omdat het vooral aankomt op de inhoud van de concrete rechtshandeling van bijtreding. Dat gezegd hebbende, vertoont de rechtshandeling van bijtreding op het eerste gezicht verwantschap met de eenzijdige rechtshandeling van art. 2:403 BW, waarbij de consoliderende vennootschap schriftelijk verklaart “zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen” voor de uit rechtshandelingen van de groepsvennootschap voortvloeiende schulden. Echter, de Hoge Raad heeft meermalen benadrukt dat de hoofdelijkheidsverklaring van art. 2:403 BW leidt tot zelfstandige verbintenissen. Zo heeft hij geoordeeld dat een eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid als bedoeld in art. 2:403 BW niet een afhankelijk recht in het leven roept en dat art. 3:7 en 3:82 dus niet van toepassing zijn.⁶⁸ Daarmee lijkt deze hoofdelijkheidsvariant minder op de bijtredende debiteur in die gevallen waarin de bijtredende debiteur heeft bedoeld om naast en in aanvulling op de bestaande schuld van de hoofdschuldenaar op te treden. Dat maakt dat er meer overeenkomsten zijn met de garantieverbintenis en (in mindere mate) de overeenkomst van borgtocht.⁶⁹ Het hangt van de concrete uitleg van de bijtreding af of aan de wettelijke definitie van die overeenkomst is voldaan.

Of de bijtredende debiteur werkelijk onder de definitie van de borgtocht valt, is niet eenvoudig te bepalen. Nu het om een onbenoemde rechtshandeling gaat, zal veel afhangen van de uitleg van de wilsverklaring van de bijtredende debiteur. Kenmerk van bijtreden is dat het een eenzijdige rechtshandeling kan zijn, terwijl de borgtocht een meezijdige rechtshandeling tussen borg en crediteur is.⁷⁰ Treedt hij bij naast de oorspronkelijke debiteur zonder enig beroep op subsidiariteit of afhankelijkheid, dan zal niet snel van borgtocht gesproken kunnen worden.⁷¹

De (dwingendrechtelijke) regels inzake borgtocht zijn via art. 7:863 BW overigens wél van toepassing op overeenkomsten waarbij een natuurlijke persoon buiten beroep of bedrijf zich verbindt “tot een bepaalde prestatie voor het geval een derde een bepaalde verbintenis met een andere inhoud jegens de schuldeiser

68 HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, NJ 2002/447 (*Akzo Nobel/ING*). Vgl. Bartman et al. 2016, p. 196 e.v. Bij mijn weten is de vraag nog niet beantwoord hoe zou moeten worden geoordeeld als de 403-verklaring zoals die wordt gedeponneerd, letterlijk accessoriteit stipuleert.

69 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 531-532. Let wel: de rechtshandeling bedoeld in art. 1353 BW (oud) werd gezien als *overeenkomst* van ‘zich sterk maken’.

70 De parallel met het onderscheid tussen borgtocht en de eenzijdige rechtshandeling van art. 2:403 BW dringt zich op. Vgl. HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, NJ 2002/447 (*Akzo Nobel/ING*).

71 Vgl. de Duitse afbakening van ‘Bürgschaft’ en ‘Schuldbeitritt’; daarover bijv. Medicus & Lorenz 2010, p. 409-410.

niet nakomt”.⁷² Daar waar de regels van borgtocht dwingendrechtelijk van aard zijn, zal de inhoud van de verplichtingen die de bijtredende debiteur op zich neemt daarom belangrijker zijn dan de noemer waaronder wordt gehandeld.

3.5.5 *Samenloop van inhoudelijk ongelijke verbintenissen*

De wederzijds bevrijdende werking kan zich ook voordoen indien de verschuldigde prestaties inhoudelijk niet gelijk zijn, maar wel strekken tot bevrediging van hetzelfde vermogensbelang van de crediteur. In de Duitse rechtspraak is er daarom voor gekozen om hoofdelijkheid ook aan te nemen bij inhoudelijk ongelijke prestaties. Richtinggevend is een uitspraak van het BGH over hoofdelijkheid van een aannemer en een architect.⁷³ Een aanbesteder geeft aan een architect opdracht toezicht te houden op de bouwactiviteiten van de aannemer. Door samenloop van een fout van de aannemer en onoplettendheid van de architect ontstaat een gebrekkig bouwwerk. De aannemer is in beginsel verplicht tot *herstel* van de fout, terwijl de architect ‘slechts’ aangesproken kan worden tot *schadevergoeding* in geld. Inhoudelijk verschillen deze verplichtingen; niettemin meent het BGH dat er hoofdelijkheid is. Weliswaar zijn de primaire verplichtingen inhoudelijk ongelijk, maar de strekking van de verplichtingen is dezelfde, namelijk voorkoming van vermogensnadeel. Men noemt dit wel de ‘Identität des Leistungsinteresses’. Doet zich schade voor, dan wijzigt het belang van de aanbesteder. De verplichtingen van de aannemer en architect zijn niet langer gericht op het voorkomen, maar op het ongedaan maken van schade. In zoverre behoren zij ook na de schadeveroorzaking tot een ‘Zweckgemeinschaft’ van inhoudelijk mogelijk verschillende verplichtingen. Herstelt de aannemer het gebrek, dan kan de architect niet langer tot schadevergoeding worden aangesproken door de aanbesteder. Betaalt de architect een schadevergoeding in geld, dan kan de aannemer niet tot herstel aangesproken worden. De prestaties zijn dus over en weer bevrijdend, hetgeen een wezenlijk kenmerk van hoofdelijkheid is. Volgens het BGH verzetten de bewoordingen van § 421 BGB zich niet tegen deze gelijkstelling van inhoudelijk ongelijke verbintenissen;⁷⁴ de verplichtingen liggen immers “hart an der Grenze zur inhaltlichen Gleichheit”. Conclusie van het BGH is dat de aannemer en architect hoofdelijk verbonden zijn. Hoewel de inhoud van hun primaire verplichtingen mogelijk verschillend is, strekken beide verplichtingen

⁷² Over de reikwijdte van art. 7:863 BW bijv. Bergervoet 2014, p. 72-74.

⁷³ Zie de verwijzingen bij Van Boom 1999, p. 38 e.v.; instemmend met de lijn in de rechtspraak Medicus & Lorenz 2010, p. 403. Vgl. Meier 2010, p. 948 e.v.

⁷⁴ § 421 BGB luidt: “Schulden mehrere eine Leistung in der Weise, dass jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (Gesamtschuldner), so kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teil fordern. Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet.”

tot wegneming van hetzelfde vermogensnadeel. Met recht kan men spreken van een ‘Zweckgemeinschaft’.

Een mogelijk bezwaar tegen deze opvatting is dat het bepalen van de aard en omvang van regresvorderingen moeilijk is indien de hoofdelijkheid bestaat uit samenlopende verbintenissen met verschillende inhoud. Dat bezwaar kleeft echter ook aan de hoofdelijke verbintenis tot verrichting van een ondeelbare prestatie; ook in dergelijke gevallen zal het regresrecht moeten worden uitgedrukt in een deelbare prestatie (lees: een aanspraak in geld). De noodzaak van een dergelijke omrekening is, met andere woorden, geen onoverkomelijk obstakel voor hoofdelijkheid.

Hoofdelijkheid tussen aannemer en architect betekent in concreto dat wanneer de aannemer de schade herstelt, hij op grond van het wettelijk regresrecht van de hoofdelijke debiteur op de architect dat aandeel kan verhalen dat deze (omgerekend in geld) draagplichtig is. Zou de architect de schade vergoeden, dan zou hij op zijn beurt regres kunnen nemen op de aannemer ten belope van het deel dat deze dient te dragen.

Naar mijn mening is hier sprake van een overtuigende beslissing van het BGH die ook voor Nederland navolging verdient.⁷⁵ Weliswaar lijkt het moeilijk om appels (de herstellplicht van de aannemer) met peren (de schadevergoedingsplicht van de architect) te vergelijken, maar het kan niet worden ontkend dat de verbintenissen een identieke strekking hebben en dat nakoming door de een mede de ander bevrijdt. Als beiden gehouden zijn tot een prestatie die een identieke waarde vertegenwoordigt in het vermogen van de crediteur, dan vloeit die bevrijdende werking naar mijn mening voort uit de hoofdelijkheid. Weliswaar zal deze hoofdelijkheid niet rechtstreeks kunnen worden gestoeld op art. 6:102 BW, maar zij sluit wel nauw aan bij art. 6:102 BW. In elk geval is hoofdelijkheid te gronden op de algemene regeling van art. 6:6 BW. Zou men namelijk hoofdelijkheid van inhoudelijk ongelijke prestaties ontkennen, dan zou de volgende vreemde situatie ontstaan. Hoofdelijkheid ex art. 6:102 BW bestaat namelijk wél in die gevallen waarin de opdrachtgever zijn recht op herstel (nakoming door de aannemer) omzet in een recht op vervangende schadevergoeding ex art. 6:87 BW. Het recht op herstel wordt dan geconverteerd in een schadevergoedingsrecht als bedoeld in art. 6:102 BW. Het is moeilijk te rijmen met het ruime toepassingsgebied van art. 6:102 en 6:6 BW om geen hoofdelijkheid aan te nemen vóór, maar wel ná deze conversie. De vervangende schadevergoeding vervult in het vermogen van de crediteur immers eenzelfde functie als de in eerste instantie verschuldigde prestatie. Ik kom hier in paragraaf 3.5.6 nog op terug.

Bovendien kan erop worden gewezen dat inhoudelijke ongelijkheid van de verschuldigde prestaties evenmin aan toepasselijkheid van art. 6:102 BW in de weg staat. Een voorbeeld, ontleend aan het arrest *Pos/Van den Bosch*,⁷⁶ kan dit verduidelijken. Gesteld dat twee

⁷⁵ Ik laat hierbij graag in het midden of deze casus naar Nederlands aannemingsrecht aldus zou worden beslist.

⁷⁶ HR 17 november 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4789, NJ 1968/42 (*Pos/Van den Bosch*).

ongure neven tante Neeltje ertoe weten te bewegen de onroerende zaak over te dragen aan een hunner, en deze laatste neef wordt op grond van art. 6:103 BW veroordeeld tot overdracht van de zaak aan de benadeelde pachter, dan is sprake van voldoening aan de hoofdelijke schadevergoedingsverplichting. Ook als de andere neef slechts tot betaling van een som geld veroordeeld zou kunnen worden (omdat hij nu eenmaal geen eigendom van de zaak heeft), zijn de neven hoofdelijk verbonden en is de andere neef door overdracht van de onroerende zaak door de eigenaar gekwetend.

Ik concludeer dat hoofdelijkheid ook bestaat in geval van inhoudelijk ongelijke prestaties, mits de prestaties eenzelfde strekking hebben; het gevolg is dat de prestatie van de een mede bevrijdende werking heeft voor de ander. Hoofdelijkheid doet zich in deze zienswijze voor indien de vorderingen weliswaar niet inhoudelijk gelijk zijn, maar in het vermogen van de crediteur wel een en dezelfde waarde vertegenwoordigen. Het begrip 'waarde' betreft in deze context overigens niet de boekhoudkundige waarde van een vordering, aangezien deze afhankelijk kan zijn van de goederwaarde van de debiteur. Veeleer wordt er gedoeld op de juridische waarde die elk van de twee of meer vorderingen in het vermogen van de crediteur vertegenwoordigt, afgezien van de reële inbaarheid. Als bijvoorbeeld elk van twee of meer vorderingen ertoe strekt eenzelfde vermogensteruggang van de crediteur ongedaan te maken (denk aan de vordering op de laedens en de vordering op de schadeverzekeraar), dan is in geval van betaling door de een, het vermogensbelang van de crediteur bevredigd en is mede de ander bevrijd. Het is die mogelijkheid van wederzijdse bevrijding die, anders dan bij cumulerende vorderingen, tot hoofdelijkheid aanleiding geeft.⁷⁷

3.5.6 (Toevallig) samenlopende verbintenissen met verschillende rechtsgronden

Vroeger werd wel aangenomen dat verbintenissen die verschillende rechtsgronden hadden, om die reden geen hoofdelijke verbintenissen konden zijn.⁷⁸ Wat er zij van dit standpunt voor wat betreft het oude recht, voor het huidige recht kan het niet als juist worden aangevaard. In de eerste plaats kan worden gewezen op de in de wet geregelde gevallen van hoofdelijkheid; deze betreffen lang niet alle verbintenissen met een identieke rechtsgrond. Zo kunnen de schadevergoedingsverbintenissen als bedoeld in art. 6:102 BW uiteenlopende rechtsgronden hebben (bijv. onrechtmatige daad, zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking). Daarnaast is het zo dat, indien een persoon op grond van de wet aansprakelijk is voor de contractuele verplichtingen van een ander, hoofdelijkheid ontstaat tussen de

⁷⁷ Zo reeds voor het oude recht Loeff 1891, p. 67-68. Zie ook Zwaagstra 1891, p. 514.

⁷⁸ Zie Asser/Van Goudoever 1913, p. 76, Hofmann 1932, p. 117, Van Brakel 1948, p. 316, Völlmar 1952, p. 117-118, Köster 1971, p. 115.

contractuele debiteur en een wettelijke debiteur.⁷⁹ In al deze gevallen verschillen de rechtsgronden voor de hoofdelijke verbintenissen. Daarvan is evenzeer sprake wanneer twee debiteuren zich onafhankelijk van elkaar – dat wil zeggen bij onderscheidenlijke rechtshandelingen – tot dezelfde, identieke prestatie hebben verplicht. Ook dan ontstaat hoofdelijkheid.⁸⁰

In de tweede plaats ontbreekt een redelijke grond voor het onderscheid. Ik wil dat hierna nader uiteenzetten aan de hand van twee samenloopgevallen: enerzijds de samenloop van verbintenissen uit schadeverzekeringsovereenkomst en onrechtmatige daad, anderzijds die van verbintenissen uit de wet en onrechtmatige daad.

Allereerst de samenloop van de verbintenis *ex contractu* van de schadeverzekeraar om schadepenningen uit te keren en de verbintenis *ex lege* van de laedens om de schade te vergoeden. Weliswaar zijn de vorderingen qua inhoud, omvang en rechtsgrond mogelijk niet (volledig) gelijk – het betreft betaling van geld ten titel van nakoming van een contractuele plicht respectievelijk betaling van geld ten titel van wettelijk verschuldigde schadevergoeding –, toch hebben ze dezelfde strekking. Ze strekken er elk toe dezelfde schadepost in het vermogen van de crediteur weg te nemen.⁸¹ Dat volstaat mijns inziens voor hoofdelijkheid.⁸²

De Nederlandse auteurs die zich hebben uitgelaten over deze kwestie, volstaan veelal met de vaststelling dat de verplichting van de schadeverzekeraar niet betreft een *wettelijke* verplichting tot schadevergoeding, en dat om die reden art. 6:102 BW niet van toepassing is.⁸³ Dit is correct: vestiging en omvang van de aansprakelijkheid van de laedens worden door de wet bepaald en de verplichting van de schadeverzekeraar wordt gebaseerd op en geregeerd door de inhoud van de verzekeringsovereenkomst. De totstandkomingsgeschiedenis van art. 6:6 BW laat de mogelijkheid open van analoge toepassing van de hoofdelijkheidsregels.⁸⁴

Ik zou een stap verder willen gaan en stellen dat rechtstreekse toepasselijkheid van deze regels meer voor de hand ligt. Zou namelijk geen hoofdelijkheid tussen schadeverzekeraar en aansprakelijke worden aangenomen, dan ontstaat de vreemde situatie dat bij verzuim van de schadeverzekeraar in de zin van art. 6:81 BW, gevolgd door een omzettingsmededeling van de verzekerde in de zin van art. 6:87 BW, de schadeverzekeraar plots wél hoofdelijk verbonden raakt met de laedens. Immers, dan is ook hij tot wettelijke schadevergoe-

79 Ik noem slechts art. 1:85 BW (aansprakelijkheid voor huishoudschulden), art. 2:29 lid 4 BW (aansprakelijkheid bestuurders vereniging) en art. 8:461 en 462 jo 442 BW (aansprakelijkheid voor bepaalde contractuele schulden 'van het schip').

80 Parl. Gesch. Boek 6, p. 98. Vgl. Polak & Van Mierlo 1998, p. 125-128, Rongen 1998, p. 453-458.

81 Zie nader de beschouwingen van Dommering-van Rongen 1993, p. 237 e.v.

82 In gelijke zin Loeff 1891, p. 67-68.

83 Clausen 1992, p. 148, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012, nr. 106.

84 Parl. Gesch. Boek 6, p. 93.

ding verplicht, bestaande uit de schade door niet-nakoming van zijn contractuele plichten. Voor zover die schade bestaat uit het bedrag dat hij contractueel verschuldigd was, is na omzetting ex art. 6:87 BW ineens wel sprake van een samenloop die ex art. 6:102 BW tot hoofdelijkheid aanleiding geeft. Door de enkele wijziging van de titel voor betaling zou hoofdelijkheid ex art. 6:102 BW ontstaan, die voorheen niet zou bestaan. Voor dat verschil bestaat geen rechtvaardiging; mede daarom meen ik dat de hoofdelijkheidsfiguur *ab initio* toegepast moet worden. Dit is echter geen meerderheidsstandpunt.⁸⁵

Het tweede samenloopgeval betreft een wettelijke verbintenis tot betaling van een geldsom ter fine van nakoming van een fiscale verplichting enerzijds en een verbintenis tot betaling van een geldsom ten titel van schadevergoeding anderzijds. In het arrest *Van Maarseveen/Ontvanger* komt een dergelijke samenloop aan de orde. Een BV is debiteur van een wettelijke verbintenis tot betaling van een belastingschuld; een ‘handelaar’ in BV’s bewerkstelligt door een combinatie van verschillende transacties dat de BV grote belastingschulden opbouwt, maar voor deze schulden geen enkel verhaal biedt. Gesteld nu dat de persoon die aldus handelt, een onrechtmatige daad pleegt jegens de fiscus, dan is hij aansprakelijk voor de schade van de fiscus. Deze schade bestaat in de oninbaarheid van de belastingschulden van de BV. In het arrest *Van Maarseveen/Ontvanger* werd aan de hand van een dergelijke casus de vraag aan de Hoge Raad voorgelegd of na betaling van schadevergoeding de invordering bij de belastingdebiteur nog tot de mogelijkheden behoorde.⁸⁶ De Hoge Raad beantwoordde deze vraag ontkennend:

“De omstandigheid dat de vordering van de Ontvanger niet strekt tot directe of indirecte invordering van de belastingschulden van de vennootschappen, neemt niet weg dat, voor zover de M-groep [de pleger van de onrechtmatige daad, WvB] de voormelde door de Ontvanger geleden schade vergoedt, die belastingschulden tenietgaan. Die schade bestaat immers uit de bedragen ten aanzien waarvan de Ontvanger als gevolg van de gedragingen van de M-groep is beroofd van de mogelijkheid om die belastingschulden in te vorderen, met name door voor die belastingschulden op die vennootschappen verhaal te nemen.”

De Hoge Raad geeft hiermee aan dat indien er een samenloop is van een wettelijke verbintenis tot betaling van een geldsom ten titel van belastingheffing en een wettelijke verbintenis tot vergoeding van schade wegens oninbaarheid van deze belastingschuld, betaling van de laatste schuld het tenietgaan van de eerste ten gevolge heeft. Dat ligt ook voor de hand:

⁸⁵ Ik vermoed dat een verwijzing naar eigen werk (Van Boom 2000*, p. 3) niet als adhesiebetuiging telt.

⁸⁶ HR 28 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2120, NJ 1997/102 (*Van Maarseveen/Ontvanger*).

beide vorderingen strekken ertoe hetzelfde vermogensbelang van de fiscus te bevredigen. Zouden de vorderingen cumuleren, dan zou de fiscus in theorie (te weten indien de betreffende BV later alsnog verhaal blijkt te bieden) tweemaal de belastingschuld kunnen innen en daarmee zonder grond worden verrijkt.⁸⁷ Om die reden is het terecht dat betaling door de aansprakelijke het tenietgaan van de primaire belastingschuld ten gevolge heeft.

In de hier geschetste samenloop van verbintenissen is naar mijn mening hoofdelijkheid te ontwaren.⁸⁸ Partijen zijn op zodanige wijze tot inhoudelijk vergelijkbare prestaties gehouden dat voldoening door de een mede bevrijding van de ander inhoudt. Dat de een tot betaling is gehouden ten titel van belasting, de ander ten titel van schadevergoeding, doet daar niet aan af.

De Hoge Raad heeft echter in de geschetste samenloop geen hoofdelijkheid ontdekt. Hij vervolgt namelijk:

“Het afdwingen van vergoeding ter zake van zodanig gederfd verhaal dient, voor wat betreft de gevolgen met betrekking tot die belastingschulden, gelijk te worden gesteld met op die vennootschappen zelf genomen verhaal, hetgeen leidt tot (overeenkomstige) toepassing van art. 3:297 BW. Daarbij verdient nog slechts aantekening dat vergoeding van schade als de onderhavige door een derde die op dezelfde wijze als de M-groep onrechtmatig handelde, in het algemeen zal leiden tot een regresvordering van die derde op de belastingplichtige, welke vordering van belang kan worden in het niet bij voorbaat geheel uit te sluiten geval dat de belastingplichtige naderhand toch nog enig verhaal blijkt te bieden, [en welke? WvB] afhankelijk zal zijn van hun onderlinge verhouding en zonodig kan worden gegrond op art. 6:212 BW.”

Wat art. 3:297 BW met deze kwestie van doen heeft, is onduidelijk.⁸⁹ Bedoeld zal zijn een wettelijk aanknopingspunt te noemen voor de delgende werking van de betaling door de ene debiteur ten aanzien van de schuld die de andere had. Dat heeft evenwel weinig te maken met de regeling die art. 3:297 BW geeft. Hoe dat ook zij, de Hoge Raad overweegt dat een eventuele regresvordering van de M-groep op de belastingdebiteur kan worden gegrond op de actie uit ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW). De Raad lijkt daarmee te kiezen voor niet-toepasselijkheid van art. 6:6 BW. Toepasselijkheid van de regels inzake hoofdelijkheid zou namelijk tot verwijzing naar de regresbepaling van art.

⁸⁷ Zo ook A-G Bloembergen, conclusie onder 5.3.

⁸⁸ A-G Bloembergen is voorzichtiger in zijn conclusie onder 5.3, maar zoekt wel steun in de regeling van de hoofdelijkheid. Vgl. Keirse & Jongeneel 2013, p. 138. Overigens zou ik niet willen stellen dat hier art. 6:102 BW toepasselijk is. De belastingdebiteur is immers niet aansprakelijk voor schade, maar is een belastingschuld verschuldigd. Derhalve is hier art. 6:6 BW van toepassing. Anders, maar zonder nadere motivering, Hartkamp 2001, p. 328.

⁸⁹ Zie ook Wattel 1996, p. 796 en Verstijlen 1998, p. 386.

6:10 BW nopen. Uit het feit dat de Hoge Raad dit niet doet en integendeel expliciet verwijst naar de regeling van de ongerechtvaardigde verrijking, leid ik af dat geen hoofdelijkheid is aangenomen. Het lijkt erop dat de deur voor (analoge) toepassing van de regels inzake hoofdelijkheid, die in de Toelichting Meijers nog werd opgehouden, met deze uitspraak van de Hoge Raad vrijwel geheel is dichtgedaan.

Mijns inziens lag toepassing van de regels inzake hoofdelijkheid voor de hand, nu beide partijen tot prestaties waren gehouden die hetzelfde vermogensbelang van de fiscus moesten bevredigen, en daarom betaling door de een mede bevrijdend was voor de ander. Daarmee zijn zij gehouden tot dezelfde prestatie in de zin van art. 6:6 BW en zijn ze hoofdelijk verbonden.⁹⁰

3.5.7 *Conclusie: ruime toepassing van hoofdelijkheid*

Ik bepleit een ruime toepassingsfeer van de hoofdelijkheid. Dat is geen commune opinie; bij een aantal auteurs valt terughoudendheid te bespeuren als het gaat om de vraag of elke samenloop tot hoofdelijkheid leidt.⁹¹ Die terughoudendheid zien we ook in de totstandkomingsgeschiedenis van art. 6:6 e.v. BW. Over het algemeen wordt echter geen bezwaar gevoeld tegen analogische toepassing van de regels inzake hoofdelijkheid. De bezwaren tegen hoofdelijkheid lijken dus niet van principiële aard; veeleer lijkt het erop dat de wetgever uit voorzichtigheid heeft nagelaten de hoofdelijkheidsfiguur rechtstreeks en onvoorwaardelijk toe te passen op alle vormen van samenloop. In het voorgaande heb ik een ruime opvatting van het begrip hoofdelijkheid verdedigd, die – het zal niet verbazen – tot een ruimer toepassingsbereik van de wettelijke regels inzake hoofdelijkheid leidt. De strekking van de samenlopende verbintenissen dient daarbij centraal te staan. Een dergelijke ruime opvatting kan onbezwaarlijk worden gevolgd, aangezien de uitwerking van de hoofdelijkheid in ons wetboek zo soepel is dat aan elke samenloop recht kan worden gedaan.

Ik voeg hier nog aan toe dat het belangrijkste argument dat wordt aangevoerd tegen hoofdelijkheid bij ongelijksoortige bronnen van samenlopende verbintenissen, te weten dat het niet ‘een zelfde schuld’ betreft, al vroeg in dit hoofdstuk sneuvelde. Meent men met mij dat de uniteitsleer voor ons recht verworpen dient te worden, dan concludeert men dat in art. 6:6 BW niet zozeer sprake is van ‘een zelfde schuld’, maar van ‘een zelfde prestatie’. Men lette daarom niet te zeer op de letterlijke bewoordingen van art. 6:6 BW. Aanvaardt men het criterium van de ‘identiteit van strekking’, dan is de conclusie dat

⁹⁰ Vgl. Schoordijk 1979, p. 79, die voor een geval van samenloop van een contractuele verbintenis tot betaling van een geldsom en een wettelijke verbintenis tot schadevergoeding voorzichtig (“Er valt wat voor te zeggen.”) toepassing van de hoofdelijkheidsfiguur oppert.

⁹¹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012, nr. 107. Voorstander van de ruime toepassingsfeer is Chao-Duivis 2008, p. 5 e.v.; vgl. Snijders 1992, p. 377.

hoofdelijkheid zich steeds voordoet wanneer van twee of meer personen elk gehouden is een prestatie te verrichten die meestal inhoudelijk identiek aan de andere prestatie(s) is, maar soms ook slechts een identieke, één en dezelfde, waarde als de andere prestaties vertegenwoordigt in het vermogen van de crediteur. Dit verklaart waarom nakoming door de een mede de ander van zijn verbintenis bevrijdt. Voorts is gebleken dat voor hoofdelijkheid niet noodzakelijk is dat de debiteuren uit dezelfde rechtsgrond tot hun prestatie gehouden zijn of dat er op voorhand een specifieke relatie tussen de debiteuren bestaat.

De debiteuren staan door de wederzijdse mogelijkheid van bevrijding in een onderlinge rechtsverhouding tot elkaar die aanleiding kan geven tot de plicht om een bijdrage te doen in de verrichte prestatie. Als regel heeft de crediteur het recht zelf de debiteur uit te kiezen die hij wil aanspreken, maar hierop bestaan contractuele en wettelijke uitzonderingen, zoals (opschortende) voorwaarde, subsidiariteit en tijdsbepaling. Dergelijke uitzonderingen staan niet in de weg aan het bestaan van hoofdelijkheid. Overigens kunnen ze, naast het wegvallen van het keuzerecht van de crediteur, wel gevolgen hebben voor de interne verhouding van de debiteuren. Daarover nader in paragraaf 6.2.

3.6 GRONDSLAG EN RECHTVAARDIGING

Zoals al een aantal malen werd benadrukt, biedt hoofdelijkheid inningsgemak: de crediteur heeft het keuzerecht, hoeft dus niet van deur tot deur te gaan en geniet bescherming tegen insolventierisico's. Dat is prettig voor de crediteur, maar wat *rechtvaardigt* hoofdelijkheid? De rechtshandeling (en in iets mindere mate de gewoonte) als grondslag voor hoofdelijkheid wordt gedragen door het fundamentele idee van zelfbinding door wilsverklaring (art. 3:33 BW) of gerechtvaardigd vertrouwen (art. 3:35 en 36 BW). Bij hoofdelijkheid die uit de wet voortvloeit, kan men de rechtvaardiging zoeken aan de zijde van de crediteur, aan de zijde van de debiteuren of aan beide zijden. De crediteur krijgt hoofdelijke aanspraken om inning te vereenvoudigen, risico's van insolventie en onvindbaarheid te verleggen en om bewijsproblemen te verzachten. De rechtvaardiging is dan dus, heel algemeen gesteld, gelegen in een afweging van de belangen van de betrokken debiteuren en de crediteur.⁹²

Zo is bij art. 6:102 BW de afweging in het nadeel van de betrokken mede-aansprakelijken uitgevallen; de wetgever acht het rechtvaardiger dat als iemand schade lijdt waarvoor meer dan één persoon aansprakelijk is, hij elk van deze

92 Aldus kernachtig Terré et al. 2013, p. 1289. Over die afweging ook uitgebreid Vandenbogaerde 2015, p. 367 e.v.; vgl. de typologie bij Ehmann 2011. Zie ook de term "evenwichtige behartiging van de belangen van schuldeisers" die werd gebruikt in *Kamerstukken II 2002/03*, 28 867 nr. 3 (aanpassing wettelijke gemeenschap) om de schrapping te rechtvaardigen van de aansprakelijkheid na ontbinding van de gemeenschap van de vóór ontbinding van de gemeenschap niet-gebonden echtgenoot voor de helft van de schuld; later werd in het wetgevingsproces alsnog een hoofdelijke aansprakelijkheid met beperkte uitwinbaarheid geïntroduceerd.

personen tot vergoeding van het geheel kan aanspreken dan dat dezen slechts *pro rata parte* gehouden zijn.⁹³ De benadeelde behoort niet met het bewijs van de veroorzakingsaandelen en met het insolventierisico te worden belast, terwijl de causale bijdrage van de oorzaken waar elk van de mede-aansprakelijken voor heeft in te staan, de schade juist heeft teweeggebracht, zo luidt algemeen gesproken de rechtvaardiging.⁹⁴

Die afweging is bij veel vormen van wettelijke hoofdelijkheid, en zeker bij publiekrechtelijk getinte wetgeving, vaak onderdeel van uitdrukkelijk geformuleerde beleidsdoelen; de wettelijke hoofdelijkheid wordt dan ingezet als instrument ter bereiking van die beleidsdoelen.⁹⁵ En dan verschuift de rechtvaardiging al snel naar factoren aan de zijde van de debiteuren. Als we bijvoorbeeld recente edities van het Staatsblad doorzoeken met het trefwoord ‘hoofdelijk’, dan toont een willekeurige steekproef dat wettelijke hoofdelijkheid vaak wordt ingezet als gedragsregulerende wettelijke sanctie, veelal in de verhouding van overheid tot burger. Let wel: het sanctionerende karakter op gedragingen van de hoofdelijk aansprakelijke debiteur schuilt uiteraard niet in de hoofdelijkheid als zodanig, maar in de combinatie van de opgelegde verbintenis om naast de oorspronkelijke debiteur in te staan voor nakoming én het hoofdelijke karakter ervan.

Een aantal voorbeelden:

- art. 43a Invorderingswet (Stb. 2014, 578) introduceert hoofdelijke aansprakelijkheid van inhoudingsplichtigen voor wat betreft bepaalde vergoedingen en verstrekkingen.
- art. 18a lid 9 Participatiewet (Stb. 2014, 504) introduceert hoofdelijke aansprakelijkheid van gezinsleden voor bestuurlijke boetes.
- art. 48a Invorderingswet (Stb. 2013, 567) en art. 33 lid 3 Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Stb. 2014, 481) bepalen dat de persoon die de beschikking heeft over de bankrekening waar een belastingteruggave, voorschot of tegemoetkoming op is bijgeschreven, hoofdelijk aansprakelijk is voor nakoming van eventuele terugvorderingsbesluiten.
- art. 4.45 lid 2 Douane- en Accijnswet BES (Stb. 2012, 544) stipuleert dat personen die betrokken zijn bij onregelmatigheden ten aanzien van accijnsgoederen, hoofdelijk aansprakelijk zijn voor accijnzen.

93 Vgl. par. 2.3 voor de analyse van de historische ontwikkeling van de rechtsfiguur van de toevallig samenlopende verbintenissen, die aan art. 6:102 BW voorafging. Aan de rechtspraak van de HR kon men eenzelfde belangenafweging aflezen.

94 Zie verder over deze argumenten bijv. Van Boom 2003; Keirse & Jongeneel 2013, p. 12-13; Vandenbogaerde 2015, p. 369 e.v.

95 Vgl. over die beleidsmatige kant van hoofdelijkheid bijv. ook Van Boom 1997.

De hoofdelijkheid als gedragsregulerende sanctie functioneert in dit soort situaties enerzijds als middel om fraude te bestrijden en om zijdelings verantwoordelijken te prikkelen om zorg te dragen voor loonbetaling, belastingafdracht en de naleving van publiekrechtelijke normen in algemene zin, en anderzijds als middel om een extra portemonnee te creëren waar werknemers, fiscus en andere beschermenswaardig geachte vorderingsgerechtigden betaling uit kunnen verkrijgen. Hier is dus sprake van rechtvaardiging in factoren die zowel de crediteur als de debiteuren betreffen.

Ook in het privaatrecht zelf kan over wettelijke hoofdelijkheid vaak worden gedacht in termen van ‘beleidsinstrument’. De persoonlijke, hoofdelijke bestuurdersaansprakelijkheid voor het tekort in het faillissement van de rechtspersoon (art. 2:138/248 BW) gaat onmiskenbaar terug op een gedragsregulerende grondslag.⁹⁶ Een ander, recent voorbeeld biedt de Wet aanpak schijnconstructies 2015, die de hoofdelijke aansprakelijkheid van werkgever en opdrachtgever voor verschuldigd loon introduceert, behoudens een disculpatiemogelijkheid van de opdrachtgever (art. 7:616a BW).⁹⁷ Dit type hoofdelijke verbintenissen wordt niet voor de grap in het leven geroepen; de wetgever beoogt hiermee enerzijds het nakomingsmoraal en inningsgemak te vergroten en anderzijds de hoofdelijk ‘aangehaakte’ debiteur tot zorg te prikkelen.

In dat verband moet ook worden geconstateerd dat sanctionering met hoofdelijke aansprakelijkheid *te veel* van het goede kan zijn. Het kan een disproportionele last voor de ‘aangehaakte’ debiteur zijn.

Als hoofdelijke aansprakelijkheid wordt ingezet als gedragsregulerende wettelijke sanctie in de verhouding van overheid tot burger, kan direct of indirect sprake zijn van een ‘criminal charge’ in de zin van art. 6 EVRM. Hoofdelijke aansprakelijkheid van de ene persoon voor opgelegde boetes aan de andere persoon valt daar in elk geval onder.⁹⁸ Ook kan worden gesignaleerd dat de Nederlandse strafrechter minder happig lijkt op de toepassing van het concept van hoofdelijkheid bij winstontneming, omdat het haaks kan komen te staan op het strafrechtelijk beginsel van individuele verantwoordelijkheid. Zo biedt sinds 2011 art. 36e lid 7 Sr de mogelijkheid van hoofdelijke veroordeling bij winstontneming. Het artikel geeft de rechter een discretionaire bevoegdheid om de ontnemingsvordering hoofdelijk op de mededaders dan wel een deel-schuld op elk van hen te leggen. Vóór 2011 bestond die wettelijke grondslag niet en werd hoofdelijke veroordeling onmogelijk geacht door de Hoge Raad.⁹⁹

96 Over de vraag of die gedragsregulering effectief is of haar doel voorbijschiet, bestaat veel debat, maar dat is geen primair doctrinaire vraag.

97 Wet aanpak schijnconstructies 2015, Stb. 2015, 233.

98 HR 16 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6218, NJ 2007/321.

99 HR (strafkamer) 7 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8339, NJ 2006/615.

Ook sinds 2011 is de Hoge Raad terughoudend met toepassing van de hoofdelijkheidsclausule, nu deze schuurt met het uitgangspunt dat van een dader alleen voordeel ontnomen kan worden dat daadwerkelijk is behaald. Daarom kan alleen voordeel dat ‘gemeenschappelijk’ is, tot hoofdelijkheid leiden.¹⁰⁰ Bovendien geeft de Hoge Raad ook bij gemeenschappelijk voordeel de voorkeur aan ‘pondspondsgewijze toerekening’ als er geen duidelijke aanwijzingen zijn voor de verdeling van de opbrengst.¹⁰¹ Overigens vindt de strafrechter de toepassing van art. 6:102 BW bij de schadevergoedingsmaatregel van art. 36f Sr minder problematisch.¹⁰²

In voorkomende gevallen kan men, om de scherpe randen van hoofdelijke aansprakelijkheid af te halen, de drempel voor hoofdelijke aansprakelijkheid verhogen, de omvang ervan variëren of limiteren, subsidiariteit invoeren of zelfs hoofdelijkheid geheel inruilen voor een soort deelschuld-variant.¹⁰³

Een voorbeeld van een situatie waarin de Hoge Raad eigenhandig tot drempelverhoging en variatie is overgegaan, biedt de sanctionering van de overtreding van het beheersverbod bij de commanditaire vennootschap. Volgens de letter van de wet wordt het verbod gericht tot de commandiet om daden van beheer te verrichten (art. 20 WvK) gesanctioneerd met de “ingrijpende en vérgaande sanctie” van hoofdelijke aansprakelijkheid voor *alle* verbintenissen van de c.v. (art. 21 WvK). Het betreft zowel de eerder als de later ontstane verbintenissen,¹⁰⁴ en daarmee kan men gerust spreken van sanctionering op ongewenst gedrag.¹⁰⁵

100 Niet is vereist dat de mededader die met de veroordeelde gemeenschappelijk voordeel heeft behaald, voor dat feit is veroordeeld, aldus HR (strafkamer) 7 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1781, NJ 2015/327. De HR oordeelt t.a.p. overigens ook dat regres van de veroordeelde op de niet-veroordeelde onmogelijk zal zijn nu op de niet-veroordeelde geen betalingsverplichting ex art. 36e lid 7 Sr is opgelegd. Dat lijkt mij in civielrechtelijk opzicht een onjuiste gevolgtrekking, omdat nu juist kenmerk is van hoofdelijkheid dat niet alle debiteuren tot betaling aangesproken of veroordeeld hoeven te worden om toch van hoofdelijkheid en dus van het regres van art. 6:10 BW te kunnen spreken.

101 HR (strafkamer) 7 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:884, NJ 2015/325; HR (strafkamer) 7 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:878, NJ 2015/326. Vgl. ook HR (strafkamer) 4 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX4604, NJ 2013/344 en HR (strafkamer) 18 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:653, NJ 2014/409; art. 36e lid 7 Sr is nieuw sanctierecht dat voorheen niet bestond en dus mag het alleen op nieuwe feiten worden toegepast.

102 Zie bijv. HR (strafkamer) 3 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9053, NJ 2003/608, HR (strafkamer) 7 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8339, NJ 2006/615 en HR (strafkamer) 9 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5554, NJ 2012/595, waar voor de toepassing van art. 36f Sr (maatregel van schadevergoeding) simpelweg naar hoofdelijkheid naar burgerlijk recht wordt verwezen.

103 Over die laatste variant Van Boom 1997.

104 HR 24 april 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5021, NJ 1970/406 (*Romano Import*); HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:588, NJ 2015/241 (*Hoekzema/Bedrijfstaking Pensioenfondsen*).

105 In de literatuur wordt gesproken over een strafbepaling; er is bovendien veel kritiek op het beweerdelijk onredelijk strenge karakter ervan. Zie (de verwijzingen bij) Tervoort 2013, p. 260-262.

Volgens de Hoge Raad strekt de gedragsnorm gericht tot de commandiet (“gij zult geen daden van beheer verrichten”) ertoe om “te voorkomen, enerzijds dat een commanditaire vennoot ten name van de vennootschap aan het handelsverkeer deelneemt als ware hij beherend vennoot en aldus misbruik maakt van het rechtsgevolg dat is verbonden aan de hoedanigheid van commanditaire vennoot, en anderzijds dat derden door het optreden van een commanditaire vennoot in de veronderstelling kunnen worden gebracht dat zij van doen hebben met een beherend vennoot”.¹⁰⁶

In de literatuur wordt al langere tijd gepleit voor een minder ingrijpende en vergaande sanctionering dan die van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor *alle* verbintenissen van de c.v. (art. 21 WvK).¹⁰⁷ Recentelijk is de Hoge Raad aan die kritiek tegemoetgekomen:

“Deze sanctie is uitsluitend gerechtvaardigd indien en voor zover zij in overeenstemming is met de hiervoor (...) vermelde strekking ervan. Zij mag dan ook niet in een onevenredige verhouding staan tot de aard en ernst van de schending door de commanditaire vennoot van de voorschriften van art. 20 leden 1 en 2 WvK en dient achterwege te blijven indien en voor zover zij door het handelen van de commanditaire vennoot niet of niet ten volle wordt gerechtvaardigd.

Dit brengt mee dat de rechter, indien de – in beginsel daartoe door de commanditaire vennoot te stellen en te bewijzen – omstandigheden daartoe aanleiding geven, kan oordelen dat de sanctie niet gerechtvaardigd is, of – in zoverre in afwijking van de hoofdregel (...) – dat het gevolg daarvan dient te worden beperkt tot bepaalde verbintenissen van de commanditaire vennootschap. (...) Bij de hiervoor (...) genoemde beoordeling kan mede van belang zijn of bij derden redelijkerwijs een onjuiste indruk over de hoedanigheid van de commanditaire vennoot heeft kunnen ontstaan. (...)

Uit het voorgaande volgt dat bij de beantwoording van de vraag of en in hoeverre plaats is voor de sanctie van art. 21 WvK, mede van belang kan zijn of derden (in dit geval: de verhuurder) van de vennootschappelijke hoedanigheid van de commanditaire vennoot op de hoogte waren of behoorden te zijn, en dat steeds van belang is of de commanditaire vennoot tegen wie de sanctie van die bepaling wordt ingeroepen, ter zake van zijn handelen een verwijt valt te maken.”

¹⁰⁶ HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1413, NJ 2015/380 (*Lunchroom ‘De Katterug’*).

¹⁰⁷ Zie bijv. de verwijzingen bij Asser/Maeijer 5-V 1995, nr. 380 e.v.

Deze uitspraak verruimt de duidelijke sanctionering van hoofdelijke aansprakelijkheid voor onzekerheid over de sanctionering.¹⁰⁸ De hoofdelijkheid kan kennelijk worden beperkt tot bepaalde soorten verbintenissen, een bepaald tijdsbestek of zelfs tot een bepaald bedrag. Die laatste optie lijkt op de rechterlijke bevoegdheid uit het ingetrokken wetsvoorstel personenvennootschappen tot het buiten toepassing laten of verzachten van de gevolgen van de hoofdelijkheidssanctie.¹⁰⁹

108 Hier kunnen goede redenen voor zijn: harde sanctionering bij onduidelijke normstelling kan tot onvoorspelbare uitwerking op de normadressaat leiden. Tervoort 2013, hfdst. 2 wijst erop dat de toepassingswaarde van art. 20-21 WvK niet duidelijk zijn; dat kan een rechtvaardiging zijn voor de mitigering van de hoofdelijkheid.

109 In wetsvoorstel 28 746 (titel 7.13 (vennootschap); ingetrokken) luidde art. 7:837 lid 2 BW: “Handelt een commanditaire vennoot al dan niet krachtens volmacht in naam van de vennootschap of oefent hij door zijn handelen een beslissende invloed uit op het optreden door de besturende vennoten namens de vennootschap, dan is hij tegenover derden hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen der vennootschap die ten tijde van zijn handelen of daarna zijn ontstaan, tenzij zijn handelen deze verbondenheid niet of niet ten volle rechtvaardigt.” Zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28 756, nr. 3, p. 77: “Door deze toevoeging wordt aan de rechter de mogelijkheid geboden de sanctiebepaling onder bijzondere omstandigheden buiten toepassing te laten of de toepassing ervan te verzachten.”

4 EXTERNE RECHTSVERHOUDINGEN BIJ HOOFDELIJKHEID

4.1 INLEIDING: TUSSEN ONAFHANKELIJKHEID EN LOTSVERBONDENHEID

In het vorige hoofdstuk bleek dat de Nieuw BW-wetgever zich ten doel stelde het onderscheid tussen hoofdelijkheid en de toevallige samenloop van verbintenissen zoveel mogelijk weg te nemen. Dit doel werd bereikt door de lotsverbondenheid van de hoofdelijk verbonden debiteuren tot een minimum te beperken. Het gevolg is dat ons stelsel van hoofdelijkheid in beginsel uitgaat van de onafhankelijkheid (ook wel aangeduid als: zelfstandigheid) van de hoofdelijke verbintenissen en dus van de regel dat “bij hoofdelijke verbondenheid van meer schuldenaren de toewijzing van een vordering tegen de ene schuldenaar de andere schuldenaar niet de mogelijkheid ontnemt tegen de vordering verweer te voeren”.¹

Zelfstandigheid of onafhankelijkheid van hoofdelijke verbintenissen houdt bijvoorbeeld in dat als aan de ene hoofdelijke verbintenis een voorrecht is verbonden, de crediteur voorrang toekomt bij het verhaal op het vermogen van die hoofdelijke debiteur, maar dat die voorrang hem niet per se toekomt bij het verhaal op het vermogen van een andere hoofdelijk verbonden debiteur.²

De zelfstandigheid van de vorderingen uit zich in het feit dat met name de ‘Gesamtwirkung’ van bepaalde rechtsfeiten ten nadele van de debiteuren werd teruggedrongen. Naar huidig recht heeft bijvoorbeeld het verzuim of de stuiting van de verjaring in de verhouding van de crediteur tot een van de debiteuren in beginsel geen werking ten nadele van de andere debiteuren.³ Elk van de debiteuren moet afzonderlijk in verzuim worden gebracht, de verjaring van elke verbintenis moet afzonderlijk worden gestuit.

Het is een goede keuze van de wetgever geweest om in plaats van vergaande lotsverbondenheid, zoals die onder oud recht gold, zelfstandigheid van hoofdelijke verbintenissen tot uitgangspunt te nemen. Maar er zijn gevallen denkbaar waarin lotsverbondenheid juist wel voor de hand ligt. De ene verschijningsvorm van hoofdelijkheid is immers de andere niet; hoofdelijkheid kan afhankelijk van de ontstaansgrond, de specifieke rechtsverhouding

1 HR 13 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9261, NJ 2004/212 (*Hitz c.s./Theunissen*).

2 Zie bijv. HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:898, NJ 2014/309 (*Hertogs/Deterink en Van Andel q.q.*), waar de moedermaatschappij via de 403-verklaring hoofdelijk verbonden was voor de loonschulden van de dochtermaatschappij. De werknemer kwam een voorrecht toe ex art. 3:288 BW tegenover de dochter, maar niet tegenover de moeder.

3 Parl. Gesch. Boek 6, p. 94-95.

van debiteuren onderling en/of de rechtsverhouding tot de crediteur, een meer ‘correaal’ karakter vertonen of juist meer neigen naar een toevallige samenloop van verbintenissen. De regeling van de hoofdelijkheid in ons wetboek is zo flexibel van opzet, dat differentiatie, waar deze nodig en wenselijk is, tot de mogelijkheden behoort.

In de volgende paragrafen belicht ik een aantal rechtsfeiten die zich in de verhouding van de crediteur tot een van de debiteuren kunnen voordoen, zoals betaling, verzuim en verjaring. Steeds wordt daarbij de vraag gesteld wat de gevolgen van het desbetreffende rechtsfeit zijn voor de andere hoofdelijke verbintenissen. Worden de andere verbintenissen ongemoeid gelaten, kunnen de andere debiteuren in een slechtere positie worden gebracht of wordt hun ‘last’ juist verlicht? Hierna zal blijken dat steeds moet worden gekozen tussen zelfstandigheid en lotsverbondenheid. Nu eens is het de wetgever die uitdrukkelijk kiest, maar vaak zal ook uit de rechtsverhouding van partijen onderling, of uit de aard van de hoofdelijkheidsfiguur een bepaalde keuze spreken.

4.2 BETALING EN AANVERWANTE HANDELINGEN

4.2.1 *Bevrijding door betaling*

In het vorige hoofdstuk kwam naar voren dat de bevrijdende werking van de betaling door een van de debiteuren ten behoeve van de andere debiteur(en) het meest wezenlijke kenmerk van hoofdelijkheid is. Art. 6:7 lid 2 BW geeft dan ook aan dat nakoming door een der schuldenaren tevens zijn medeschuldenaren bevrijdt tegenover de schuldeiser. De verklaring hiervoor is dat de crediteur door de ene prestatie in hetzelfde vermogensbelang is bevredigd als waartoe de andere prestatieplicht strekte. Nu het uiteindelijke doel van beide verbintenissen, te weten bevrediging van dat vermogensbelang, is bereikt, bestaat het object van de verbintenis niet langer en gaat de verbintenis teniet.⁴

Het tenietgaan van de verbintenis ten gevolge van de prestatie door de andere hoofdelijke debiteur doet denken aan het tenietgaan van een schuld als gevolg van betaling door een derde als bedoeld in art. 6:30 BW, maar moet daar om verschillende redenen niet mee worden geassocieerd.⁵ De hoofdelijke debiteur die voldoet, komt niet primair de verbintenis van een ander na, doch vervult in de eerste plaats zijn eigen prestatieplicht. Daarnaast vooronderstelt art. 6:30 BW dat degene die betaalt, zich ervan bewust is de schuld van een ander te voldoen.⁶ Afgezien van de omstandigheid dat de hoofdelijke debiteur zijn eigen verbintenis nakomt, kan art. 6:30 BW ook daarom niet worden toegepast, nu aan het

4 Zie ook par. 3.5.6.

5 Zo ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012, nr. 199.

6 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012, nr. 200.

bewustheidsvereiste lang niet altijd voldaan zal zijn, met name dan niet als de debiteur niet weet dat anderen met hem tot dezelfde prestatie zijn gehouden. Voorts ziet art. 6:30 BW op gevallen waarin sprake is van één verbintenis die door een ander dan de debiteur wordt nagekomen; het moge naar aanleiding van hoofdstuk 2 duidelijk zijn dat hoofdelijkheid meerdere verbintenissen en dus meerdere debiteuren betreft.

Het voorgaande laat uiteraard onverlet dat betaling van een hoofdelijk verschuldigde prestatie kan plaatsvinden door een ‘echte’ derde in de zin van art. 6:30 BW. Betaling door een derde geldt als nakoming in de zin van art. 6:7 lid 2 BW: zij bevrijdt alle hoofdelijke debiteuren. Betaling door een derde doet de vraag rijzen wie van de debiteuren door de betaling is of zijn bevrijd in hun verhouding tot de crediteur. Naar mijn mening komt het er slechts op aan of de prestatie van de derde mag worden beschouwd als een (bewuste) nakoming van de hoofdelijk verschuldigde prestatie. Is dat het geval, dan zijn alle debiteuren bevrijd. De vervolgvraag voor wie de derde de prestatie verrichtte, is uiteraard van belang voor eventueel regres tussen de hoofdelijke debiteuren onderling.⁷ Bij de beantwoording van die vervolgvraag komt het niet zozeer aan op de uitleg van de betalingshandeling, maar veeleer op de duiding van de eventuele rechtsverhouding van de derde tot een of meer van de debiteuren. Om te kunnen spreken van rechtsgeldige betaling door een derde is immers niet vereist dat het de crediteur duidelijk is dat de derde bijvoorbeeld bij wijze van materiële schenking betaalt voor hoofdelijk debiteur A; niettemin heeft deze intentie van de derde gevolgen voor het regres van A op de draagplichtige mededebiteuren B en C.

4.2.2 *Bevrijding bij ongelijke verbintenissen*

Hoofdelijkheid kan zich voordoen, ook al zijn de verbintenissen inhoudelijk niet gelijk, bijvoorbeeld doordat A tot betaling van € 1000 is gehouden en de andere debiteur B zich medeverbonden heeft verklaard tot een bedrag van € 500. Het is uiteraard zaak om te achterhalen waartoe B zich exact heeft verplicht. Alleen indien zijn verplichting om € 500 te betalen hetzelfde vermogensbelang van de crediteur betreft als dat tot bevrediging waarvan de verplichting van A strekt, is sprake van een (gedeeltelijke) samenloop. Betaalt A in het voorbeeld € 400, dan gaan beide schulden in zoverre teniet en is A voortaan tot € 600 en B tot € 100 gehouden. Pas als A meer voldoet dan € 500 is B volledig bevrijd van zijn verbintenis.⁸

De ongelijkheid van verbintenissen kan behalve de omvang ook de inhoud betreffen. Als de hoofdelijke verbintenissen inhoudelijk ongelijksoortig zijn, maar wel ertoe strekken

7 Een eventueel verhaal van de derde-betaler op een of meer hoofdelijke debiteuren valt buiten het bereik van het regresrecht bij hoofdelijkheid. Zie over mogelijke rechtsgronden bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012, nr. 202, De Kok 1965, p. 110, Schoordijk 1967, p. 113 e.v., Schoordijk 1967*, p. 147 e.v.

8 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012, nr. 112.

hetzelfde vermogensbelang te bevredigen, dan moet mijns inziens een waardering van de prestaties plaatsvinden om uit te maken of een volledige uitwisselbaarheid bestaat. Men denke aan het eerder gegeven voorbeeld van de aannemer en de architect: een aannemer is mede ten gevolge van onoplettendheid van de toezichhoudende architect verplicht verbeteringen in het bouwwerk aan te brengen, terwijl de opdrachtgever ook de architect zou kunnen aanspreken tot vergoeding van de schade. Deze prestaties zijn qua aard ongelijksoortig, doch bevredigen hetzelfde vermogensbelang van de opdrachtgever. Omdat zij dezelfde strekking hebben, zijn zij hoofdelijk van aard. Om te kunnen uitmaken of, en zo ja, in hoeverre herstel door de aannemer mede de architect bevrijdt, moeten de prestaties eerst worden uitgedrukt in een gelijksoortige rekeneenheid die vergelijking mogelijk maakt. De wet gaat voor het regres uit van een eventuele 'omrekening' naar geldvorderingen;⁹ dit geldt, zo zou ik menen, ook voor de bevrijdende werking van de prestatie door een van beiden. De waarde die de verschillende prestaties hebben, kan in geld worden uitgedrukt. Het lijkt aannemelijk om de dag van omrekening gelijk te stellen met de dag waarop een van de debiteuren de verschuldigde prestatie verricht.

4.2.3 *Bevrijding door verrekening*

Art. 6:7 lid 2 BW bepaalt dat niet alleen nakoming, maar ook verrekening door een van de debiteuren delgende werking heeft ten behoeve van alle hoofdelijke debiteuren. Deze delging treedt alleen op als aan de vereisten voor een geldig beroep op verrekening is voldaan: de betreffende debiteur moet de bevoegdheid tot verrekening hebben volgens de artt. 6:127 e.v. BW en hij moet een ver- rekeningsverklaring uitbrengen. De bevoegdheid tot het uitbrengen van deze verklaring berust in de regel slechts bij de betreffende debiteur.¹⁰ De andere hoofdelijke debiteuren kunnen niet – hoezeer zij ook belang hebben bij deze verklaring – de verklaring te hunnen behoeve uitbrengen.¹¹ Zij kunnen de verrekeningsbevoegde debiteur natuurlijk wel verzoeken om tot verrekening over te gaan.¹² Is de verrekeningsverklaring uitgebracht, dan zijn alle debiteuren in zoverre van hun schuld bevrijd. Zij kunnen zich alsdan beroepen op de delging van (ook) hun verbintenis.¹³

⁹ Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 109.

¹⁰ Parl. Gesch. Boek 6, p. 100. Vgl. ook art. 1466 BW (oud). Dit is overigens anders als een hoofdelijke debiteur op grond van een specifieke vertegenwoordigingsbevoegdheid (mede) rechten van andere debiteuren kan uitoefenen, zoals bijv. ex art. 17 WvK bij de v.o.f. het geval is. Zie Asser/Maeijer 1995, nr. 178.

¹¹ Aldus uitdrukkelijk art. 1466 lid 2 BW (oud). Anders naar oud recht voor wat betreft de borg: art. 1466 lid 1 BW (oud). Zie thans het opschortingsrecht in art. 6:139 BW; daarover verderop in deze paragraaf meer.

¹² Blijkens HR 9 januari 1931, NJ 1931/378 (*Kolfschoten q.q./Slager Heijs*) kan de crediteur een dergelijke betaling door verrekening niet weigeren.

¹³ Parl. Gesch. Boek 6, p. 100.

Voor een geslaagd beroep op het tenietgaan van de schuld door verrekening, hoeft de partij die door verrekening heeft betaald, niet partij te zijn in de procedure waarin dat beroep wordt gedaan.¹⁴

Op het uitgangspunt dat de verrekeningsbevoegde debiteur tegenover zijn mededebiteuren niet verplicht is om tot verrekening over te gaan, dient mijns inziens reeds spoedig uitzondering te worden gemaakt. Een dergelijke gehoudenheid jegens de mededebiteuren om te verrekenen, gegrond op art. 6:8 BW, kan bijvoorbeeld rijzen als uitblijven van verrekening ertoe zou leiden dat de crediteur verhaal neemt op een andere debiteur, die ten opzichte van de verrekeningsbevoegde niet (geheel) draagplichtig is. Voor een dergelijk geval zou ik de verrekeningsbevoegde verplicht achten om tot verrekening over te gaan. Zou zulks anders zijn, dan zou de niet-draagplichtige debiteur in zoverre onnodig betaling ‘voorschieten’ voor de debiteur die door verrekening op onbezwaarlijke wijze zijn draagplicht kan effectueren. Is de niet-draagplichtige debiteur ook tegenover de crediteur geholpen met de gehoudenheid van de verrekeningsbevoegde om tot verrekening over te gaan? In beginsel heeft de crediteur geen boodschap aan de omstandigheid dat een andere dan de tot betaling aangesproken debiteur verrekeningsbevoegd is. De crediteur is immers vrij om te kiezen welke debiteur hij tot nakoming zal aanspreken.

Deze keuzevrijheid kent echter grenzen; als geen redelijk belang is gediend bij doorzetting van de betreffende aanspraak en verrekening door of jegens de andere debiteur de meest voor de hand liggende betalingswijze is, dan moet daar een weg voor worden gevonden. In de eerste plaats zou men kunnen oordelen dat het de niet-draagplichtige debiteur is toegestaan om de verrekeningsbevoegdheid van zijn mededebiteur uit te oefenen. Alhoewel de reële executie van art. 3:300 BW de mogelijkheid hiertoe biedt, moet mijns inziens uiterst terughoudend worden omgesprongen met toekenning van een dergelijke bevoegdheid. Alleen als zonneklaar is dat de weigerachtige debiteur (volledig) draagplichtig is ten opzichte van de debiteur die uitoefening van de verrekeningsbevoegdheid vordert, en de weigerachtige debiteur geen redelijk belang, althans geen zwaarwegend belang heeft bij zijn weigering, zou (al dan niet gehele) toewijzing in de rede liggen.

In de tweede plaats zou men kunnen oordelen dat het de niet-draagplichtige debiteur is toegestaan om tegen de vordering van de crediteur om tot betaling over te gaan, in te brengen dat deze in strijd met redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW) handelt door niet zelf gebruik te maken van zijn eigen verrekeningsbevoegdheid. Een dergelijk verwijt, dat grenst aan het verwijt van misbruik van recht (art. 3:13 BW), klinkt bijvoorbeeld ook door in art. 6:139 BW. Daarin is bepaald dat de borg die tot betaling wordt aangesproken, zijn betalingsplicht kan opschorten met een beroep op het feit dat de crediteur het in zijn macht heeft (gehad) om eigenmachtig voldoening te bewerkstelligen – zonder daarbij de borg te

¹⁴ HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1204, NJ 2014/325.

betrekken – door middel van verrekening jegens de hoofdschuldenaar. Een soortgelijk verweer komt mijns inziens toe aan de tot betaling aangesproken debiteur, indien en voor zover deze, net als de borg, vrij van draagplicht is ten opzichte van de debiteur met wie de crediteur kan verrekenen.¹⁵

4.2.4 *Deelbetaling en ontslag uit hoofdelijkheid*

Als de prestatie waartoe elk van de hoofdelijke debiteuren verplicht is, ondeelbaar is, kan geen sprake zijn van een deelbetaling. Is de prestatie wel deelbaar, dan geldt toch dat de prestatieplicht van elke debiteur de gehele prestatie betreft. Een crediteur hoeft geen genoegen te nemen met een prestatie in delen (art. 6:29 BW); de debiteur kan zich daarom niet op deling van de hoofdelijk verschuldigde prestatie beroepen. Aanvaardt de crediteur de deelbetaling, dan doet deze de hoofdelijke verbintenissen slechts tenietgaan ten belope van het gedeelte dat gepresteerd is. De hoofdelijkheid als zodanig blijft voor het overige in stand.

Als slechts een deel van de prestatie wordt verricht, kan dit een uitvloeisel zijn van een gedeeltelijk betalingsuitstel dat aan de betreffende debiteur is verleend; over betalingsuitstel zie men paragraaf 4.4.1. De deelbetaling kan ook voortvloeien uit een zogenaamd ontslag uit de hoofdelijkheid. Onder ontslag uit de hoofdelijkheid versta ik de handeling waarbij de crediteur met de debiteur afsprekt dat deze laatste een bedrag zal betalen dat naar zijn of hun mening overeenkomt met het bedrag dat de laatste in zijn verhouding tot de overige debiteuren draagplichtig is, en waarbij de crediteur afziet van verdere aansprakelijkstelling van de betreffende debiteur. Ontslag uit de hoofdelijkheid behelst dus de kwijtschelding van het deel van de verschuldigde prestatie, dat uitgaat boven de bijdrage die door de betreffende debiteur intern geleverd zou moeten worden.¹⁶ Naar oud recht leidde het ontslag ertoe dat de overige debiteuren weliswaar hoofdelijk verbonden bleven, maar onder aftrek van het aandeel dat de ontslagene intern draagplichtig was (art. 1325 BW (oud)).¹⁷ Naar huidig recht moet het ontslag worden gezien als een gedeeltelijke kwijtschelding van

15 Terughoudender: Faber 2005, p. 33-35; vgl. genuanceerd Bergervoet 2014, p. 181 (zij het dat de auteur op p. 192-193 toch uiteindelijk de lijn van Faber volgt).

16 De term 'ontslag uit de hoofdelijkheid' wordt niet altijd in de hier bedoelde zin verstaan. Zie in de door mij voorgestane zin Parl. Gesch. Boek 6, p. 103 nt. 1, Hofmann/Van Opstall 1976, p. 475, Van Buchem-Spapens 1982, p. 18, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012, nr. 114, nr. 116 i.f., Rutten 1984, p. 515 e.v., m.n. p. 525 e.v. Zie ook nog *Kamerstukken I* 1997/98, 24 702, nr. 52c, p. 3 (splitsing van rechtspersonen), alwaar de minister van Justitie in verband met de splitsing van rechtspersonen van eenzelfde opvatting lijkt uit te gaan. Ophof 1987, p. 7, lijkt te menen dat ontslag zonder meer hetzelfde is als afstand naar (thans) huidig recht. Vgl. genuanceerder Ophof 1984, p. 322. Van Neer-van den Broek 1988, p. 115 e.v. meent (p. 135) dat ontslag al dan niet gecombineerd wordt met betaling van het aandeel in de prestatie. Vgl. ook nog Oostwouder 1996, p. 351.

17 Asser/Hartkamp 4-I 1992, nr. 104m.

de vordering jegens de ontslagene;¹⁸ aangezien kwijtschelding wordt behandeld als een species van de afstand verwijs ik voor nadere behandeling naar paragraaf 4.3.

4.3 INBETALINGGEVING EN AFSTAND

4.3.1 *Inbetalinggeving is schuldvernieuwing*

Het oude BW bevatte een ondoorzichtige en innerlijk tegenstrijdige regeling van ontslag, kwijtschelding, schuldvernieuwing en inbetalinggeving.

Als gezegd leidde ontslag uit de hoofdelijkheid ertoe dat tegenover een van de debiteuren gedeeltelijk afstand van de vordering werd gedaan en de overige debiteuren hoofdelijk aansprakelijk bleven onder aftrek van het aandeel van de ontslagene. Art. 1476 BW (oud) bepaalde echter dat behoudens uitdrukkelijk voorbehoud de kwijtschelding van één debiteur geacht werd alle debiteuren volledig te bevrijden. Daarnaast bepaalde art. 1460 BW (oud) dat een schuldvernieuwing die met een van de debiteuren was overeengekomen, alle overige debiteuren uit hun verbintenis ontsloeg. De kwalificatie van een handeling als ontslag, kwijtschelding of schuldvernieuwing was dus allesbepalend voor het rechtsgevolg.

De naar oud recht sterk uiteenlopende rechtsgevolgen zijn bij invoering van het nieuwe wetboek grotendeels weggenomen. De wet regelt thans nauwelijks de gevolgen van ontslag, kwijtschelding, schuldvernieuwing en inbetalinggeving. De Toelichting Meijers vermeldt dat de werking van deze rechtsfeiten zozeer afhankelijk is van de concrete uitleg van de verklaringen van partijen bij een ontslag, kwijtschelding et cetera, dat afgezien is van uitlegvermoedens met de mogelijkheid van uitdrukkelijke afwijking.¹⁹ De Toelichting huldigt in dit verband de opvatting dat behoudens nakoming de hoofdelijke verbintenissen tussen de debiteuren en de crediteur onafhankelijk van elkaar zijn wat betreft wijze van tenietgaan.²⁰

Dit uitgangspunt wordt echter verlaten in art. 6:7 lid 2 BW; daar treft men de regel aan dat de bevrijdende werking van de nakoming door een van de debiteuren ook geldt indien de schuld wordt gedelgd door inbetalinggeving. Hier rijst de vraag naar de verhouding

18 Onder omstandigheden zou de kwijtschelding gepaard kunnen gaan met een schuldvernieuwing, namelijk als de ontslagen debiteur door het ontslag tot een wezenlijk andere prestatie wordt verplicht; ik zou in dat geval van een schuldvernieuwing en niet van een ontslag willen spreken.

19 Parl. Gesch. Boek 6, p. 104. Vgl. ook Meijers 1958, p. 116.

20 Parl. Gesch. Boek 6, p. 101.

van inbetalinggeving tot kwijtschelding en schuldvernieuwing. Als de crediteur daarin toestemt, kan de debiteur zich van de verbintenis bevrijden door bij wijze van inbetalinggeving een andere prestatie te verrichten. Uit art. 6:45 BW wordt wel afgeleid dat deze inbetalinggeving de verbintenis evenzeer teniet doet gaan als een volledig conforme betaling, en voorts dezelfde rechtsgevolgen heeft als conforme betaling.²¹ Als dat laatste waar is, dan bevrijdt inbetalinggeving de overige debiteuren ongeacht de waarde van de prestatie die bij wijze van inbetalinggeving is verricht. Is de geleverde prestatie echter minder waard dan de verschuldigde prestatie, dan is toch veeleer sprake van schuldvernieuwing? Deze kwalificatieperikelen zijn uiterst relevant: is sprake van inbetalinggeving, dan zijn alle debiteuren zonder meer bevrijd tegenover de crediteur (art. 6:7 lid 2 BW); is daarentegen sprake van een kwijtschelding of schuldvernieuwing, dan geldt in beginsel dat de uitleg van de afspraak tussen crediteur en debiteur bepaalt of ook de andere debiteuren bevrijd worden.

Mijns inziens moet de inbetalinggeving niet worden gezien als de nakoming van de oorspronkelijke verbintenis, maar als een schuldvernieuwing, gevolgd door betaling.²² Deze nieuwe verbintenis vertegenwoordigt niet noodzakelijkerwijs dezelfde waarde in het vermogen van de crediteur als de oude. Deze opvatting voert tot de conclusie dat inbetalinggeving ten onrechte in art. 6:7 lid 2 BW wordt genoemd. Of de in de inbetalinggeving besloten liggende schuldvernieuwing delgende werking heeft voor alle hoofdelijke verbintenissen, hangt dan namelijk af van de bedoeling van de partijen die bij de schuldvernieuwing betrokken waren.

Mijn conclusie luidt dat inbetalinggeving ten onrechte is genoemd in art. 6:7 lid 2 BW. Het verrichten van een andere prestatie dan de verschuldigde als bedoeld in art. 6:45 BW kan namelijk een andere strekking hebben dan bevrijding van alle debiteuren. Veeleer moet de handeling krachtens welke inbetalinggeving plaatsvindt, naar doel en strekking

-
- 21 Aldus Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012, nr. 233; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, nr. 327. Zie HR 2 december 1977, NJ 1978/130 (*Piek/Schuyffel*), waarin werd bepaald dat inbetalinggeving geen onverschuldigde betaling is; uit de vaststelling in HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0804, NJ 1993/169 (*Kin/Emmerig q.q.*), dat inbetalinggeving geen onverplichte rechtshandeling is, kan evenwel worden afgeleid – zij het niet dwingend – dat inbetalinggeving mede schuldvernieuwing impliceert. Hiermee is echter nauwelijks te rijmen HR 20 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2784, NJ 1999/611 (*Verkerk Varkenshandel/Tiethoff q.q.*), waarin de HR mogelijk achtte dat inbetalinggeving een verplichte rechtshandeling oplevert.
- 22 Aldus ook Hofmann/Van Opstall 1976, p. 478, Schoordijk 1979, p. 135, Schoordijk 1984, p. 490, Pitlo-Bolweg 1979, p. 377, Van der Grinten 1986, p. 51 en Klaassen 2001, p. 126. Vgl. ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 105, nt. 1. Anders: Hartkamp 1974, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012, nr. 233 en Tjittes 1992, nr. 27. Mogelijk ook anders, zij het in ander verband: HR 20 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2784, NJ 1999/611 (*Verkerk Varkenshandel/Tiethoff q.q.*). Het subtiële onderscheid dat de T.M. (Parl. Gesch. Boek 6, p. 100) maakt tussen onmiddellijke aanbieding en aanvaarding van een andere prestatie (inbetalinggeving) en de tweezijdige rechtshandeling waarbij een andere prestatie wordt toegezegd (schuldvernieuwing), en dat is overgenomen in Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, nr. 314, is m.i. praktisch onwerkbaar. Vgl. ook nog Suijling 1936, p. 28-29, p. 33-34, die in de inbetalinggeving weliswaar een nieuw overeengekomen verbintenis ontwaarde, maar deze figuur niettemin van de schuldvernieuwing onderscheidde, omdat deze zijns inziens een zelfstandige overeenkomst met een eigen oorzaak betrof.

worden uitgelegd. Soms kan men daarbij het uitlegvermoeden hanteren dat indien de bij wijze van inbetalinggeving verrichte prestatie van (vrijwel) gelijke waarde is als de verschuldigde prestatie, er sprake is van een met nakoming gelijk te stellen handeling, die alle debiteuren bevrijdt. Een algemene regel moet hier echter niet in worden gelezen.

4.3.2 *Afstand om niet: kwijtschelding*

Aangezien de inbetalinggeving in mijn opvatting een species van de schuldvernieuwing is, en deze laatste figuur op zijn beurt een species is van de afstand, kunnen thans de gevolgen van afstand aan de orde worden gesteld. De overeenkomst van afstand (art. 6:160 BW) doet de verbintenis tenietgaan. Wordt de verbintenis vervangen door een andere, dan is sprake van schuldvernieuwing (afstand om baat); treedt er geen nieuwe verbintenis voor in de plaats, dan spreekt men van een kwijtschelding (afstand om niet).²³

De strekking van het aanbod tot kwijtschelding is niet steeds dezelfde. Nu eens beoogt de crediteur alle debiteuren van hun verbintenissen te bevrijden, dan weer wil hij slechts een bepaalde debiteur de schuld kwijtschelden. Beoogt hij alle debiteuren volledig te bevrijden, dan zou hij het aanbod tot elke debiteur afzonderlijk kunnen richten. Doet de crediteur dit niet, maar richt hij zijn aanbod slechts tot een bepaalde debiteur, dan rijst de vraag of de kwijtschelding alle debiteuren betreft. Doel en strekking van het aanbod in het concrete geval moeten daartoe worden onderzocht, waarbij mede relevant is wat de debiteur tot wie het aanbod werd gericht, uit het aanbod mocht afleiden (art. 3:35 BW); daarnaast is van belang welke betekenis de debiteuren tot wie het aanbod niet was gericht, aan het aanbod mochten hechten (art. 3:36 BW). De vraag of een afstand mede strekt tot bevrijding van de andere debiteuren, is daarmee een vraag van uitleg.²⁴

Ook voor het oude recht meende de Hoge Raad dat het aankomt op de uitleg van de kwijtschelding en het gerechtvaardigde vertrouwen dat in concreto aan de kwijtschelding wordt gehecht. In 1988 besliste de Raad:²⁵

“De rechtshistorische betekenis van het eerste lid van art. 1476 BW, dat is ontleend aan art. 1285 Code Civil, kan in het midden blijven. Voor het huidige

23 Parl. Gesch. Boek 6, p. 587-588. Een derde figuur, de *schuldwijziging*, die in de T.M. (Parl. Gesch. Boek 6, p. 102, p. 482) wordt genoemd, maar niet in de wettekst is opgenomen, gaat m.i. op in de gedeeltelijke kwijtschelding (bijv. een vermindering van de verschuldigde geldsom) dan wel de schuldvernieuwing (bijv. de verlenging van een tijdsbepaling). Anders dan Van Kessel 2013, p. 95 nt. 14 stelt, is ook een kleine vermeerdering van een bestaande verbintenis een wijziging van de identiteit van de verbintenis (bovendien: wat is klein?).

24 Zie Polak & Van Mierlo 1998, p. 131; Klaassen 2002, p. 664. Vgl. de discussie bij Bentele 2006, p. 149 e.v.

25 HR 11 maart 1988, ECLI:NL:HR:1988:AC1914, NJ 1988/580 (*Bron/Bink*). Reeds in deze zin Suijling 1936, p. 114. Waarschijnlijk nog anders: HR 25 juni 1937, NJ 1937/1095 (*Van Iddekinge en Buwalda q.q./koopman Triesenberg*).

recht is voldoende vast te stellen dat deze bepaling strekt ter bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen van hoofdelijke schuldenaren: zij gaat kennelijk ervan uit dat een hoofdelijk schuldenaar aan wie zijn schuld wordt kwijtescholden, in de regel daarvan mededeling doet aan zijn medeschuldenaren, en dat deze mogen aannemen dat een schuldeiser die aan een van zijn hoofdelijke schuldenaren zonder meer kwijting geeft, daarmee in de regel bedoelt ook de anderen te bevrijden, zodat dezen, van een dergelijke kwijting vernemende, in redelijkheid erop mogen vertrouwen dat zij voortaan van rechtsmaatregelen ter zake van hun verbintenis verschoond zullen blijven.

Tegen deze achtergrond heeft het hof, dat kennelijk – en in het licht van de gedingstukken: begrijpelijkerwijs – van oordeel was dat Bink [de crediteur, WvB], toen hij Reuser kwijting verleende, niet de bedoeling had daarmee ook af te zien van zijn aanspraken jegens Bron, aan zijn vaststelling dat “geen moment aanwijsbaar is, waarop bij Bron een gerechtvaardigd vertrouwen aanwezig is geweest dat Bink (ook) jegens hem zijn recht wilde prijsgeven”, terecht de slotsom verbonden dat Bron zich in dit geding niet erop vermag te beroepen dat hij op grond van art. 1476 van de (...) (hoofdelijke) verbintenissen is bevrijd.”

Hoewel zonneklaar is dat de uitspraak de tekst van art. 1476 BW (oud) geweld aandoet,²⁶ doet de uitspraak wel recht aan de belangen van de crediteur. Het moet toch op zijn minst uit de gedragingen van de crediteur afgeleid kunnen worden of hij van (ál) zijn rechten jegens alle debiteuren wilde afzien.²⁷ Blijkt dat nergens uit, en kunnen de betreffende debiteuren zich evenmin beroepen op gerechtvaardigd vertrouwen van die strekking, dan zal het er voor moeten worden gehouden dat alleen de debiteur tot wie het aanbod concreet was gericht, volledig bevrijd wordt in zijn verhouding tot de crediteur.²⁸ In dat laatste geval blijven, zo is ook het uitgangspunt voor het huidige recht, de overige verbintenissen ongewijzigd in stand.²⁹

In *Bia Beheer* (2015) oordeelde de Hoge Raad dat de 403-aansprakelijkheid van een moedermaatschappij voor de contractuele schulden van een groepsmaatschappij onverkort bleef bestaan ook nadat de (curator van haar) failliete

26 Art. 1476 BW (oud) luidde: “De kwijteschelding eener schuld, of het ontslag bij overeenkomst, ten behoeve van eenen der hoofdelijke mede-schuldenaren gegeven, bevrijdt alle de overige, ten ware zich de schuldeischer uitdrukkelijk zijne regten tegen de laatstgemelde mogt hebben voorbehouden. In welk laatst geval, hij de schuld niet verder kan invorderen, dan na aftrek van het aandeel van dengenen aan wien hij de schuld heeft kwijtescholden.”

27 Vgl. Kortmann 2010, p. 1172.

28 Zo ook Valk 1988, p. 136. Vgl. Suijling 1936, p. 114 en De Kok 1965, p. 149.

29 Parl. Gesch. Boek 6, p. 103.

groepsmaatschappij een schikking had getroffen met een teleurgestelde klant over een schadevergoedingsvordering van de klant op de groepsmaatschappij.³⁰ De klant had daarbij finale kwijting aan de groepsmaatschappij verleend, maar wendde zich vervolgens tot de moedermaatschappij om vergoeding van de schade te vorderen die door de schikking en kwijting onvergoed was gebleven. De moeder verweerde zich onder meer met een beroep op het afhankelijke karakter van de 403-hoofdelijkheid, maar de Hoge Raad oordeelde dat van afhankelijkheid geen sprake was: de hoofdelijke 403-aansprakelijkheid van de moeder berust op een zelfstandige verbintenis door een eenzijdige rechtshandeling jegens de crediteur, waarvan zelfstandig nakoming kan worden gevorderd.³¹ Nu de aangesproken moeder niet het verweer had gevoerd dat de klant door de schikking met de groepsmaatschappij aan te gaan, op voet van art. 6:9 lid 1 BW afstand had gedaan van haar vorderingsrecht jegens de moeder, was hooguit sprake van een reductie van de omvang van de schuld van de moeder ter grootte van de betaling gedaan door de groepsmaatschappij, aldus de Hoge Raad.³²

Natuurlijk leidt de relatieve werking van de afstand tot complicaties in de interne verhoudingen. Daar kom ik op terug in paragraaf 6.3.

4.3.3 *Kwijtschelding met ‘Gesamtwirkung’*

In het voorgaande hebben we gezien dat een aanbod tot afstand gericht tot en aanvaard door een van de debiteuren, in beginsel slechts de betreffende debiteur van zijn verbintenis bevrijdt. Dit is in ten minste drie gevallen anders: in de eerste plaats als het aanbod mede ertoe strekt de andere debiteuren te bevrijden, in de tweede plaats indien de andere verbintenis(sen) afhankelijk zijn van de verbintenis die door kwijtschelding teniet is gegaan, en in de derde plaats als de andere verbintenis(sen) subsidiair zijn.

Het eerste geval doet zich voor als uit de bewoordingen van het aanbod of uit de gedragingen van de crediteur bij het uitbrengen van zijn aanbod tot kwijtschelding blijkt dat het aanbod zich mede uitstrekt over de verbintenissen van de andere hoofdelijke debiteuren. In een dergelijke situatie kent art. 6:9 lid 1 BW aan de debiteur tot wie het aanbod was gericht, de bevoegdheid toe om dat aanbod namens de andere debiteuren te aanvaarden. De debiteur tot wie het aanbod werd gericht, wordt vermoed het te hebben

30 HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837, NJ 2015/255 (*Bia Beheer*).

31 Het afhankelijkheidsverweer was al eerder verworpen wat betreft de hoofdelijkheidsverklaring ex art. 2:403 BW: HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, NJ 2002/447 (*Akzo Nobel/ING*). Daarover Bartman et al. 2016, p. 196 e.v.

32 HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837, NJ 2015/255 (*Bia Beheer*).

aanvaard tenzij hij het na kennisneming onverwijld verwerpt (art. 6:160 lid 2 BW). Dit vermoeden betreft in elk geval het aanbod voor zover het op zijn eigen schuld betrekking heeft. Onduidelijk is of het ook van toepassing is voor zover het betreft de verbintenissen van de niet-geadresseerde debiteuren. Ik zou menen dat de debiteur enige tijd voor ruggespraak moet worden gegund; zo nodig kan dit worden bereikt door het begrip ‘onverwijld’ aldus te interpreteren dat rekening wordt gehouden met de tijd die redelijkerwijs benodigd is om bedoeld overleg te voeren.

De vertegenwoordigingshandeling die op grond van art. 6:9 BW wordt verricht, kan – zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis – niet ongedaan gemaakt worden door herroeping van de vertegenwoordigde.³³ De vertegenwoordigde wordt dus zonder meer gebonden door de instemming van de vertegenwoordiger met de kwijtschelding namens de andere debiteur(en). Dat de vertegenwoordigde het aanbod niet alsnog kan afwijzen, is mijns inziens niet zozeer een afwijking van art. 6:160 lid 2 BW als wel een toepassing van het beginsel dat ook aan art. 3:66 lid 1 BW ten grondslag ligt, te weten dat bevoegde vertegenwoordiging de vertegenwoordigde bindt. De wet staat er naar mijn mening echter niet aan in de weg dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van art. 6:9 BW op voorhand bij rechtshandeling wordt weggenomen; voor werking tegenover de crediteur is, naar ik meen, wel vereist dat deze op de hoogte wordt gesteld van beëindiging van de vertegenwoordigingsbevoegdheid (art. 3:72 sub c jis 76, 78 BW).

Daarnaast kan worden betwijfeld of aanvaarding van het aanbod mede namens onbekende hoofdelijke debiteuren kan geschieden. Weliswaar lijkt art. 6:9 BW naar de letter genomen mede deze verbintenissen te treffen, maar het lijkt niet uitgesloten dat onder omstandigheden – afgezien van de omstandigheid dat het aanbod niet noodzakelijkerwijs mede de aan de crediteur onbekende verbintenissen betreft – de vertegenwoordigingsmacht zich niet uitstrekt over onbekende verbintenissen.

Het tweede geval waarin kwijtschelding van de ene hoofdelijke debiteur mede de andere debiteur van zijn verbintenis bevrijdt, doet zich voor als de verbintenis van die andere debiteur afhankelijk is van het bestaan en voortbestaan van de eerste verbintenis. Een dergelijke volledige afhankelijkheid treft men met name aan bij de verbintenis van de borg. Wordt de hoofdschuldenaar de schuld kwijtgescholden, dan gaat ook de verbintenis van de borg teniet.³⁴ Afhankelijkheid kan ook uit de aard van de rechtshandeling volgen waarbij de betreffende debiteur zich hoofdelijk verbonden verklaarde. In dat geval hebben partijen willen afwijken van het door de wetgever gekozen uitgangspunt van onafhankelijkheid van de hoofdelijke verbintenissen. Gedacht kan worden aan de hoofdelijkheid die

³³ Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1211.

³⁴ Zie art. 3:7, 7:851 en 7:852 BW, Parl. Gesch. Boek 7, p. 428; vgl. Asser/Van Schaick 7-VIII 2012, nr. 91-92.

ontstaat zodra een derde buiten borgtocht door bijtreding jegens de crediteur ervoor instaat dat de debiteur zijn verplichtingen nakomt.³⁵

Afhankelijkheid dient men overigens goed te onderscheiden van het geval dat zich voordoet indien het ontstaan van een verbintenis afhankelijk wordt gesteld van bepaalde rechtsfeiten die mede het ontstaan van een andere verbintenis ten gevolge hebben. Een voorbeeld is de aansprakelijkheid van de werkgever voor fouten van ondergeschikten ex art. 6:170 BW. De werkgever is slechts aansprakelijk indien – afgezien van de overige vereisten die art. 6:170 BW stelt – ten aanzien van de ondergeschikte aan alle vereisten van art. 6:162 BW is voldaan. Daarmee is echter geenszins gezegd dat de aansprakelijkheid van de werkgever afhankelijk is van de verbintenis van de werknemer tot vergoeding van de schade. Veeleer worden de feiten die aanleiding geven tot aansprakelijkheid op zichzelf beschouwd; de verbintenissen van werkgever en werknemer gaan na hun gezamenlijk ontstaan elk hun eigen weg. Kwijtschelding gericht tot de werknemer bevrijdt daarom niet van rechtswege ook de werkgever. Een soortgelijke onafhankelijkheid lijkt door de rechtspraak te zijn aangebracht in de hoofdelijke verbintenissen van de aansprakelijke motorrijtuighouder en zijn WAM-verzekeraar.³⁶

Het derde geval waarin kwijtschelding mede de andere hoofdelijke debiteur bevrijdt, betreft het geval waarin deze andere debiteur slechts subsidiair gehouden is tot het verrichten van de verschuldigde prestatie, dat wil zeggen zodra de ‘primaire’ debiteur tekortschiet. Veel van deze subsidiaire debiteuren treft men aan in fiscale wetgeving; de wetgever acht bepaalde personen – al dan niet onder nadere voorwaarden – hoofdelijk aansprakelijk voor belastingsschulden van anderen. De hoofdelijke aansprakelijkheid die deze wetsbepalingen in het leven roepen, strekken steeds tot (onder meer) zekerheid van vlotte inning van belastingsschulden.³⁷ Men kan de functie van de aansprakelijkheid van de subsidiaire debiteur daarom wel vergelijken met die van een borg uit de overeenkomst van borgtocht. Voorwaarde voor uitoefening van de wettelijke bevoegdheid tot aansprakelijkstelling is steeds dat de ‘primaire’ debiteur in gebreke blijft met betaling.³⁸ Uit dit voorwaardelijke karakter volgt mijns inziens dat kwijtschelding van de primaire debiteur – hoe zeldzaam dit ook

³⁵ Over deze bijtredende debiteur nader par. 3.5.4.

³⁶ Zie HR 5 november 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB3865, NJ 1972/37 (*Bossink/De Gier*); vgl. HR 3 december 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4489, NJ 1983/400 (*Nationale Nederlanden/Timmermans*) en HR 12 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB8585, NJ 1988/39 (*Holland/Beek*); zie uitgebreid Robben 1993, p. 211 e.v.

³⁷ Zie bijv. de bepalingen die mede-aansprakelijkheid in het leven roepen voor belastingsschulden van in het buitenland gevestigde belastingdebiteuren (art. 37 Inv.W, art. 46 lid 2 Inv.W).

³⁸ Zie bijv. art. 49 Inv.W. Daarnaast is een bepaalde verhaalsvolgorde denkbaar, bijv. op grond van beginselen van behoorlijk bestuur. Vgl. Vetter et al. 2012, p. 36 e.v.; Raaijmakers 2014, p. 9-11.

moge zijn³⁹ – mede de subsidiaire debiteur van zijn verplichtingen bevrijdt.⁴⁰ De reden hiervoor is dat bijvoorbeeld de wettelijke aansprakelijkheid voor belastingschulden van een ander geen andere functie heeft dan die welke een contractuele borgtocht heeft, namelijk zekerheid van betaling. De ‘borgen’ die door de wet als zodanig zijn aangewezen, kunnen uit hoofde daarvan op geen enkele wijze worden beschouwd als draagplichtige debiteuren. Het zou niet te rijmen zijn met de aard van de betreffende aansprakelijkheden om aan te nemen dat na kwijtschelding verleend aan de belastingdebiteur, de verbintenis van de mede-aansprakelijke zonder meer blijft voortbestaan.

Wil men met mij aannemen dat in de hiervoor geschetste gevallen een kwijtschelding mede de andere hoofdelijke debiteur(en) bevrijdt, dan rijst uiteraard de vraag hoe men deze gevallen adequaat kan onderscheiden van die gevallen waarin de hoofdregel geldt dat afstand *geen* werking ten voordele van andere hoofdelijke debiteuren heeft. Deze hoofdregel, die de zelfstandigheid van de hoofdelijke verbintenissen benadrukt, moet mijns inziens steeds wijken als de onzelfstandigheid van een verbintenis volgt uit afhankelijkheid of uitdrukkelijke dan wel inherente subsidiariteit van de verbintenis. Deze inherente subsidiariteit kan alleen worden vastgesteld door de aard en strekking van de betreffende wetsbepaling te analyseren. Als deze strekking slechts is het waarborgen van betaling van de ‘primaire’ schuld, dan ligt daarin besloten dat kwijtschelding mede de subsidiaire debiteur bevrijdt. Zo zou naar mijn mening kwijtschelding van overdrachtsbelasting aan de belastingdebiteur mede leiden tot bevrijding van de hoofdelijk verbonden notaris en moet kwijtschelding van de schuld van een informele vereniging mede de hoofdelijk aansprakelijke bestuurders van die vereniging bevrijden.⁴¹

4.3.4 *Afstand om baat: schuldvernieuwing*

Neemt de debiteur ter gelegenheid van de afstand een nieuwe verbintenis op zich, dan spreekt men van schuldvernieuwing. Omdat de overige debiteuren niet betrokken zijn bij de schuldvernieuwing en omdat een dergelijke nieuwe verplichting mogelijk niet gunstig voor deze debiteuren is, blijven zij buiten de afspraken van de crediteur en de betreffende debiteur. Naar oud recht was dit anders. Art. 1460 BW (oud) bepaalde namelijk dat de schuldvernieuwing tussen crediteur en een van de debiteuren in beginsel alle andere debiteuren van hun verbintenis ontsloeg. Literatuur en rechtspraak pleegden deze bepaling

39 Kennelijk maakt de fiscus onderscheid tussen kwijtschelding en ontslag. De eerste figuur wil de vordering tegenover alle debiteuren teniet laten gaan, de tweede figuur ontslaat slechts de desbetreffende debiteur (aldus Vetter et al. 2012, p. 148).

40 Een atypische (maar buiten het hier behandelde onderwerp vallende) situatie waarin kwijtschelding tot subsidiariteit leidt, doet zich voor in art. 19 Richtlijn 2014/104/EU, geïmplementeerd in art. 6:193o BW. Zie daarover nader par. 6.3.3.

41 Zie de betreffende hoofdelijkheidsbepalingen in art. 42 Inv.W resp. art. 2:30 lid 3 jo lid 4 BW.

zeer restrictief uit te leggen.⁴² Naar thans geldend recht blijven de verbintenissen van de andere debiteuren ongewijzigd voortbestaan. Dit vloeit rechtstreeks voort uit de door de wetgever centraal gestelde zelfstandigheid van de hoofdelijke verbintenissen; de wetgever achtte het niet nodig dit uitgangspunt in enige wettelijke bepaling op te nemen.⁴³

De verbintenissen van de overige debiteuren worden slechts geraakt door de schuldvernieuwing als het aanbod tot het aangaan van de schuldvernieuwing mede tot hen gericht was – al dan niet bij wijze van derdenbeding – en zij tot aanvaarding overgaan. Onder omstandigheden kan voorts uit de schuldvernieuwing de verplichting voor de crediteur voortvloeien om zijn vordering op de andere debiteuren al dan niet gedeeltelijk te vermindern. Deze plicht zal met name ontstaan als de schuldvernieuwing een nieuwe verbintenis in het leven roept, die aanzienlijk minder belastend is dan die waarvan afstand is gedaan. Hoe onbezwaarlijker de nieuwe verplichting is, des te meer de debiteur mag verwachten dat de crediteur hem niet indirect belast met de gevolgen van ongewijzigde aansprakelijkheid van de andere debiteuren. De crediteur kan in een dergelijk geval uit hoofde van de schuldvernieuwing de verplichting hebben om de eerdergenoemde eenzijdige rechtshandeling van art. 6:14 BW te verrichten.⁴⁴

Ook kan uit de rechtsverhouding van de debiteuren onderling volgen dat zij bevoegd zijn om mede namens de anderen een schuldvernieuwing aan te gaan. De hoofdelijkheid als zodanig is mijns inziens onvoldoende rechtsverhouding om een dergelijke bevoegdheid aan te nemen; zou de hoofdelijkheid van de debiteuren evenwel bijvoorbeeld samenhangen met de uitoefening van een vennootschap onder firma (art. 18 WvK), dan is de maatschapsverhouding mogelijk voldoende rechtsverhouding om een dergelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid aan te nemen (art. 17 WvK). Uit de hoofdelijkheid als zodanig vloeit zij niet voort; zij moet haar grond vinden in een aanvullende rechtsverhouding van de debiteuren onderling, en kan in voorkomend geval worden gebaseerd op art. 6:8 BW.

Als hun verbintenissen afhankelijk zijn van de verbintenis die door de schuldvernieuwing teniet is gegaan, dan gaan hun verbintenissen zonder meer teniet door de in de schuldvernieuwing besloten liggende afstand. Het ligt niet zonder meer voor de hand om hetzelfde aan te nemen bij de zogenoemde subsidiaire verbintenissen. Acht moet namelijk worden geslagen op de strekking van de betreffende subsidiaire verbintenis. Als een belastingdebiteur een schuldvernieuwing met de fiscus aangaat (hoe onwaarschijnlijk ook), dan is zeer de vraag of daardoor ook de verbintenissen van de subsidiaire mede-aansprakelijken worden gewijzigd. Ik zou menen dat dit afhankelijk is van de inhoud van de

42 Zie over art. 1460 BW (oud) instemmend Loeff 1891, p. 163 en kritisch Suijling 1936, p. 114-115. Zie over de restrictieve uitleg die in de literatuur aan deze bepaling werd gegeven Asser/Hartkamp 4-I 1992, nr. 104i en Parl. Gesch. Boek 6, p. 104. Van de rechtspraak zie men bijv. HR 30 januari 1931, NJ 1931/764 (*Zuiderweg/Salm q.q.*), waarin impliciet art. 1460 BW (oud) buiten toepassing werd gelaten.

43 Zie over een en ander Parl. Gesch. Boek 6, p. 104-106.

44 Zie nader par. 4.3.2.

schuldvernieuwing. Een verzwaring van de positie van de mede-aansprakelijken lijkt in elk geval niet mogelijk, terwijl een eventueel betalingsuitstel (art. 25 Inv.W) – wat blijkens art. 6:9 lid 2 BW iets anders is dan schuldvernieuwing – gegeven de aard van subsidiaire verbintenissen zonder meer mede ten voordele van de mede-aansprakelijken strekt.

4.4 NADERE AFSPRAKEN OVER BETALING

4.4.1 *Vaststelling, schikking, betalingsuitstel en -regeling*

Een schikking (dading) waarbij onenigheid of onzekerheid over bestaan of inhoud van de verbintenis wordt beëindigd (al dan niet met tegenprestatie), wordt beheerst door titel 7.15 BW inzake de vaststellingsovereenkomst. De dispositieve werking van de vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 e.v. BW) leidt ertoe dat de partijen bij een vaststellingsovereenkomst verplicht zijn om het rechtsgevolg zoals zij zijn overeengekomen, in het leven te roepen. De vaststellingsovereenkomst zelf is weliswaar de titel daartoe, maar deze leidt niet van rechtswege tot het betreffende rechtsgevolg. Wordt in het kader van schadevergoedingsonderhandelingen bij overeenkomst vastgesteld dat de ene partij een schadevergoeding verschuldigd is van € 1000, maar is het in werkelijkheid ten titel van schadevergoeding verschuldigde bedrag € 1500, dan kan niet worden gezegd dat met de vaststellingsovereenkomst van rechtswege en met terugwerkende kracht tussen partijen vaststaat dat de betreffende vordering slechts € 1000 bedraagt. Het dispositieve karakter brengt integendeel met zich dat in de vaststellingsovereenkomst een kwijtschelding ten belope van € 500 gelegen is. Het aanbod tot de kwijtschelding en de aanvaarding daarvan worden geacht besloten te liggen in de vaststellingsovereenkomst (art. 7:901 lid 3 BW).⁴⁵

Indien de vaststellingsovereenkomst tot kwijtschelding of schuldvernieuwing leidt, kan de strekking van de oorspronkelijke verbintenis met zich brengen dat deze haar werking in zoverre ook nadien behoudt.⁴⁶ Gedacht kan worden aan de aan de oorspronkelijke verbintenis klevende verjaringstermijn en de rechterlijke competentie ter zake van de oorspronkelijke verbintenis. Dit doet mijns inziens echter niet af aan het feit dat de oorspronkelijke verbintenis door kwijtschelding of schuldvernieuwing (gedeeltelijk) teniet is gegaan. De gevolgen daarvan in de andere hoofdelijke verbintenissen zijn hiervoor in paragraaf 4.3 aan de orde gekomen. Van geval tot geval zal moeten worden bekeken of de betreffende vaststellingsovereenkomst een gedeeltelijke kwijtschelding of zelfs een schuldvernieuwing in zich draagt.⁴⁷ In het voorbeeld is de betreffende verbintenis door een gedeeltelijke

⁴⁵ Vgl. Asser/Van Schaick 7-VIII 2012, nr. 159.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 1982/83, 17 779, nr. 3, p. 38.

⁴⁷ Daarbij is met name van belang hoe partijen de vaststellingsovereenkomst zelf zien; zie HR 25 juni 1937, NJ 1937/1095 (*Van Iddekinge & Buwalda q.q./koopman Triesenberg*).

kwijtschelding teruggebracht tot € 1000. Betaling van dat bedrag geldt als nakoming van de oorspronkelijke verbintenis.

Als hoofdregel geldt dat de afstand die eventueel in een vaststellingsovereenkomst besloten ligt, geen werking ten gunste of ten nadele van de overige hoofdelijke debiteuren heeft. Zij staan buiten de overeenkomst en kunnen er in hun verhouding tot de crediteur geen rechten aan ontleen. Evenmin kunnen zij gebonden raken aan de vaststellingen.⁴⁸ De Hoge Raad had in 1954 voor het oude recht inzake de toevallig samenlopende verbintenissen reeds aldus beslist.⁴⁹ Twee dieven konden dankzij een tipgever geld stelen van Van G. Een deel van het gestolen geld kwam via ingrijpen van de politie weer terug bij Van G. Het bedrag dat niet teruggevonden werd, wilde Van G. verhalen op de twee dieven en op de tipgever. Met deze laatste kwam hij overeen dat deze een deel van het verdwenen geldbedrag in termijnen zou vergoeden. Bovendien werd de tipgever een deel van zijn schuld kwijtgescholden. In de onderhavige procedure vordert Van G. van de twee dieven vergoeding van de gehele schade, voor zover nog niet vergoed door de tipgever. De Hoge Raad beslist:

“(...) dat toch, wanneer – gelijk te dezen – meer personen ieder ter zake van onrechtmatige daad verplicht zijn tot vergoeding van dezelfde schade en de benadeelde met één hunner een overeenkomst aangaat als de onderhavige, waarbij diens verbintenis tot zeker bedrag wordt beperkt en daarvoor een afbetalingsregeling wordt getroffen, deze overeenkomst zowel de verbintenissen van de anderen jegens den benadeelde alsook mogelijke, uit hun onderlinge verhouding voortspuitende, regresaanspraken onverlet laat; dat mitsdien te dezen Van G. gerechtigd bleef X en Y [de gelddieven, WvB] ieder aan te spreken tot vergoeding van de gehele door hem geleden schade, *voorzover deze nog niet reeds was vergoed.*” (cursivering WvB)

De onafhankelijkheid, zoals de Hoge Raad die voor de toevallig samenlopende verbintenissen in deze uitspraak bevestigde, is naar huidig recht voor hoofdelijkheid de hoofdregel.⁵⁰ Dit betekent dat een nadere betalingsregeling aangegaan met een van de debiteuren geen werking van rechtswege heeft ten opzichte van de overige debiteuren. In paragraaf 4.3 werd dat reeds voor de schuldvernieuwing vastgesteld; het geldt mijns inziens evenzeer voor nadere betalingsafspraken, ook als men deze niet als schuldvernieuwing zou willen kwalificeren.

48 Zie art. 7:903 BW en HR 5 november 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB3865, NJ 1972/37 (*Bossink/De Gier*). Vgl. HR 30 januari 1931, NJ 1931/764 (*Zuiderweg/Salm q.q.*), HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2039, NJ 1997/24 (*Delta Lloyd/Interlloyd*) en De Kok 1965, p. 150.

49 HR 17 december 1954, NJ 1955/68 (*gelddieven*).

50 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012, nr. 99, nr. 120.

Wat betekent echter de vaststelling dat een nadere betalingsafpraak geen werking van rechtswege heeft ten opzichte van de andere debiteuren? Men moet twee wijzen van mogelijke doorwerking ten opzichte van de andere debiteuren onderscheiden. Stel bijvoorbeeld dat twee debiteuren hoofdelijk € 1000 terstond verschuldigd zijn en dat de crediteur met een van hen een afbetaling overeenkomt die inhoudt dat in vier maandelijks termijnen van € 250 wordt betaald. Deze afspraak heeft als zodanig geen werking ten opzichte van de andere debiteur: deze blijft € 1000 verschuldigd, terstond opeisbaar. Hij kan geen beroep doen op de nadere betalingsafpraak, tenzij de crediteur beoogde aan beide debiteuren de mogelijkheid van gespreide betaling te bieden.⁵¹ Als dat het geval is, dan zal niet spoedig de vraag rijzen welke juridische vorm de nadere betalingsafpraak heeft. De debiteuren zijn immers voortaan tot dezelfde gespreide betaling gerechtigd; het is betrekkelijk onverschillig of sprake is van een door beide debiteuren geaccepteerd aanbod (al dan niet strekkende tot schuldvernieuwing) of van een door de andere debiteur aanvaard derdenbeding.

De relevantie van de juridische vorm doet zich echter gevoelen zodra de nadere betalingsafpraak niet mede strekt ten voordele van de andere debiteur. De andere debiteur blijft dan € 1000 verschuldigd, terstond opeisbaar. Als nu de eerste debiteur een termijn van € 250 voldoet, dan is de vraag of deze betaling mede in mindering strekt van de schuld van de ander. Dit is zonder meer het geval indien de betaling beschouwd mag worden als de betaling van de oorspronkelijke hoofdelijke schuld. In dat geval is ook de schuld van de ander met € 250 afgenomen (art. 6:7 BW). Aangezien echter de schuld van de ene debiteur omgezet is in een betaling in termijnen, moet worden aangenomen dat schuldvernieuwing heeft plaatsgevonden. Of betaling van de uit schuldvernieuwing ontstane schuld dan mede delgende werking heeft ten voordele van de andere debiteur, hangt ervan af of de door de beide debiteuren verschuldigde prestaties nog steeds ertoe strekken hetzelfde vermogensbelang te bevredigen. Als de door de schuldvernieuwing ontstane schuld de oorspronkelijke schuld inhoudelijk zeer dicht nadert, dan zijn de verbintenissen weliswaar gewijzigd, maar is het hoofdelijkheidsverband in stand gebleven. Waarschijnlijk is de Hoge Raad in het hierboven geciteerde Gelddieven-arrest van dezelfde veronderstelling uitgegaan, daar waar hij zegt dat de crediteur de overige debiteuren die niet waren betrokken bij de betalingsregeling, kon aanspreken tot vergoeding van de gehele schade, *voorzover deze nog niet reeds was vergoed*. Daaruit volgt dat betaling van uit een afbetalingsafpraak verschuldigde bedragen mede kan strekken tot delging van de verbintenissen van de overige debiteuren tot schadevergoeding.⁵² Naar mijn mening is de reden hiervoor dat in voorkomend geval de verbintenissen – ook al zijn zij inhoudelijk niet volledig gelijk – nog steeds tot bevrediging van hetzelfde vermogensbelang strekken. In zoverre is dan een nieuw hoofde-

51 In dat geval zou sprake kunnen zijn van een schikking met derdenbeding.

52 Zie ook Von Savigny 1851, p. 179.

lijkheidverband ontstaan. Steeds zal dus moeten worden nagegaan in hoeverre de verbintenissen hetzelfde vermogensbelang betreffen. Daarbij zal het in de eerste plaats aankomen op de uitleg van de betalingsafpraak. Als de debiteur die tot betaling van € 1000 is gehouden, de verplichting op zich neemt om in plaats daarvan in vier maandelijks termijnen van € 300 te betalen, zal veelal sprake zijn van een (vernieuwd) hoofdelijkheidsverband ten belope van het grootste gemene bedrag (€ 1000). Betaling van een termijn zal voor de hoofdelijkheid dus een delgende werking hebben van $(300/1200 \times 1000 =)$ € 250. Concluderend kan worden gezegd dat van geval tot geval moet worden nagegaan of nakoming van de nadere betalingsafpraak mede delgende werking heeft voor de andere debiteuren. Zie nader paragraaf 4.3.

Op de hoofdregel in ons recht dat de vaststellingsovereenkomst, de schikking, het betalingsuitstel en de betalingsregeling geen gevolgen hebben voor de verbintenissen van de hoofdelijke debiteuren die geen partij zijn bij de betreffende overeenkomst, zijn uiteraard uitzonderingen denkbaar.

Buiten de situatie waarin expliciet volmacht is verleend door de andere hoofdelijke debiteuren om een vaststellingsovereenkomst c.q. nadere afbetalingsovereenkomst aan te gaan, kan worden gedacht aan het geval waarin een van de debiteuren mede namens een andere debiteur een schikking aangaat en, aldus handelend, op redelijke gronden de belangen van die ander behartigt. De vertegenwoordigingsbevoegdheid van de hoofdelijke debiteur, die alsdan grond vindt in art. 6:8 jo art. 6:201 BW, zal echter uitzondering zijn. De hoofdelijkheid op zichzelf is mijns inziens onvoldoende grond om een dergelijke bevoegdheid aan te nemen. Terecht wees de Hoge Raad in 1996 daarom het bestaan van een zogenoemde volplicht in het kader van de zaakwaarneming (art. 6:198 BW) af voor verzekeraars die onafhankelijk van elkaar hetzelfde aansprakelijkheidsrisico hadden gedekt: belangenbehartiging tegen de wil van degene wiens belang wordt behartigd, kan niet gelden als zaakwaarneming in de zin der wet.⁵³ Inmiddels heeft de Hoge Raad wat betreft de interne verhouding tussen schadeverzekeraars op grond van art. 7:961 BW wel een zekere volplicht aanvaard.⁵⁴ Daarover meer in paragraaf 5.3.3.

De werking van betalingsuitstel heeft een aparte regeling gekregen in art. 6:9 lid 2 BW:

⁵³ HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2039, NJ 1997/24 (*Delta Lloyd/Interlloyd*).

⁵⁴ HR 17 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9717, NJ 2007/202 (*Europeesche Verzekering Maatschappij/Zorg en Zekerheid Verzekeringen*); HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1678, NJ 2014/427 (*Goudse/Aegon*).

“Uitstel van betaling, door de schuldeiser aan een der schuldenaren verleend, werkt ook ten aanzien van zijn medeschuldenaren, voor zover blijkt dat dit de bedoeling van de schuldeiser is.”

Voor het uitstel van betaling hanteert art. 6:9 lid 2 BW een andere constructie dan bij de kwijtschelding is gebruikt: het uitstel dat ertoe strekt alle debiteuren te begunstigen, heeft die werking van rechtswege. Enige vertegenwoordigingshandeling is blijkbaar niet nodig.⁵⁵ Het lijkt er zelfs op dat voor de werking van het betalingsuitstel geen tot de betreffende debiteuren gerichte verklaring nodig is. Dit verschil in wetssystematiek tussen kwijtschelding en uitstel van betaling is ongelukkig te noemen. Een belangrijker bezwaar tegen de regeling van art. 6:9 lid 2 BW is dat niet altijd duidelijk onderscheid kan worden gemaakt tussen schuldvernieuwing en uitstel van betaling. Gedacht kan worden aan de situatie waarin een debiteur bijvoorbeeld een week extra de tijd krijgt voor zijn prestatie en die waarbij de crediteur er in toestemt dat het verschuldigde niet ineens, maar in enkele maandelijkse of zelfs jaarlijkse termijnen zal worden voldaan. Het tweede geval neigt naar schuldvernieuwing. Een betalingsuitstel dat eigenlijk schuldvernieuwing is, moet, zo zou ik menen, naar de regels van schuldvernieuwing worden beoordeeld. En werking van schuldvernieuwing ten gunste van alle debiteuren, ook als deze is gewild, ontstaat niet als men met een van deze debiteuren een schuldvernieuwing afsprekt. De regeling van art. 6:9 lid 2 BW is om die reden ongelukkig; beter is het om aan te knopen bij de regels inzake afstand.

Uitzonderingen op de hoofdregel moeten tevens worden gemaakt voor de afhankelijke en de subsidiaire verbintenissen. Voor zover de vaststellingsovereenkomst c.q. de schikking een afstand (om baat) inhoudt, gelden de uitzonderingen als beschreven in paragraaf 4.3.

4.4.2 *Geldleen- en cessieconstructies*

Soms doet zich de vraag voor of sprake is van nakoming van de verbintenis die deel uitmaakt van het hoofdelijkheidsverband dan wel een andere titel aangewezen moet worden voor de betreffende prestatie. Wat als een benadeelde op grond van art. 6:102 BW zowel A als B hoofdelijk aansprakelijk kan stellen. In plaats van A aansprakelijk te stellen, komen benadeelde en A overeen dat A geld (renteloos) uitleent aan de benadeelde tegen kwijtschelding van de hoofdelijk verschuldigde prestatie en onder de voorwaarde dat de benadeelde de bedragen die hij eventueel van B zal ontvangen, zal afstaan aan A. Is het gevolg inderdaad dat B gewoon nog aangesproken kan worden voor de hoofdelijk verschuldigde prestatie, of moet door deze constructie heen gekeken worden? Wordt de titel voor de betaling van het bedrag door A inderdaad niet gevonden in de oorspronkelijke verbintenis,

⁵⁵ Anders: Schoordijk 1979, p. 85, Van Buchem-Spapens 1982, p. 19.

dan rijst de vraag welke status de ‘geldlening’ dan heeft en of zij gevolgen heeft voor de vordering van de benadeelde op B.

De geldleenconstructie moet naar mijn mening worden gekwalificeerd als schuldvernieuwing: de benadeelde doet afstand van zijn oorspronkelijke aanspraak A en verkrijgt in ruil daarvoor een renteloze geldlening onder de verplichting het geleende terug te betalen indien en voor zover B ten titel van schadevergoeding tot betaling overgaat aan de benadeelde. Uit de geldlening komt duidelijk naar voren dat deze niet mede ten gunste van B strekt. Partijen beogen alleen werking aan de schuldvernieuwing te geven tussen de benadeelde en A. Uit de regels inzake schuldvernieuwing volgt dan dat de verplichtingen van B jegens de benadeelde ongewijzigd voortbestaan.⁵⁶

Dat zou betekenen dat betalingen uit hoofde van de geldlening niet gelijk staan aan betaling van de hoofdelijk verschuldigde prestatie zoals bedoeld in art. 6:7 BW. Het gevolg hiervan is concreet dat B tot betaling van de gehele schade gehouden blijft, en dat de benadeelde na inning op grond van de overeenkomst met A gehouden is de aldus ontvangen bedragen aan de laatste af te dragen. Echter, B kan na betaling eventuele regresrechten jegens A geldend maken. Als een dergelijk regresrecht inderdaad bestaat, dan is deze geldleenconstructie in zoverre slechts een kostbare wijze om geld rond te pompen.

Niettemin lijkt het erop dat als de overeenkomst tot geldlening niet gesimuleerd maar daadwerkelijk beoogd is, deze als zodanig is toegestaan.⁵⁷ Toch strekt een dergelijke overeenkomst ertoe om de materiële positie van een hoofdelijke debiteur te verbeteren ten koste van de andere debiteur(en). Eerder heb ik in een ander verband betoogd dat dergelijke schijnbewegingen zoveel als mogelijk moeten worden ontmoedigd.⁵⁸ Daarom pleit er misschien veel voor om ook hier niet zozeer naar de vorm als wel naar de strekking van de betaling te kijken, zoals door partijen begrepen. De strekking in dit concrete geval is mijns inziens tweërlei: in de eerste plaats beogen partijen met de geldlening te bewerkstelligen dat de benadeelde schadeloos gesteld wordt – en in zoverre zou men van een ‘nakoming’ in de zin van art. 6:7 BW kunnen spreken –, en in de tweede plaats beogen partijen dat A het volledige schadebedrag kan afwentelen op B. Dit laatste oogmerk kan evenwel nimmer worden verwezenlijkt, omdat een afspraak tussen de crediteur en een van de hoofdelijke debiteuren geen wijziging brengt in de interne draagplicht van hoofdelijke debiteuren, althans niet ten nadele van de overige debiteuren. Een eventueel regresrecht wordt dus niet aangetast door de geldlening.

In theorie zou het ‘rondpompen’ niet ten nadele van B hoeven te strekken, maar of B zijn regres op A kan uitoefenen is natuurlijk wel van de solventie van A afhankelijk. Of dat opmerkelijk is, kan echter worden betwijfeld. Als de benadeelde niet had deelgenomen

⁵⁶ Anders: Spier 1996, p. 104.

⁵⁷ HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2015, NJ 1996/435 (*Ateliers Belges Réunis/Kuijt*).

⁵⁸ Van Boom 1996.

aan de geldleenconstructie, maar zich rechtstreeks had gewend tot B om vergoeding te krijgen, dan zou B ook met het insolventierisico van A opgezadeld zijn. In dat opzicht brengt de geldleenconstructie hem niet in een nadeliger positie dan waarin B reeds ten gevolge van het keuzerecht van de crediteur ex art. 6:7 lid 1 BW verkeerde.⁵⁹

Ik betwijfel daarom of uit oogpunt van voorkoming van een 'kringloop' bezwaar bestaat tegen deze geldleenconstructie. Daar komt bij dat de geldleningsconstructie een terugbetalingsverplichting voor de benadeelde met zich brengt; zou deze failleren voordat hij het geïnde aan A heeft afgedragen, dan komt de insolventie voor rekening van A terwijl deze wel blootstaat aan het regres van B. In zoverre werkt de constructie in het nadeel van A vergeleken met nakoming door A in de zin van art. 6:7 lid 2 BW.

Al met al denk ik dat de geldleenconstructie geen nakoming in de zin van art. 6:7 lid 2 BW is. Het komt er in concreto op aan met welke intentie de prestatie door de debiteur werd verricht. Verrichtte hij de prestatie ten titel van nakoming van de verbintenis waarvoor hoofdelijkheid bestond, dan is sprake van nakoming in de zin van art. 6:7 lid 2 BW. Strekte de betaling evenwel tot delging van een schuld uit een andere verbintenis, bijvoorbeeld die uit geldlening, dan is geen sprake van nakoming in de zin van art. 6:7 lid 2 BW. De geldlening bevrijdt om die reden niet de overige hoofdelijke debiteuren van hun verbintenis.

De cessieconstructie wordt evenals de geldleenconstructie gebruikt om de materiële positie van een van de hoofdelijke debiteuren ten opzichte van de andere debiteur(en) te verbeteren, maar dit resultaat wordt net zomin als bij de geldleenconstructie bereikt. De cessieconstructie komt veelal hierop neer dat een van de hoofdelijke debiteuren tot betaling overgaat, niet ten titel van nakoming van zijn hoofdelijke verbintenis maar ten titel van koop. De betreffende debiteur koopt in deze constructie van de crediteur diens vordering op de andere debiteur(en) tegen betaling van een bedrag dat in de regel overeenkomt met de waarde of het bedrag van de vordering van de crediteur op de kopende debiteur. De crediteur doet in het kader van de overeenkomst mede afstand van zijn oorspronkelijke vordering op de kopende debiteur. De koper/cessionaris tracht vervolgens het gehele bedrag van de hoofdelijke verbintenis te innen; voor zover daarmee meer wordt gevorderd van de mededebiteuren dan deze intern draagplichtig zijn, moet echter worden geoordeeld dat de cessie zonder effect blijft. Een hoofdelijke debiteur kan de omvang van zijn regresrecht jegens de andere debiteur(en) niet vergroten door de vordering van de crediteur jegens die debiteur(en) over te nemen.⁶⁰ Voor een nadere onderbouwing van deze stelling verwijs ik naar paragraaf 5.2.3.

⁵⁹ Blijkbaar anders: Spier 1996, p. 105.

⁶⁰ Zie ook Van Boom 1996, p. 617.

4.5 CREDITEURSVERZUIM

De crediteur, die in beginsel vrij is te kiezen welke van de hoofdelijke debiteuren hij tot nakoming aanspreekt, raakt in verzuim zodra hij betaling door een van de debiteuren weigert (art. 6:58 BW).⁶¹ De gevolgen van dit crediteursverzuim blijven niet beperkt tot de betreffende verbintenis, maar worden door de wet uitgebreid tot alle hoofdelijke verbintenissen (art. 6:72 BW). Deze regel beperkt in vergaande mate het keuzerecht van de crediteur. Biedt namelijk een van de debiteuren betaling aan en weigert de crediteur inontvangstneming, dan ontstaat crediteursverzuim. Hetzelfde geschiedt als een van de debiteuren de nakoming van zijn verbintenis jegens de crediteur opschort ten gevolge van niet-nakoming door de crediteur van een op hem rustende verbintenis (art. 6:59 BW). Concreet: als bijvoorbeeld een van twee hoofdelijk verbonden huurders betaling van de huurpenningen terecht opschort wegens achterstallig onderhoud door de verhuurder, dan raakt de crediteur jegens beide debiteuren in verzuim.

Dit crediteursverzuim heeft als gevolg dat het eventuele verzuim van de betreffende debiteur wiens prestatie wordt geweigerd, eindigt dan wel geen aanvang kan nemen (art. 6:61 BW). Tegelijk eindigt echter ook het eventuele verzuim van de andere debiteuren. Evenmin kunnen zij gedurende het crediteursverzuim in verzuim geraken. Hieruit lijkt te volgen dat er maar één manier is om het crediteursverzuim te doen eindigen, namelijk door alsnog de nakoming te aanvaarden van de debiteur die de nakoming in eerste instantie aanbood. Zuivering van het crediteursverzuim jegens deze debiteur werkt dan mede tegenover de andere debiteuren. In de regel zal dit een juist uitgangspunt zijn, maar men kan zich situaties voorstellen waarin het keuzerecht van de crediteur een sterkere werking behoort te hebben.⁶² Zijn twee debiteuren tot inhoudelijk dezelfde prestatie verplicht, bijvoorbeeld het betalen van hetzelfde geldbedrag, dan is het niet bezwaarlijk om de crediteur te verplichten de betaling (of een daarmee gelijkgestelde handeling) van de 'eerstbiedende' debiteur te aanvaarden.⁶³ Anders kan dit zijn als de prestaties inhoudelijk niet gelijk zijn, maar wel tot hoofdelijkheid aanleiding geven doordat zij strekken tot bevrediging van hetzelfde vermogensbelang van de crediteur. Als een aannemer en een architect gezamenlijk aansprakelijk zijn voor een uitvoeringsfout, en de opdrachtgever heeft enerzijds recht op schadevergoeding door de architect en anderzijds recht op herstel door de aannemer, dan kan het recht van de opdrachtgever om te kiezen tussen deze twee mogelijkheden naar mijn mening niet worden gefrustreerd door het snelle aanbod van de architect om de schade in geld te vergoeden. In het systeem van art. 6:72 BW leidt de wei-

61 Hetzelfde geschiedt als hij betaling weigert door een derde in de zin van art. 6:30 BW, zij het dat in de verhouding tussen crediteur en derde de gevolgen van een dergelijke weigering door art. 6:73 BW worden beheerst.

62 Vgl. in dezelfde zin Streefkerk 2013, p. 51-52. Zie voor andere kritiek Suijling 1936, p. 115.

63 Zie bijv. HR 9 januari 1931, NJ 1931/378 (*Kolfschoten q.q./Slager Heijs*), waarover nader in par. 3.3.

gering van dit aanbod ertoe dat de aannemer niet langer tot herstel zou kunnen worden aangesproken. Dit lijkt mij een onwenselijk gevolg. Juister ware het om in dit geval het keuzerecht van de opdrachtgever te respecteren, met als gevolg dat het betalingsaanbod van de architect mag worden geweigerd en de aannemer tot herstel verplicht blijft. Door zijn prestatie te aanvaarden zuivert de crediteur dan het verzuim tegenover beide debiteuren.⁶⁴ Ik zou art. 6:72 BW daarom aldus willen verstaan dat de rechtsgevolgen van het crediteursverzuim jegens ieder van de schuldenaren gelden tenzij de aard van de verschuldigde prestaties met zich brengt dat de crediteur het recht behoudt om de prestatie door de ene debiteur te verkiezen boven die van de andere.

Op grond van art. 6:60 BW kan de rechter, indien de crediteur ten onrechte weigert de prestatie in ontvangst te nemen of de nodige medewerking te geven aan de prestatie, de debiteur op diens vordering al dan niet onder voorwaarde bevrijd verklaren van zijn verbintenis. De rechter kan, indien de verbintenis strekt tot betaling van een geldsom of tot aflevering van een zaak, als voorwaarde stellen de gerechtelijke bewaring van het verschuldigde (art. 6:65 e.v. BW).

Als de rechter op vordering van een van de hoofdelijke debiteuren toepassing geeft aan art. 6:60 BW, dan heeft deze toepassing dezelfde delgende werking als nakoming door een hoofdelijke debiteur zou hebben gehad, zo bepaalt art. 6:7 lid 2 BW. Ook als de rechter de betreffende debiteur onvoorwaardelijk bevrijdt van zijn verbintenis, treden niet de gevolgen in van de kwijtschelding maar die van de betaling. De rechter kan blijkens art. 6:7 lid 2 BW ook bepalen dat de toepassing van art. 6:60 BW ten aanzien van de betreffende debiteur *geen* bevrijdende werking heeft voor de overige debiteuren. Als de rechter gebruikmaakt van deze discretionaire bevoegdheid, grijpt hij daarmee in in de externe verhouding van de overige debiteuren tot de crediteur: één van de debiteuren is niet langer tot presteren verplicht, terwijl de anderen dit nog wel zijn. Deze ingreep lijkt echter geen gevolgen voor de verhouding van de debiteuren onderling te hebben en is dus betrekkelijk ongevaarlijk voor de overige debiteuren.

De rechter kan dus de delgende werking voor de overige debiteuren ofwel uitsluiten ofwel toepassen. Om die reden lijkt mij dat hij ook een tussenoplossing mag toepassen. Zo zou hij de debiteur die de vordering van art. 6:60 BW instelt, kunnen verplichten tot inbewaringgeving van een geldsom die overeenkomt met de omvang van de bijdrage die de betreffende debiteur intern draagplichtig is. Daar zou de rechter dan het rechtsgevolg

64 Onverlet blijft het recht van de architect op vergoeding van eventuele in de tussentijd opgekomen kosten; zie art. 6:63 BW.

aan kunnen verbinden dat de betreffende debiteur bevrijd is jegens de crediteur en dat de aanspraken van de crediteur jegens de overige debiteuren evenredig verminderd worden.⁶⁵

4.6 TEKORTKOMING EN VERZUIM

Onder het oude BW trad de lotsverbondenheid van hoofdelijke debiteuren met name op de voorgrond in het geval van tekortkoming en verzuim. Waren twee personen hoofdelijk eenzelfde geldsom verschuldigd, dan had de ingebrekestelling en het daaropvolgende verzuim van de ene debiteur werking jegens alle debiteuren. Het verzuim van de een was het verzuim van de ander (art. 1322 BW (oud)). Voor het tenietgaan van een verschuldigde zaak kende het oude recht een gematigde lotsverbondenheid (art. 1321 BW (oud)). In aansluiting hierop besliste de Hoge Raad in 1924 dat hoofdelijkheid niet beperkt bleef tot de ‘primaire’ verbintenis, dat wil zeggen de verbintenis waartoe men zich verplicht had, maar ook tot de ‘secundaire’ verbintenissen, te weten de verbintenissen tot schadevergoeding ingeval van tekortkoming door een van de hoofdelijke debiteuren.⁶⁶ Het arrest uit 1924 betrof het volgende. Meerdere personen hadden zich bij overeenkomst hoofdelijk tot een prestatie verplicht. De wederpartij ging wegens wanprestatie over tot ontbinding van de overeenkomst en vorderde schadevergoeding. De vraag rees of de hoofdelijke debiteuren thans ook hoofdelijk tot schadevergoeding waren verplicht. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag bevestigend:

“(…) dat ingevolge art. 1303 BW degene, te wiens opzichte eene verbintenis niet is nagekomen, de keus heeft om of de andere partij, indien zulks mogelijk is, tot de nakoming der overeenkomst te noodzaken of derzelver ontbinding te vorderen, met vergoeding van kosten, schaden en interessen; dat dus, wanneer, als in dit geval, het laatste is gekozen, voor den schuldenaar, tegen wien de vordering is toegewezen, de verplichting tot nakoming der overeenkomst in die tot schadevergoeding is overgegaan; dat waar blijkens de in artikel 1316 van het genoemde Wetboek gegeven omschrijving, in geval van hoofdelijkheid alle schuldenaren tegenover den schuldeischer tot een en dezelfde zaak verplicht zijn, zoodat elk hunner voor het geheel kan worden aangesproken, deze overgang ook geldt voor de niet aangesproken schuldenaren;

65 Parl. Gesch. Boek 6, p. 102 acht ook mogelijk dat de rechter niet alle, doch slechts enkele van de debiteuren bevrijd verklaart. Aldus ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012, nr. 312 alsmede Polak & Van Mierlo 1998, p. 130.

66 HR 24 april 1924, NJ 1924/714 (*Goosen/Jonkers & De Hondt*). Anders: Suijling 1936, p. 115 nt. 3.

dat dit gevolg der hoofdelijkheid, als daaruit voortvloeiend, niet uitdrukkelijk bij de overeenkomst behoeft te zijn vastgesteld.”

Nu naar huidig recht lotsverbondenheid van hoofdelijke debiteuren is verworpen, rijst de vraag of ook thans de gevolgen van tekortkoming in de ene verbintenis doorwerken in de andere verbintenis. Het uitgangspunt is dat, gegeven de zelfstandigheid van de hoofdelijke verbintenissen, voor elke verbintenis afzonderlijk moet worden vastgesteld of deze al dan niet deugdelijk is nagekomen.⁶⁷ Deze zelfstandigheid brengt tevens met zich dat een voor verzuim benodigde ingebrekestelling aan alle debiteuren afzonderlijk moet worden gezonden. Aangezien echter verzuim in de regel van rechtswege intreedt (zie art. 6:83 sub a en sub b BW), is de praktische betekenis van de zelfstandigheid wat dit betreft niet altijd groot.

Ook overigens is de betekenis van de zelfstandigheid der verbintenissen betrekkelijk. Zijn twee personen hoofdelijk verplicht tot terugbetaling van een geleend geldbedrag, opeisbaar per 1 januari, dan schieten beide debiteuren elk afzonderlijk tekort als niet op genoemde datum is betaald. En aangezien naar huidig recht termijnen gesteld voor de nakoming vermoed worden fataal te zijn, zal in de regel voor elk van beide debiteuren het verzuim op 2 januari van rechtswege intreden (art. 6:83 sub a BW). Geen van de debiteuren zal zich er jegens de crediteur op kunnen beroepen dat zij onderling hadden afgesproken dat een van hen de betaling zou verrichten; evenmin zal een beroep op overmacht wegens geldelijk onvermogen worden gehonoreerd.⁶⁸ Voor beide debiteuren ontstaat daarom met het verzuim de hoofdelijke plicht om dezelfde wettelijke rente te voldoen (art. 6:119 BW). Bij hoofdelijke gehoudenheid een geldsom te voldoen, is de zelfstandigheid van de verbintenissen al met al dus van betrekkelijke waarde. Dat is uiteraard anders als de verbintenissen afwijken wat betreft datum of voorwaarde van opeisbaarheid. De verschillende inhoud van de verbintenissen brengt dan reeds mee dat het verzuim van de een niet noodzakelijk samenvalt met dat van de ander.

Als de verschuldigde prestatie niet betreft betaling van een geldsom, maar bijvoorbeeld het (af)geven van een goed, dan komt de zelfstandigheid der verbintenissen in een scherper licht te staan. Als twee personen zich hoofdelijk tot overdracht van een registergoed verplicht hebben, dan schieten beide debiteuren tekort als op de transportdatum geen levering plaatsvindt.⁶⁹ Gesteld nu dat slechts een van de debiteuren weigerachtig blijkt om mee te werken aan de levering, kan dan niettemin de andere debiteur uit hoofde van de hoofde-

⁶⁷ Anders: art. III-4:105 DCFR. Zie Von Bar & Clive 2010, p. 981-982.

⁶⁸ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012, nr. 355.

⁶⁹ Niet relevant is of de overdracht een al dan niet deelbare prestatie is; het volstaat dat twee personen zich tot hetzelfde resultaat hebben verplicht, te weten overdracht. Of zij het toegezegde resultaat in persoon kunnen bewerkstelligen, is voor de geldigheid van de verbintenis niet relevant.

lijkheid aansprakelijk worden gehouden voor de gevolgen van deze weigering? De zelfstandigheid der verbintenissen leidt ertoe dat in elk van de twee verbintenissen moet worden getoetst of aan de vereisten van art. 6:74 e.v. BW is voldaan.⁷⁰ Beide debiteuren komen weliswaar tekort, maar de tekortkoming is slechts te wijten aan de weigerachtigheid van een van de debiteuren. Deze debiteur komt toerekenbaar tekort. De andere debiteur valt niets te verwijten en zou dus een beroep kunnen doen op overmacht (art. 6:75 BW).⁷¹

Deze oplossing strookt met het uitgangspunt van zelfstandigheid der verbintenissen, maar lijkt niet altijd de meest verkieslijke te zijn. Als twee personen zich bij een en hetzelfde contract verbinden tot een en hetzelfde resultaat, dan wordt de ontstane hoofdelijkheid gekenmerkt door een meer dan toevallige verbondenheid van de debiteuren. In voorkomende gevallen lijkt het juister om de weigerachtigheid van de ene debiteur mede toe te rekenen aan de andere debiteur, zodat zij beide schadeplichtig zijn tegenover de crediteur. Deze aldus ontstane schadeplicht is ex art. 6:102 BW hoofdelijk. De vraag die uiteraard beantwoording behoeft, is wat de grond is voor deze toerekening. Toerekening van een tekortkoming kan geschieden op grond van wet, rechtshandeling of verkeersopvatting (art. 6:75 BW). Een voor de hand liggende redenering zou kunnen zijn dat de contractueel medeverbonden debiteuren elkaars hulppersoon zijn bij de uitvoering van het contract en dat zodoende sprake is van een wettelijk toerekenbare tekortkoming (art. 6:75 jo art. 6:76 BW) van de betreffende hoofdelijke debiteur.⁷²

Buiten de gevallen van de hulppersoonconstructie is ook toerekening anderszins denkbaar. Stel: een echtpaar ondertekent een huurcontract waarin zij zich verplichten om geen overlast te veroorzaken en om schade aan het gehuurde te voorkomen, en waarin zij zich ook aansprakelijk verklaren voor de schade die tijdens de huurtijd aan het gehuurde ontstaat als gevolg van toe te rekenen tekortschieten in de nakoming van een verplichting uit de huurovereenkomst. De man houdt zich vervolgens bezig met hennepkweek in het huurhuis; de vrouw zegt van niets te weten. Hof en Hoge Raad verbinden aan het ondertekenen van het huurcontract echter de gevolgtrekking dat het echtpaar zich hoofdelijk verbonden had om schade door tekortschieten te vergoeden. De Hoge Raad oordeelt: “Hoofdelijke aansprakelijkheid als hier aan de orde strekt zich uit tot alle verplichtingen uit de huurovereenkomst en ziet dus ook op de onderhavige situatie; bij niet-nakoming is aldus niet relevant wie van beide huurders tekortschiet.”⁷³

70 De op dit punt weinig heldere T.M., Parl. Gesch. Boek 6, p. 93, lijkt ook hiervan uit te gaan. In de door mij verdedigde zin Van Buchem-Spapens 1982, p. 10.

71 Aldus in essentie reeds Suijling 1936, p. 115-116. Blijkbaar anders: Kortmann 1996, p. 13.

72 Van Buchem-Spapens 1982, p. 10. Vgl. het Duitse voorbeeld van autohuur bij Van Boom 1999, p. 75.

73 HR 9 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3255, NJ 2006/153.

Hoewel de Hoge Raad niet specificceert hoe deze constructie precies moet worden begrepen, denk ik dat is bedoeld dat ook de onschuldige huurder hoofdelijk aan te spreken is tot nakoming van de schadevergoedingsvordering die wegens tekortkoming door de ander is ontstaan. Een andere constructie is ook denkbaar, te weten de toerekening van de tekortkoming in de eigen verbintenis op grond van de wet. Een wettelijke toerekeningsgrond is bijvoorbeeld art. 7:219 BW (schade toegebracht aan het gehuurde object). Ook is gezien de bovengenoemde hulppersoon-constructie denkbaar dat de medehuurlers elkaars hulppersoon zijn bij het nakomen bij de verbintenis om geen schade toe te brengen.

Voorzichtigheid is echter geboden: zou men hoofdelijke debiteuren per definitie tot elkaars hulppersoon bestempelen, dan neigt men te sterk naar de Franse vertegenwoordigingstheorieën, die alle van de gedachte uitgingen dat de hoofdelijke debiteuren elkaars vertegenwoordiger waren ten opzichte van de crediteur.⁷⁴ Een zo algemene opvatting zou haaks staan op het naar mijn mening juiste wettelijk uitgangspunt van de zelfstandigheid der verbintenissen; voor een afwijking van dit uitgangspunt moet voldoende rechtvaardiging bestaan. Die rechtvaardiging kan gelegen zijn in de rechtsverhouding van de hoofdelijke debiteuren onderling, bijvoorbeeld bij contractuele medehuurlers en opdrachtnemers. Betreft het hoofdelijkheid door de toevallige samenloop van verbintenissen, dan ligt een dergelijke toerekening niet voor de hand.

Naast de toerekening van de wanprestatie van de ene aan de andere debiteur, kan aansprakelijkheid voor de tekortkoming ook reeds voortvloeien uit de aard van de aansprakelijkheid. Als hoofdelijke debiteuren niet alleen tot een bepaalde prestatie verplicht zijn, maar gelijkelijk ook door wet, rechtshandeling of verkeersopvatting gehouden zijn tot een andere verplichting die bijvoorbeeld in de plaats treedt van de oorspronkelijke prestatie, dan volgt op grond daarvan reeds aansprakelijkheid. Het komt daarbij aan op de inhoud van de verplichtingen van de verschillende debiteuren. Zo zijn de maten in een v.o.f. hoofdelijk aansprakelijk voor de verbintenissen die bevoegdlijk namens de v.o.f. zijn aangegaan (art. 17 en 18 WvK); uit de ruime omschrijving van deze wettelijke aansprakelijkheid volgt dat de maten ook aansprakelijk zijn voor de gevolgen van tekortkoming ‘door de v.o.f.’. Gewezen kan ook worden op art. 7:606 BW, dat bewaarnemers niet alleen hoofdelijk verbindt tot teruggave van de in bewaring genomen zaak, maar ook tot vergoeding van schade aan de zaak, tenzij kort gezegd de schade aan geen van hen kan worden toegerekend.⁷⁵

⁷⁴ Zie Malaurie et al. 2013, p. 715; Terré et al. 2013, p. 1299 e.v.; Vandenbogaerde 2015, p. 512 e.v.

⁷⁵ Een minder vergaande hoofdelijkheid treft men aan in art. 7:407 lid 2 BW (hoofdelijke aansprakelijkheid van opdrachtnemers voor tekortkoming behoudens disculpatie); dit artikel sluit overigens niet uit dat

4.8 VERJARING EN VERVAL

De zelfstandigheid van hoofdelijke verbintenissen betekent dat de verjaring en het verval van de rechtsvordering jegens de ene hoofdelijke debiteur niet ook van rechtswege verjaring of verval jegens de andere debiteuren meebrengt. De hoofdelijke verbintenissen kennen een individuele verjaring en verval volgens de op de betreffende verbintenis toepasselijke wettelijke en contractuele regels.⁷⁶

Verval of verjaring van een van de verbintenissen brengt evenmin wijziging aan in de andere verbintenissen, althans niet als gevolg van de enkele omstandigheid dat de verbintenissen in een hoofdelijkheidsverband tot elkaar staan.⁷⁷ Stuiting van de verjaring werkt – anders dan onder werking van art. 2020 BW (oud)⁷⁸ – slechts tegenover de hoofdelijke debiteuren jegens wie geldig is gestuit. Een verlengingsgrond heeft slechts betrekking op die verbintenis welke de verlenging betreft.⁷⁹

Dit alles is uiteraard anders als een wettelijke of geldige contractuele grond is aan te wijzen voor afwijking van deze regels⁸⁰ of als de hoofdelijke debiteuren moeten worden geacht (bijv. krachtens volmacht) de stuitingsverklaring mede namens de andere debiteuren in ontvangst te nemen.⁸¹ Als een hoofdelijke verbintenis afhankelijk is van een andere verbintenis, dan leidt verval of verjaring van deze laatste mede tot tenietgaan van de eerste.⁸²

De introductie in 2012 van art. 1:102, laatste zin, BW doet de vraag rijzen wat de aard is van de hoofdelijke aansprakelijkheid na ontbinding van de gemeenschap van de echtgenoot voor de gemeenschapsschulden waarvoor de desbetreffende echtgenoot voordien niet aansprakelijk was.⁸³ Hier gaat het om de

handelingen van de ene opdrachtnemer mede als tekortkoming aan de andere opdrachtnemer worden toegerekend. Zie *Kamerstukken II* 1982/83, 17 779, nr. 3, p. 4 en Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014, nr. 146.

76 Men zou dit kunnen afleiden uit HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2911, NJ 2000/290 (*Spektrum/Van der Valk*). Duidelijker, in een zaak over de verjaring van verbintenissen voor de 'hoofdelijke helft' als bedoeld in art. 1:102 BW (zoals dat luidde tot 2012): HR 8 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK1615, NJ 2010/155. Anders: Cahen 2002, p. 27.

77 Zie De Kok 1965, p. 153. Eenzelfde verruiming zal allicht bij contractuele medehuur plaatsvinden als de huurders zich hoofdelijk aansprakelijk verklaren voor schade aan het gehuurde ongeacht de oorzaak.

78 Daarover Hof's-Gravenhage 18 januari 1994, ECLI:NL:GHSGR:1994:AD2021, NJ 1995/241 (*Friesch-Groeningse Hypotheekbank NV/Stemmerich*).

79 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012, nr. 119.

80 Zie bijv. art. 6:253 BW (derdenbeding).

81 Zie bijv. art. 10 lid 4 WAM, waarin is bepaald dat stuiting jegens de aansprakelijke mede de vordering jegens de verzekeraar stuit (en v.v.). Vgl. HR 12 februari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4331, NJ 1982/563 (*Waarborgfonds Motorverkeer/AAZ Nut ziekenfonds*); BGH 20 oktober 1989, NJ 1990/660 (*ZVA/Van Asselt*); HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1842, NJ 2008/476 (*Fernhout & Zürich/Saaltink*).

82 Zie m.n. art. 7:853 BW.

83 Art. 1:102, tweede zin, BW, zoals dat luidt per 1 januari 2012, bepaalt dat deze echtgenoot hoofdelijk medeverbonden wordt en dat zijn schuld slechts verhaalbaar is op de aan deze echtgenoot toebedeelde gemeenschapsgoederen (dan wel diens aandeel in de ontbonden maar nog niet verdeelde gemeenschap). Vóór

derde en laatste zin van art. 1:102 BW, die bepaalt: “De rechtsvordering tot voldoening van de in de tweede volzin bedoelde schuld verjaart tegelijkertijd met de rechtsvordering tegen de echtgenoot, in wiens persoon de in die volzin bedoelde gemeenschapsschuld is ontstaan.” Deze zin is toegevoegd in reactie op HR 8 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK1615, *NJ* 2010/155 en strekt ertoe om te voorkomen dat “de verjaringstermijn van de rechtsvordering tegen de vóór de ontbinding van de gemeenschap niet aansprakelijke echtgenoot pas eindigt op een veel later moment dan de verjaringstermijn van de rechtsvordering tegen de vóór de ontbinding van de gemeenschap wél aansprakelijke echtgenoot”.⁸⁴ Dit uiteenlopen van verjaringstermijnen is inherent aan de onafhankelijkheid van hoofdelijke verbintenissen, en de wetgever vond de asynchrone verjaringstermijnen die hier het gevolg van kunnen zijn, onwenselijk. De ingevoerde regeling is echter weinig helder. Onduidelijk is bijvoorbeeld of de hoofdelijke verbintenis van art. 1:102 BW in alle opzichten een afhankelijke verbintenis is (bijv.: werkt afstand in de ene verbintenis door in de andere?) of dat slechts wat betreft de verjaring synchronisatie plaatsvindt. In dat laatste geval is overigens ook niet duidelijk of bijvoorbeeld stuiting tegenover de een ook tegenover de ander werking heeft.

4.8 VERMENGING

Vermenging doet zich voor als een van debiteuren opvolgt in het crediteurschap of vice versa. Zou een van de hoofdelijke debiteuren krachtens erfrecht rechtsopvolger van de crediteur zijn, dan gaat de schuld van de betreffende debiteur door vermenging teniet. Welke gevolgen heeft dit voor de overige hoofdelijke verbintenissen? Er dienen zich op het eerste gezicht drie mogelijkheden aan: ofwel de overige verbintenissen blijven ongewijzigd voortbestaan, ofwel zij worden in omvang teruggebracht met het aandeel dat de debiteur in wiens vermogen de vermenging is opgetreden, intern draagplichtig is, ofwel de aansprakelijkheid van allen wordt teruggebracht tot dat deel dat zij intern draagplichtig zouden zijn geweest.

Als men wil aannemen dat de vermenging niet ten nadele van de andere debiteuren mag plaatsvinden, dan is daarmee de eerste mogelijkheid verworpen. De tweede mogelijkheid was naar oud recht de juiste (art. 1324 en 1473 BW (oud)). In het huidige wetboek is geen regeling getroffen voor de gevolgen van de vermenging, maar de wetgever lijkt per

1 januari 2012 was sprake van een andere constructie, namelijk hoofdelijke mede-aansprakelijkheid voor de helft van de schulden waarvoor men voordien niet aansprakelijk was. Zowel voor als na 1 januari 2011 is de interne draagplicht in beginsel naar gelijke delen.

⁸⁴ *Kamerstukken II* 2002/03, 32 870, nr. 3, p. 7.

saldo te hebben gekozen voor continuering van het stelsel zoals dat gold onder het oude BW.⁸⁵ De Toelichting Meijers stelt weliswaar voorop dat vermenging geen gevolgen heeft voor de hoofdelijke verbintenissen van de overige debiteuren, maar voegt daar onmiddellijk aan toe dat een tot nakoming aangesproken debiteur in verrekening kan brengen hetgeen de crediteur als hoofdelijk debiteur intern draagplichtig is.⁸⁶

De door de wetgever gekozen verrekeningsmethode brengt de overige debiteuren in theorie niet in een slechtere positie dan waarin zij voor de vermenging verkeerden. Zij worden er in zoverre zelfs beter van, dat zij niet langer het risico behoeven te dragen van insolventie van de debiteur in wiens vermogen de vermenging plaatsvond.

Toch is toepassing van de verrekeningsmethode niet altijd zonder problemen. Wat bijvoorbeeld te denken van het geval waarin de prestatie waarvoor hoofdelijkheid bestaat, ondeelbaar is? Uitvoering van de prestatie onder aftrek van het aandeel dat de crediteur intern draagplichtig was, zal onmogelijk zijn, tenzij hij intern volledig vrij was van draagplicht. Mogelijk moet worden aangenomen dat door de vermenging een conversie van de resterende (hoofdelijke) verbintenissen plaatsvindt. Zijn bijvoorbeeld twee personen gehouden de eigendom van een woning over te dragen aan een derde, en volgt een van de twee debiteuren deze derde in diens vermogen op, dan zou men de overblijvende debiteur voortaan gehouden kunnen achten zijn aandeel in de eigendom over te dragen. Maar de omvang van dat aandeel weerspiegelt niet noodzakelijkerwijs ook zijn interne draagplicht. De gevolgen van de vermenging zouden gemakkelijker te overzien zijn als de ondeelbare prestatie zou worden gewaardeerd op geld, zodat vervolgens de interne draagplicht daaraan kan worden gerelateerd. Een dergelijke methode zou ook kunnen worden gebruikt als de wetgever ervoor had gekozen om in geval van vermenging de hoofdelijkheid geheel te laten vervallen.

Wat als de omvang van het aandeel in de interne draagplicht van de debiteur in wiens vermogen de vermenging is opgetreden, niet eenvoudig is vast te stellen? Kan het beroep op verrekening dan, met het oog op art. 6:136 BW, ook nog worden gehonoreerd? Het lijkt mij dat de aangesproken debiteur die de verrekening als verweer wil opwerpen, niet in een nadeliger positie mag komen te verkeren als gevolg van de vermenging. Zou zijn beroep op verrekening in rechte niet worden gehonoreerd omdat de gegrondheid niet op eenvoudige wijze is vast te stellen, dan leidt de vermenging daar juist wel toe: hij moet eerst de volledige prestatie verrichten, om vervolgens een deel ervan weer terug te eisen van degene aan wie hij de prestatie heeft geleverd. Dat is niet alleen omslachtig, maar het brengt ook extra kosten met zich. Het risico van insolventie van de crediteur die de volledige betaling ontving, kan bovendien worden vermeden als de verrekening hoe dan ook wordt toegelaten door de rechter. Daarvoor is mogelijk meer nodig dan alleen een oordeel over

⁸⁵ Dit stelsel wordt overigens ook gevolgd in art. III-4:108 DCFR; zie Von Bar & Clive 2010, p. 988-990.

⁸⁶ Parl. Gesch. Boek 6, p. 101.

de inhoud van de hoofdelijke verbintenissen, maar ook over de aandelen van de debiteuren onderling.

Van de moeilijkheden die de verrekeningsmethode met zich kan brengen, noem ik nog het probleem waar art. 6:135 BW de debiteur voor kan plaatsen. Stel dat twee personen opzettelijk in groepsverband letsel toebrengen aan een derde, dan zijn deze mededaders hoofdelijk aansprakelijk (art. 6:102 BW). Gesteld dat zij intern gelijkelijk draagplichtig zijn, dan heeft rechtsopvolging door een hunner in het vermogen van de benadeelde tot gevolg dat de rechtsopvolger tegen een beroep op verrekening door de andere aansprakelijke het verrekeningsverbod van art. 6:135 sub b BW kan inbrengen. Dat kan niet de bedoeling zijn geweest van de wetgever; het voorbeeld toont aan dat de verrekeningsmethode niet gelukkig is. Een minder problematische wijze van ‘verrekenen’ zou zijn om de hoofdelijke verbintenissen van rechtswege in omvang verminderd te achten met het interne aandeel van de debiteur in wiens vermogen de vermenging zich heeft voorgedaan. Neemt men aan dat zulks van rechtswege geschiedt, dan zijn in elk geval de typische verrekeningsproblemen geëcarteerd.

De door de wetgever gekozen verrekeningsmethode leidt – naast de reeds behandelde bezwaren – tot ongewenste resultaten als vermenging plaatsheeft op grond van overdracht van de vorderingen op de debiteuren aan een hunner. In paragraaf 4.4.2 werd een dergelijke overdracht reeds aan de orde gesteld: de cessie-constructie. Door de vorderingen waarvoor hoofdelijkheid bestaat, niet te voldoen maar integendeel tegen betaling te ‘kopen’, tracht een van de hoofdelijke debiteuren zijn positie tegenover de mededebiteuren te verbeteren. Door evenwel na cessie de rechten van de crediteur uit te oefenen jegens de andere debiteuren, ontwijkt de debiteur/cessionaris zijn interne positie, dat wil zeggen zijn regresverhouding ten opzichte van de andere debiteuren. Deze debiteuren kunnen weliswaar de verrekening inroepen,⁸⁷ maar hun positie is niettemin verslechterd door de cessie-constructie. Als drie personen hoofdelijk een geldbedrag verschuldigd zijn, zij intern gelijkelijk draagplichtig zijn en één van hen de vorderingen van de crediteur op de overige debiteuren koopt, dan kan hij volgens de verrekeningsmethode van elk van de debiteuren hoofdelijk twee derde van het bedrag vorderen. Zou de debiteur zijn mededebiteuren evenwel niet in zijn hoedanigheid van cessionaris aanspreken, maar uit hoofde van regres, dan zou zijn vordering jegens elk van de debiteuren tot één derde beperkt zijn gebleven.

In het gegeven voorbeeld voorkomt de vermenging niet dat de verhouding van de debiteuren onderling door de cessie wordt gewijzigd.⁸⁸ Naar ik meen behoort het een

87 Dit is beslist in HR 9 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5503, NJ 1987/506 (*Delta Lloyd/Zwolsche Algemeene*). De Hoge Raad ging uitdrukkelijk voorbij aan het dogmatische probleem van het moment van ontstaan van de compensabele tegenvordering.

88 Betreft de hoofdelijkheid slechts twee debiteuren, dan leidt de vermenging in verband met de verrekening wel tot het juiste resultaat. Zie voor een toepassing daarvan Rb. Rotterdam 27 december 1915, NJ 1917/283,

debiteur echter niet te worden toegestaan de omvang van zijn regresrecht op zijn mededebiteur(en) te vergroten door de vorderingen van de crediteur over te nemen. Eerder betoogde ik reeds dat de gecedeerde vordering niet op een wijze kan worden uitgeoefend die strijdig is met de rechtsverhouding van de debiteuren onderling.⁸⁹ Aangezien de door de wetgever voorgestane verrekeningsmethode dit niet voorkomt, moet worden aangenomen dat de cessieconstructie in zoverre ongeldig is, namelijk voor zover de cessie ertoe strekt de regels met betrekking tot de interne rechtsverhouding van de hoofdelijke debiteuren (art. 6:10 BW) te ontlopen.⁹⁰

4.9 ONBEKENDHEID, ONVINDBAARHEID EN ONVERMOGEN

4.9.1 *Onbekendheid en onvindbaarheid*

Bij hoofdelijkheid is niet altijd sprake van debiteuren die op voorhand bekend zijn met elkaars identiteit. Bij de toevallige samenloop van twee verbintenissen kan zich deze onbekendheid voordoen. Ook na het toevallig samenlopen kan de identiteit van een van de hoofdelijke debiteuren onbekend blijven aan zowel (mede)debiteur als crediteur. Bij toepassing van art. 6:102 BW is onbekendheid van de identiteit niet relevant; de sleutel tot toepassing van dat artikel is namelijk gelegen in de toevallige samenloop van schadevergoedingsverbintenissen, die elk voor zich gerechtvaardigd worden door art. 6:98 BW. Is in de verhouding tussen benadeelde en veroorzaker voldoende grond voor toerekening van de schade, dan is de laatste aansprakelijk voor de schade ongeacht eventuele medeaansprakelijkheid, laat staan de eventuele onbekendheid of onvindbaarheid van deze medeaansprakelijke. Dit laat overigens onverlet de mogelijkheid dat reeds in het kader van art. 6:98 BW de concrete onbekendheid of onvindbaarheid van een medeaansprakelijke wordt verdisconteerd in de omvang van de schadevergoedingsplicht.⁹¹

4.9.2 *Het risico van onvermogen; algemeen*

In hoofdstuk 3 bleek dat hoofdelijkheid kan worden omschreven als de gehoudenheid van twee of meer personen om dezelfde prestatie te verrichten. Bedacht moet worden dat deze typering slechts het gevolg aanduidt van de al dan niet toevallige samenloop van verbintenissen. De vraag of, en zo ja, in welke mate verbintenissen samenlopen, vindt beantwoording

vervolgd in Hof's-Gravenhage 4 januari 1918, W. 10270 (*Staat Rumenië/NV Maatschappij s.s. 'Josephina'*); zie voorts HR 10 juli 1988, NJ 1989/30 (*Skipool Bay Shipping/Rotterdam*).

89 Van Boom 1996, p. 617, met nadere verwijzingen.

90 Zo reeds De Kok 1965, p. 152-153.

91 Vgl. Van Boom 1997, p. 135 e.v.

buiten de rechtsfiguur hoofdelijkheid. Het kan zijn dat een overeenkomst of wetsbepaling uitdrukkelijk en bedoeld aanleiding geeft tot samenloop. In dat geval hebben contractspartijen of de wetgever een samenloop van verbintenissen gecreëerd opdat de crediteur tot meerdere zekerheid van betaling niet één, maar twee of meer debiteuren tot zijn beschikking krijgt, waarvan elk tot de gehele prestatie kan worden aangesproken. In deze gevallen wordt bewust voor de hoofdelijkheidsfiguur gekozen om de crediteur zoveel als mogelijk te ontlasten van het risico van onvermogen.

Zo zijn bij de fiscale mede-aansprakelijkheden bijvoorbeeld in plaats van één persoon twee of meer personen aansprakelijk voor afdracht van bepaalde belastingen. Daardoor neemt de kans toe dat de belastingschuld geheel zal worden voldaan; het risico van oninbaarheid door onvermogen neemt af. De uitdrukkelijke keuze voor hoofdelijkheid in bepalingen als art. 6:99 en 166 BW is mede ingegeven door de nadelen die aansprakelijkheid naar rato van het markt- of (potentieel) veroorzakingsaandeel met zich brengt voor de crediteur.⁹² Hoofdelijkheid biedt hem nu eenmaal meer inningsgemak dan ‘(aan)deelaansprakelijkheid’; bij deze laatste figuur is immers het risico van onvermogen niet zozeer verschoven naar de debiteuren, zoals bij hoofdelijkheid, als wel enigszins gespreid voor de crediteur.

Afgezien daarvan kost de inning van ‘deelschulden’ meer tijd, moeite en geld dan de inning ineens bij een van de hoofdelijke debiteuren.⁹³

De samenloop kan zich ook toevallig voordoen, bijvoorbeeld wanneer twee personen onafhankelijk van elkaar verplicht zijn tot bevrediging van hetzelfde vermogensbelang van een bepaalde crediteur. Zo vindt een hoofdelijkheidsverband dat ontstaat door de toevallig samenlopende onrechtmatige daden van twee personen, zijn grond in de werking van art. 6:98 BW in de rechtsverhouding van elk van de aansprakelijken tot de benadeelde. Als de schade in voldoende causaal verband staat tot de daad van de aangesprokene, dan is hij voor de volledige schade aansprakelijk. Dat ook een ander voor dezelfde schade kan worden aangesproken, wijzigt de inhoud van de verbintenis niet.⁹⁴ Een dergelijke wijziging doet zich dan ook niet voor als deze ander onvermogen blijkt te zijn. De Hoge Raad verwoordde dit in 1955 voor de toenmalige categorie van toevallig samenlopende verbintenissen aldus:⁹⁵

92 Zie voor art. 6:99 BW HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, NJ 1994/535 (*Des-dochters*), en voor art. 6:166 BW Boonekamp 2013, p. 16 e.v.

93 Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 354 en Spier 1992, p. 23.

94 Zie HR 3 mei 1901, W. 7601 (*Jansen van Oist/Ariese*), HR 18 juni 1920, WPNR 1921/2667, W. 10630 (*Lied der Natuur*), HR 30 oktober 1925, NJ 1926/157 (*Aldebaran*); zie nader Van Boom 1997, p. 147 e.v.

95 HR 4 november 1955, NJ 1956/1 (*The London & Lancashire Insurance Company/Huygen*).

“(…) dat dan ook ingeval een schade het gevolg is geweest van onrechtmatige daden van meer dan een persoon ieder hunner, als vallende onder den regel van art. 1401, jegens den benadeelde voor het geheel tot vergoeding van de schade is gehouden;
 dat derhalve de benadeelde een hunner tot vergoeding van de gehele schade kan aanspreken;
 dat daarin voor den aangesprokene persoon ook hierom niets onredelijks is gelegen, omdat tussen degenen die jegens den benadeelde tot vergoeding verplicht zijn, onderling verhaalsrecht bestaat;
 dat weliswaar bij dit verhaalsrecht het risico van onvermogen van een regresplichtige op den regresgerechtigde drukt, doch zulks minder onbevredigend is dan dat – gelijk de opvatting der Rb. medebrengt – dit risico door den benadeelde zou worden gedragen.”

De hoofdregel is dus dat het onvermogen van een van de debiteuren geen invloed heeft op de verbintenissen tussen de crediteur en de overige debiteuren.⁹⁶ Voor de vroegere categorie van de toevallig samenlopende verbintenissen omarmde de Hoge Raad dit uitgangspunt omdat hij het alternatief, te weten toedeling van het risico van onvermogen aan de benadeelde, het minst verkieslijk vond. Voor de bedoelde samenloop van verbintenissen wordt veelal gekozen door contractspartijen of wetgever (mede) met het oog op eventueel onvermogen van een der debiteuren.⁹⁷ Voor beide gevallen van samenloop geldt daarom dat onvermogen van de ene debiteur geen invloed heeft op de rechtsverhouding van de andere debiteur tot de crediteur.

Deze regel is intussen niet zonder uitzondering. De aard van de rechtsverhouding tussen crediteur en aangesproken debiteur kan met zich brengen dat onvermogen van de andere debiteur vermindering van de betalingsplicht voor de aangesproken debiteur ten gevolge heeft.⁹⁸

Een uitzondering op de regel kan voorts zijn gelegen in de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. In een uitspraak uit 1980 heeft de Hoge Raad daarover enige aanknopingspunten gegeven.⁹⁹ Het betrof een opdracht van A aan B om zaken naar D te vervoeren. B schakelt hiertoe op eigen naam vervoerder C in. C bedingt daarbij dat naast B ook A en D hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de verplichtingen van B uit de betreffende overeenkomst. Als B tekortschiet en faillieert, spreekt crediteur C zowel A als D aan tot

⁹⁶ Vgl. Le Tourneau-Cadiet 1996, nr. 856.

⁹⁷ Zie de vele voorbeelden die de Inv.W biedt.

⁹⁸ Men kan denken aan publiekrechtelijke schulden en de verzachtende werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Veel soelaas moet men er echter niet van verwachten. Zie bijv. CRvB 5 april 1993, ECLI:NL:CRVB:1993:ZB5441, RSV 1994/37; HR 3 februari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3756, NJ 1988/703 en HR 2 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2733, NJ 2002/24.

⁹⁹ HR 15 februari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC4005, NJ 1980/327 (NPRC/Atlas en Milchsack).

nakoming. De vraag die in cassatie aan de orde kwam, was of de crediteur in strijd met redelijkheid en billijkheid had gehandeld door de hoofdelijke debiteuren A en D pas aan te spreken na faillietverklaring van debiteur B. Uiteraard moest worden aangenomen dat dit in beginsel niet het geval is. Juist in dergelijke situaties bewijst hoofdelijkheid haar diensten! Maar er zijn uitzonderingen denkbaar. De Hoge Raad geeft aan dat daarvoor feiten en omstandigheden moeten worden vastgesteld, die meebrengen dat de crediteur zich met het oog op de belangen van de hoofdelijke debiteuren eerder tot dezen had moeten wenden. Dat zal zich in het bijzonder voordoen als de crediteur reden had om betalingsmoeilijkheden te verwachten van de zijde van de later insolvent geraakte debiteur, en in verband daarmee de hoofdelijke medeschuldenaren had behoren te waarschuwen, zodat benadeling van deze medeschuldenaren kon worden voorkomen.

Een dergelijke waarschuwingsplicht, rustend op de crediteur, doet zich naar mijn mening slechts onder bijzondere omstandigheden voor.¹⁰⁰ Onvoldoende is dat de crediteur reden heeft om insolventie van een van de hoofdelijke debiteuren te verwachten. Hij moet voorts op de hoogte zijn van mogelijke benadeling door deze insolventie. Waarin kan die benadeling zijn gelegen? Het kan voorkomen dat A en D hun aandeel in het hoofdelijk verschuldigde juist hadden voldaan aan medeschuldenaar B, met de opdracht om de hoofdelijk verschuldigde prestatie aan de crediteur te voldoen. Als de crediteur op dat moment ervan op de hoogte is dat B op een faillissement afstevent, dan kan de crediteur op grond van redelijkheid en billijkheid verplicht zijn de debiteuren A en D hiertegen te waarschuwen. In wezen verwijt men de crediteur dan niet dat hij deze medeschuldenaren niet eerder tot nakoming heeft aangesproken, maar veeleer dat hij niet heeft voorkomen dat A en D hun aandeel in de verschuldigde prestatie aan B voorgeschoten hebben.

Een andere uitzondering op de regel dat het onvermogen van een der debiteuren geen gevolgen heeft voor de omvang van de aansprakelijkheid van de overige debiteuren, treft men aan in art. 6:102 lid 2 BW: als schade mede veroorzaakt is door een aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheid, dan kunnen de hoofdelijk aansprakelijke veroorzakers zich erop beroepen dat de benadeelde mede de gevolgen dient te dragen van onvermogen een hunner. Het stelsel van art. 6:102 lid 2 BW, dat niet zonder kritiek is gebleven, komt nader aan de orde in paragraaf 5.6.6 en blijft hier verder buiten beschouwing.

Uitzonderingen zijn uiteraard ook mogelijk bij overeenkomst. De crediteur kan met twee hoofdelijke debiteuren afspreken dat onvermogen van de ene debiteur leidt tot vermindering van de prestatieplicht van de andere debiteur. Partijen doorbreken dan de samenloop van verbintenissen. Een dergelijke afspraak staat niet per se in de weg aan toepassing van de regels inzake hoofdelijkheid, maar in de regel zal een dergelijke afspraak,

100 Zie voor uit borgtocht voortvloeiende waarschuwingsplichten van de crediteur jegens de borg HR 13 maart 1964, NJ 1964/188 (*Los/Auto Financier NV*), HR 11 januari 1974, NJ 1974/179 (*Van der Velde/AMRO Bank*).

gemaakt bij het aangaan van bepaalde verplichtingen, ex art. 6:6 lid 1 BW ertoe leiden dat geen hoofdelijkheid ontstaat, doch evenzovele ‘deelschulden’ als er debiteuren zijn. Zie nader hiervoor paragraaf 3.2.

4.9.3 *Faillissement van de debiteur; positie van de crediteur*

Als van drie hoofdelijke debiteuren er twee failleren, dan zal de crediteur zich veelal tot de overgebleven debiteur wenden teneinde volledige betaling te verkrijgen. Deze debiteur draagt alsdan in beginsel volledig het risico van onvermogen van zijn mededebiteuren, dat wil zeggen het risico dat een eventueel regresrecht jegens de twee insolvente debiteuren illusoir zal blijken. Zijn evenwel alle debiteuren gefailleerd of blijkt de derde debiteur geen vermogensbestanddelen te hebben die voor uitwinning vatbaar zijn, dan zal de crediteur zijn vorderingen ter verificatie moeten indienen in een of meer van de faillissementen. Volgens de beginselen van de hoofdelijkheid zou de crediteur in elk faillissement zijn vordering op de betreffende failliet kunnen indienen, met dien verstande dat, mocht het in een van de faillissementen tot uitkering komen, alle hoofdelijke verbintenissen afnemen met het bedrag van de uitkering. Betaling, al dan niet gedwongen, heeft immers delgende werking voor alle verbintenissen (art. 6:7 BW jo art. 3:297 BW). Het gevolg hiervan zal veelal zijn dat de crediteur nooit geheel wordt bevredigd.¹⁰¹ In art. 136 lid 1 Fw is echter anders bepaald:¹⁰²

“Indien van hoofdelijke schuldenaren een of meer in staat van faillissement verkeerden, kan de schuldeischer in het faillissement van dien schuldenaar, onderscheidenlijk in het faillissement van ieder dier schuldenaren opkomen voor en betaling ontvangen over het geheele bedrag, hem ten tijde der faillietverklaring nog verschuldigd, totdat zijne vordering ten volle zal zijn gekweten.”

Deze bepaling leidt ertoe dat bij gelijktijdige faillietverklaring van de drie debiteuren in elk van de faillissementen de vorderingen volledig kunnen worden geverifieerd. Komt het in een van de faillissementen tot uitkering, dan blijft de omvang van de vorderingen in de andere twee faillissementen voor doeleinden van de verificatie ongewijzigd.¹⁰³ Het percentage dat de crediteur in deze faillissementen eventueel ontvangt, wordt berekend over de omvang van de vordering zoals deze voor faillietverklaring was.¹⁰⁴ Het doel hiervan is

101 Zie het rekenvoorbeeld bij Von Olshausen 1988, p. 243.

102 Voor surseance van betaling wordt art. 136 van overeenkomstige toepassing verklaard in art. 260 lid 2 Fw.

103 Zie Van Buchem-Spapens & Pouw 2013, p. 99-100.

104 Zie voor een toepassing van deze regel HR 2 januari 1942, NJ 1942/296 (*De Bruyn/Utrechtsche Provinciebank*).

uiteraard een zo hoog mogelijke opbrengst voor de crediteur te realiseren in elk van de faillissementen, liefst totdat zijn vordering ten volle zal zijn gekweten.¹⁰⁵

Bij de invoering van de Faillissementswet aan het einde van de vorige eeuw werd veel kritiek geuit op de voorgenomen regeling in art. 136 Fw. Het voornaamste bezwaar dat tegen de regeling werd ingebracht, was dat het de crediteur in wezen een bevoorrechte positie gaf die niet op de hoofdelijkheid was terug te voeren: als twee debiteuren een bedrag van € 1000 hoofdelijk verschuldigd waren, en één failleerde, waarna de andere debiteur € 900 voldeed, dan kon de crediteur in het faillissement van de eerste niettemin voor € 1000 opkomen. Was deze € 900 evenwel vóór de betreffende faillietverklaring betaald, dan kon de crediteur slechts voor € 100 opkomen.¹⁰⁶

De critici achtten juist en minder arbitrair een stelsel dat meer in overeenstemming was met de delgende werking van betaling in het ene faillissement voor de omvang van de vordering in de andere faillissementen.¹⁰⁷ De critici hadden sterke kaarten; het risico dat de crediteur niet volledig bevredigd zou worden in geval van faillissement van meerdere debiteuren, is immers aan alle obligatoire vorderingen gemeen. Hoofdelijkheid biedt wat dit betreft al meer zekerheid doordat er meer debiteuren zijn die voor betaling instaan. Hoofdelijkheid noopt er echter niet toe de delgende werking van gedeeltelijke betaling uit de executieopbrengst bij faillissement terzijde te stellen.

De wetgever volhardde niettemin en achtte de regeling – in navolging van Molengraaff – in overeenstemming met de strekking van hoofdelijkheid, zijnde bescherming van de crediteur tegen insolventie van een (of meer der) debiteur(en).¹⁰⁸ Bovendien, zo werd benadrukt, stemde de voorgestelde regeling overeen met hetgeen in de meeste Europese rechtsstelsels gold.¹⁰⁹ De wettelijke regeling werd ook wel verdedigd met de opvatting dat zij recht doet aan het zogenoemde onveranderlijke beginsel, op grond waarvan de posities van crediteuren met de faillietverklaring onveranderlijk worden.¹¹⁰

Art. 136 lid 1 Fw is bij invoering van het nieuwe BW ongewijzigd gebleven, maar de gronden die de wetgever daarvoor aanvoert, zijn weinig overtuigend. De wetgever benadrukt met name de nadelen van de delgende werking van de uitkering in een van de faillissementen. Over de gevolgen van die delgende werking wordt namelijk het volgende opgemerkt:

¹⁰⁵ Zie Parl. Gesch. Inv. Wijziging, p. 420.

¹⁰⁶ Deze regel geldt zelfs indien de in het voorbeeld genoemde € 900 betaald was uit hoofde van verdeling van de opbrengst uit het voordien afgewikkelde faillissement van de andere debiteur. Zie Polak 1972, p. 277.

¹⁰⁷ Bijv. Land 1879, p. 185-189; Insinger 1888, m.n. p. 40-42; Feith 1891, p. 325-329; Cohen 1891, p. 55 e.v.

¹⁰⁸ Bij wetwijziging van 1925 werd in art. 136 Fw 'twee of meer' vervangen door 'een of meer'; zie Kortmann & Faber 1995, p. 268.

¹⁰⁹ Molengraaff 1891, p. 552 e.v., Regeringsantwoord naar aanleiding van het verslag van de Tweede Kamer, in: Van der Feltz 1897, p. 142, Molengraaff 1898, p. 362.

¹¹⁰ Zie het Regeringsantwoord, in: Van der Feltz 1897, p. 143.

“Aldus kunnen zowel willekeurige verschillen ontstaan in wat de schuldeiser uit hoofdelijke verbintenis uiteindelijk ontvangt, als in wat uiteindelijk toekomt aan de andere schuldeisers in beide faillissementen. Bovendien biedt dit mogelijkheden tot manipulatie. De schuldeiser kan er immers belang bij hebben een uitkering in één faillissement te rekken, bij voorbeeld door verzet tegen een uitdelingslijst terwijl ook de curatoren de uitkomst door onderlinge afspraken omtrent de volgorde van afwikkeling kunnen beïnvloeden, om nog maar niet te spreken van het geval dat het gaat om een tweetal faillissementen waarin wegens hun onderlinge verband slechts één curator is benoemd (...).”¹¹¹

Deze zwaar aangezette argumenten overtuigen niet.¹¹² Ze verliezen namelijk uit het oog dat de crediteur uit hoofde van de hoofdelijkheid reeds kan opkomen in alle faillissementen voor elk van de hoofdelijke vorderingen en dat het bedrag waarvoor hij opkomt slechts afneemt indien en voor zover hem daadwerkelijk een bedrag is uitgekeerd. Daarin verschilt de crediteur met hoofdelijke vorderingen van andere crediteuren: elke ‘gewone’ crediteur zou na ontvangst van zijn percentage slechts een natuurlijke verbintenis op de debiteur overhouden. De crediteur die hoofdelijke vorderingen ter verificatie indient, heeft meerdere ijzers in het vuur liggen en ontvangt daardoor uiteindelijk een hoger percentage. Dat hij bij faillissement van al zijn debiteuren realiter nooit volledig bevredigd zal worden,¹¹³ lijkt mij een aan persoonlijke aanspraken inherent risico te zijn.

Het argument dat het onwenselijk is om hetgeen de crediteur ontvangt uit de faillissementsopbrengsten, afhankelijk te doen zijn van de volgorde van afwikkeling van het faillissement, is oneigenlijk. Het werkelijke probleem is dat failliete boedels nu eenmaal niet dezelfde uitkeringspercentages kennen. De oorzaak daarvan is gelegen in andere factoren dan de volgorde van afwikkeling. Door die factoren te corrigeren op de wijze waarop de wet dat doet, krijgt de crediteur van hoofdelijke verbintenissen een voorrangpositie die – zo werd ruim honderd jaar geleden reeds betoogd – op gespannen voet staat met de *paritas creditorum*.¹¹⁴ De voorrangpositie vloeit in elk geval niet onvermijdelijk voort uit de rechtsfiguur hoofdelijkheid.

Wenselijk of niet, art. 136 lid 1 Fw staat toe dat de crediteur in de verificatie voor meer opkomt dan waartoe hij op dat moment in werkelijkheid gerechtigd is. Voor zover het faillissement eindigt zonder dat op de hoofdelijke schuld uitkering heeft plaatsgevonden, herkrijgt de crediteur zijn rechten jegens de betreffende debiteur (art. 195 Fw). Naar mag worden aangenomen houdt dit in dat de betreffende debiteur wederom tot nakoming van

111 Parl. Gesch. Inv. Wijziging, p. 421.

112 Ook kritisch Klaassen 2001, p. 126 en Klaassen 2002, p. 696-697. Zie ook nog uitgebreid Van Boom 2000*.

113 Hiertegen loopt Molengraaff 1898, p. 361, nogal te hoop.

114 Van der Feltz 1897, p. 141.

de verbintenis kan worden aangesproken voor zover deze intussen nog niet gedelgd is ten gevolge van nakoming door een andere debiteur.¹¹⁵ Naar voorts mag worden aangenomen geldt dit ook indien (oneigenlijke) opheffing van het faillissement heeft plaatsgevonden.

Voor de gevolgen van een faillissementsakkoord bepaalt art. 160 Fw dat de crediteur die aan het akkoord is gebonden, zijn rechten jegens de andere hoofdelijke debiteuren volledig behoudt.¹¹⁶ Het akkoord wijzigt de andere hoofdelijke verbintenissen dus niet; in zoverre is het akkoord een kwijtschelding die niet mede ertoe strekt de overige debiteuren te bevrijden.¹¹⁷ Deze kwijtschelding zou normaal gesproken ertoe leiden dat afhankelijke verbintenissen zoals die uit borgtocht in zoverre tenietgaan, maar art. 160 Fw bepaalt voor de borgtocht uitdrukkelijk dat de verbintenis van de borg onaangetast blijft.¹¹⁸ De nakoming van de prestatie waartoe het akkoord aanleiding geeft, heeft overigens wel gedeeltelijke delgende werking voor alle debiteuren;¹¹⁹ het betreft immers nakoming van (een gedeelte van) de oorspronkelijke schuld.

115 Indien echter wegens nagekomen baten alsnog uitkering op de hoofdelijke vordering plaatsheeft, zal de uitkering ex art. 136 jo art. 194 Fw plaatsvinden op basis van de omvang van de vordering zoals die ten tijde van faillietverklaring was.

116 Zie Molengraaff 1898, p. 413. Art. 160 Fw is van overeenkomstige toepassing bij een akkoord in surseance; zie art. 272 lid 5 Fw.

117 Aldus in essentie HR 18 mei 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1120, NJ 1991/412 (*CLBN/De Maes Janssens*). Anders: Memorie van Toelichting bij art. 160 Fw, in: Van der Feltz 1897, p. 189.

118 De ratio hiervan is niet geheel duidelijk; nu eens wordt er de nadruk op gelegd dat de crediteur de borg juist in dergelijke omstandigheden als bij faillissement van de hoofdschuldenaar hard nodig heeft, dan weer wordt er met name op gewezen dat het niet de borg is die in kommervolle omstandigheden verkeert en dat deze daarom niet hoeft te worden ontzien; zie Molengraaff 1898, p. 411 en HR 14 juni 1929, NJ 1929/1483 (*Advocaat X/Crediet-, Deposito- en Effectenbank*) resp. Memorie van Toelichting op het toenmalige wetsvoorstel schuldsanering particulieren, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 17-18.

119 Tenzij op die debiteuren inmiddels art. 136 Fw van toepassing is.

5 INTERNE RECHTSVERHOUDINGEN BIJ HOOFDELIJKE VERBINTENISSEN

5.1 REGRES: GRONDSLAG EN RECHTVAARDIGING

Wanneer een van de debiteuren de hoofdelijk verschuldigde prestatie verricht, is de crediteur in het betreffende vermogensbelang bevredigd en gaan alle hoofdelijke verbintenissen teniet. Zou daarmee de kous af zijn, dan zou hoofdelijkheid geen andere gevolgen hebben dan deze bevrijdende werking en zou de prestatie geheel ten laste komen van het vermogen van de debiteur die toevallig de prestatie verrichtte. De andere debiteuren zouden zodoende bevrijd zijn zonder dat zij enig gevolg hiervan in hun vermogen ervoeren. Dan zou het dus de keuze zijn van de crediteur om een van de debiteuren aan te wijzen om te betalen, die de draagplicht toedeelt. Hoofdelijkheid zou in dat geval een dobbelspel worden waarbij de crediteur de stenen werpt. Debiteuren zouden er in dat geval mogelijk ook belang bij hebben om (geheime) afspraken met de crediteur te maken over uitoefening van diens keuzerecht. Dit zou slechts anders zijn indien er buiten het hoofdelijkheidsverband een specifieke rechtsgrond – zoals een overeenkomst – bestond voor verdeling onder de debiteuren van de lasten die met de prestatie zijn gemoeid.

Kortom, als hoofdelijkheid inderdaad slechts betreft de toedeling en niet ook verdeling van de lasten die met de verschuldigde prestatie zijn gemoeid, kunnen aperte onbillijkheden het gevolg zijn. Bezieet men de historische ontwikkeling van hoofdelijkheid in de verschillende rechtsstelsels nader, dan valt steeds een ontwikkeling te bespeuren waarbij de nadruk allengs verschuift van de ‘toedeling’ door de crediteur naar ‘verdeling’ onder de debiteuren teneinde deze onbillijkheden weg te nemen c.q. te voorkomen.¹ Het eindpunt van deze ontwikkeling voor ons recht lijkt voorlopig te zijn dat elke vorm van hoofdelijkheid als tegenwicht een of ander ‘recht op bijdragen’ (regresrecht) van de debiteuren onderling kent. Het wettelijk regresrecht van art. 6:10 BW, versterkt met de subrogatie van art. 6:12 BW, biedt daarvoor de dubbele wettelijke grondslag.²

Die dubbele grondslag is terug te voeren op het oude BW en (dus) de Code Civil.³ Voor de buitenwettelijke rechtsfiguur van de toevallig samenlopende verbintenissen aanvaardde de Hoge Raad ook het bestaan van het recht op bijdragen, zij het zonder enige wettelijke

1 Nadere behandeling van en verwijzingen over de historische ontwikkeling vindt men bij Van Boom 1999, p. 90 e.v.; Meier 2010, p. 259 e.v.

2 Zie over de grondslagendiscussies in andere rechtsstelsels bijv. Kuhlmann 2005; Meier 2010, p. 259 e.v.

3 Art. 1329 resp. art. 1438, 3^o BW (oud).

grondslag.⁴ Dat recht op bijdragen moest nu eenmaal worden aanvaard omdat, zo parafraseer ik de Hoge Raad, een redelijk handelende wetgever het desgevraagd in de wet zou hebben neergelegd; het ontbreken ervan kón niet zijn gewild. Een andere formulering zou kunnen zijn: het is een eis van redelijkheid en billijkheid dat de debiteur die heeft betaald, bijdragen kan vorderen van de mededebiteuren, opdat eenieder zijn deel draagt.⁵ Zodoende stapt men al snel over van de vraag naar de wettelijke grondslag op die van de rechtvaardiging van regres. De normatieve rechtvaardiging voor het bestaan van een regresrecht is simpel. Ongeacht de (wettelijke) grondslag voor toekenning van een regresrecht in een concreet geval, moet steeds als rechtsgrond worden aangewezen de opvatting dat de lasten van een prestatie *behoren* te worden gedragen door die persoon (of personen), welke in de gegeven omstandigheden de meest aangewezen is (of zijn) om deze lasten te dragen.⁶

Een iets specifiekere invulling van de normatieve rechtvaardiging voor het recht op bijdragen wordt wel gevonden in de voorkoming van ongerechtvaardigde verarming en verrijking. De betaling aan de crediteur verarmt de betalende en verrijkt de aldus bevrijde mededebiteuren. Een regresrecht van de betalende op de regresplichtige debiteuren voorkomt en geneest die ongerechtvaardigde verrijking, zo wordt wel gezegd.⁷ Dit lijkt mij op zichzelf juist; zoals vrijwel elke vermogensrechtelijke rechtsfiguur strekt het regresrecht – heel algemeen gesproken – tot het voorkomen van en tegelijkertijd genezen van ongerechtvaardigde verrijking en verarming. We zien deze rechtvaardiging ook terug in de recentere rechtspraak van de Hoge Raad.

Zo argumenteerde de Hoge Raad ten aanzien van het regres van de borg naar oud recht: “De hier aan de orde zijnde regresvordering van de borg die betaald heeft, geeft deze laatste een eigen, zelfstandig recht jegens de hoofdschuldenaar en heeft de strekking te voorkomen dat de schuldenaar ten koste van de borg ongerechtvaardigd wordt verrijkt doordat de borg het door de schuldenaar

4 HR 30 oktober 1925, NJ 1926/157 (NV Van Nievelt Goudriaan & Co's Stoomvaartmaatschappij/Compagnie Auxiliaire de Navigation & Volker), herhaald in HR 4 november 1955, NJ 1956/1 (*The London & Lancashire Insurance Company/Huygen*). Zie nader De Kok 1965, p. 57-58; vgl. Hofmann/Van Opstall 1976, p. 62. Voor de Franse ‘obligations in solidum’ wordt de subrogatie van art. 1251 onder 3 CC (= art. 1438, 3° BW (oud)) als grondslag gezien. Zie Malaurie et al. 2013, p. 722.

5 Zie over de billijkheid in dit verband Asser/Limburg 1905, p. 77, Segers 1920, p. 416, Knap 1925, p. 58 en De Kok 1976, p. 632. Vgl. voor deze grondslag HR 10 oktober 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC1618, NJ 1976/175 (*Van der Kleij/Interpolis*) en HR 13 december 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0445, NJ 1992/316 (*Korstanje II*).

6 Zie bijv. Van Weel 1863, p. 241, Loeff 1891, p. 271.

7 Bijv. Van Weel 1863, p. 241; Loeff 1891, p. 271; De Kok 1965, p. 12, p. 106-107; De Kok 1976, p. 632, Biegmans-Hartogh 1971, p. 53, Aubel 1976, p. 25; Van Boom 1999, p. 96; Van Boom 2000*, p. 9 e.v.; Lubach 2005, p. 386.

verschuldigde aan de schuldeiser heeft voldaan. De borg heeft immers de schuld niet overgenomen, maar zich daarvoor slechts garant verklaard.”⁸

In het kader van de verjaring van het regresrecht van art. 6:10 BW overwoog de Hoge Raad: “(...) dat art. 3:310 lid 1 BW van toepassing is op regresvorderingen uit hoofde van art. 6:10 BW. Een dergelijke regresvordering kan beschouwd worden als een ‘rechtsvordering tot vergoeding van schade’ in de zin van art. 3:310 lid 1, welk begrip een ruime strekking heeft. De rechtsvordering strekt ertoe te voorkomen dat de niet aangesproken schuldenaar ten koste van de aangesproken schuldenaar ongerechtvaardigd wordt verrijkt doordat laatstgenoemde het verschuldigde heeft voldaan voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat (vgl. HR 4 juni 2004, LJN AO6210, NJ 2006/323).”⁹

Ook ten aanzien van aanverwante regresaanspraken komt men de voorkoming van ongerechtvaardigde verrijking tegen, al dan niet expliciet.¹⁰ In *Nationale Nederlanden/Woudsend* argumenteert de Hoge Raad bijvoorbeeld langs de lijnen van de wet: de subrogatie van de schadeverzekeraar ex art. 284 WvK beoogt te voorkomen dat de aansprakelijke de dans ontspringt als gevolg van de betaling door de schadeverzekeraar aan de benadeelde. Zou nu art. 284 WvK niet kunnen worden toegepast als de verzekeringsuitkering onverplicht was, dan ontspringt de veroorzaker de dans én geeft men hem een juridisch wapen in handen tegen de regresvordering, namelijk de betwisting van het verplichte karakter van de verzekeringsuitkering. Om dat wapen uit handen te slaan rekt de Hoge Raad (uitdrukkelijk in afwijking van eerdere rechtspraak) de regresgrondslag van art. 284 WvK op en past hij deze ook toe op onverplichte verzekeringsuitkeringen.¹¹ In titel 7.17 BW is deze verruimde grondslag inmiddels gecodificeerd.¹²

Deze noties luiden en gelden echter zo algemeen, dat zij nauwelijks richting geven aan beantwoording van de vraag *wie* in een concreet geval draagplichtig is. Een antwoord op een zo algemeen gestelde vraag moet uiteraard in algemeenheden blijven steken. Hooguit kan bij wijze van leidraad een aantal beginselen worden uiteengezet die in concrete gevallen kunnen worden toegepast. Hierna zal ik, via een nadere verkenning van de mogelijk te hanteren bronnen van regres bij hoofdelijkheid, de belangrijkste van de genoemde beginselen uiteenzetten.

8 HR 4 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6210, NJ 2006/323 (*Camerling/Heerlen*).

9 HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, NJ 2016/196 (*Melis & ASR/Achmea*).

10 Zie bijv. HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM3952, NJ 2010/557 (*RVS/Scheldebouw*) voor de subrogatie ex art. 7:962 BW van de aansprakelijkheidsverzekeraar in de regresrechten van art. 6:10 BW.

11 HR 7 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000: AA4114, NJ 2000/212 (*Nationale Nederlanden/Woudsend*).

12 Zie de zinsnede “al dan niet verplicht” in art. 7:962 lid 1 BW.

5.2 BRONNEN VAN REGRES

5.2.1 *Zelfstandig regresrecht (art. 6:10 BW)*

Algemeen

Voor ons recht geeft art. 6:10 BW de wettelijke grondslag voor regres. Deze bepaling lijkt discussie over de mogelijke rechtsbronnen van regres overbodig te maken. In werkelijkheid doet zich een verschuiving van de problematiek voor: omdat er in veel gevallen meer dan één grondslag voor regres is te wijzen, is het niet zozeer de vraag *of* er een grond voor regres is, maar veeleer *welke* van de om gelding strijdende bronnen voorrang toekomt. Immers, naast art. 6:10 BW geeft art. 6:12 BW een recht van subrogatie aan de debiteur die de hoofdelijk verschuldigde prestatie verricht; bovendien kan heel wel sprake zijn van samenloop van deze rechtsfiguren met bijvoorbeeld een actie uit contract, onrechtmatige daad, zaakwaarneming of ongerechtvaardigde verrijking.

Dit probleem van samenloop kan overigens alleen ontstaan als men aanneemt dat art. 6:10 BW een zelfstandige bron van verbintenis is. Het lijdt geen twijfel dat de wetgever dit voor ogen stond, maar men kan zich de vraag stellen of vandaag de dag behoefte bestaat aan een bepaling als art. 6:10 BW. Immers, ‘regres’ lijkt in veel gevallen even goed mogelijk te zijn op grond van contract, zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking of zelfs onrechtmatige daad. Voor die gevallen lijkt art. 6:10 BW weinig toe te voegen aan het bestaande arsenaal aan ‘regres’-instrumenten. Hoe dit ook zij, art. 6:10 BW dient als zelfstandige bron van verbintenis te worden aanvaard. De vraag naar de verhouding tussen art. 6:10 BW en andere bronnen van verbintenis is daarmee evenwel nog niet beantwoord. Met name daarover gaan de volgende paragrafen.

Het regresrecht van art. 6:10 BW is een vorderingsrecht dat rechtstreeks uit de wet ontstaat en die het bestaan van hoofdelijkheid als bestaansvoorwaarde heeft. Als voor de hand liggende voorwaarde kan voorts worden genoemd dat de regreszoekende de hoofdelijk verschuldigde prestatie heeft verricht. Letterlijk spreekt de wet over de “verplichting tot bijdragen in de schuld die ten laste van een der hoofdelijke schuldenaren wordt gedelgd voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat” (art. 6:10 lid 2 BW).

Twee opmerkingen over die formulering. Allereerst suggereert het een soort absolute drempel van interne draagplicht, maar het lijkt mij juister om in bepaalde gevallen te kiezen voor een onderlinge en dus relatieve drempel. Als een crediteur van twee hoofdelijke debiteuren die gelijkelijk draagplichtig zijn, 100 te vorderen heeft maar slechts tot inning van 40 overgaat bij een van hen, kan de ander dan werkelijk zeggen dat regres niet mogelijk is omdat de drempel van 50 niet is overschreden?

Als tweede opmerking dit. De wettelijke voorwaarde van “de schuld die ten laste van een der hoofdelijke schuldenaren wordt gedelgd” dient naar mijn mening ruim te worden

verstaan: niet alleen als een debiteur zelf betaalt, maar ook als een derde bij wijze van schenking de prestatie voor een van de hoofdelijke debiteuren verricht in de zin van art. 6:30 BW, komt aan de betreffende debiteur het regresrecht toe.¹³ Zou dat namelijk niet het geval zijn, dan zou de schenking aan de één, mede een waarschijnlijk onbedoelde bevoordeling van de andere debiteuren ten gevolge hebben.

Afgezien van deze voorwaarden is het regresrecht volledig zelfstandig ten opzichte van de hoofdvordering van de crediteur. Dit betekent bijvoorbeeld dat het regresrecht een eigen verjaring kent en dat afspraken tussen de crediteur en een van de debiteuren over uitoefening of omvang van de hoofdelijk verschuldigde prestatie geen afbreuk kunnen doen aan de regrespositie van de andere debiteuren.¹⁴

Het regresrecht wordt uitgedrukt in een geldsom, ook wanneer de prestatie waarvoor hoofdelijkheid bestond niet geld betrof (bijv. een ondeelbare prestatie). Weliswaar bepaalt art. 6:10 BW het niet uitdrukkelijk, maar het stond de wetgever wel voor ogen.¹⁵ De vraag op welk moment de waarde van de prestatie dient te worden berekend met het oog op regres, kwam al eerder in ander verband aan de orde.¹⁶ Ook hier kies ik voor de dag waarop de hoofdelijk verschuldigde prestatie aan de crediteur werd verricht als omrekendag.

Als laatste algemene kenmerk van de regresvordering kan hier worden genoemd dat de regresdebiteuren in beginsel niet hoofdelijk zijn verbonden tegenover de regresgerechtigde. Elk van de regresdebiteuren kan slechts tot het doen van een bijdrage ‘in de schuld’ worden aangesproken voor zover het betreft “het gedeelte in de schuld dat hem in hun onderlinge verhouding aangaat”. Er bestaat dus niet zoiets als hoofdelijkheid van hoofdelijke debiteuren in hun onderlinge verhouding. Van dit uitgangspunt kunnen debiteuren onderling bij rechtshandeling afwijken. Ook overigens zijn uitzonderingen op dit uitgangspunt denkbaar; zie daarover nader de leer van de verhaalseenheden, behandeld in paragraaf 5.6.

Het regresrecht van art. 6:10 BW is een vorderingsrecht. Het is voor overgang door cessie of subrogatie vatbaar.¹⁷ Een aansprakelijkheidsverzekeraar die de hoofdelijk verschuldigde schadevergoeding betaalt, wordt dus gesubrogeerd in het regresrecht van de debiteur voor wie hij betaalt.¹⁸

Ontstaansmoment van het regresrecht

Het wettelijk regresrecht van art. 6:10 BW is een vorderingsrecht en dus is het van belang om te bepalen waar het ontstaansmoment van dat vorderingsrecht gelegen is. Nog niet

13 In gelijke zin Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012, nr. 126.

14 Zie De Kok 1965, p. 110-111, p. 148 e.v.

15 Parl. Gesch. Boek 6, p. 109.

16 Zie par. 4.2.2.

17 Zie art. 3:6 jis 80, 83 BW.

18 HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM3952, NJ 2010/557 (RVS/Scheldebouw).

bestaande vorderingsrechten (toekomstige vorderingsrechten) worden namelijk anders behandeld in het goederen- en insolventierecht dan bestaande vorderingsrechten. Zo zijn de mogelijkheden voor vervreemding en bezwaring van een nog niet bestaand vorderingsrecht in verschillende opzichten beperkt, kunnen nog niet bestaande vorderingsrechten in beginsel niet ter verificatie worden ingediend in het faillissement van de debiteur en wordt verrekening minder eenvoudig.¹⁹

Dus: wanneer ontstaat het wettelijk regresrecht van art. 6:10 BW? In de literatuur waren er tot het arrest *Melis & ASR/Achmea* kort gezegd twee standpunten wat betreft het ontstaansmoment van de wettelijke regresvordering ex art. 6:10 BW. Allereerst was er het standpunt dat een wettelijke regresvordering direct ontstaat met het ontstaan van de hoofdelijke verbondenheid, maar dat deze voorwaardelijk blijft tot het moment van betaling aan de crediteur door de betreffende debiteur. Zo bezien heeft elk van de hoofdelijke debiteuren dus al van aanvang af een voorwaardelijke regresvordering (onder wettelijke opschortende voorwaarde) op elk van de anderen, indien en voor zover er draagplicht van die anderen is. Het tweede standpunt – met name verdedigd door Faber – hield kort gezegd in dat een regresvordering toekomstig is totdat de betreffende hoofdelijke debiteur de crediteur heeft betaald: dán ontstaat het regresrecht en is het dus ook (in de regel) direct opeisbaar.²⁰

De wettekst geeft geen uitsluitsel over het ontstaansmoment van het wettelijk regresrecht van art. 6:10 BW. Weliswaar wordt in art. 6:11 lid 1 en lid 3 BW gerefereerd aan dat ontstaansmoment, maar de wettekst bepaalt niet *waar* dat moment in tijd is gelegen. Wel zijn er aanknopingspunten in de parlementaire geschiedenis die wijzen in de richting van het gelijk van Faber. Ook het bestaan van art. 6:8 BW, waar de Hoge Raad naar verwijst, is een wetssystematisch aanknopingspunt in die richting.²¹ Zou namelijk de regresvordering al ontstaan gelijktijdig met het ontstaan van de hoofdelijkheid, dan zou art. 6:2 BW al rechtstreeks van toepassing zijn tussen de hoofdelijke debiteuren en zou art. 6:8 BW overbodig zijn.²² Ook de formulering van art. 6:11 BW wijst in dezelfde richting.²³

Tot het arrest *Melis & ASR/Achmea* was het tweede standpunt een minderheidsstandpunt. Lange tijd werd uit de rechtspraak van de Hoge Raad afgeleid dat een regresvordering tegelijk ontstaat met het ontstaan van de hoofdelijkheid, zij het dat de vordering voorwaardelijk was tot het moment dat de aangesproken debiteur betalingen had gedaan boven het eigen aandeel uit. In het arrest *Melis & ASR/Achmea* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat

19 Van Boom 2013, p. 39.

20 Zie m.n. Faber 1995; vgl. Van Boom 1995.

21 De Hoge Raad verwijst ook naar art. 7:865 BW.

22 Ook kan ook worden gewezen (zoals de Hoge Raad doet) op art. 6:11 lid 3 BW (gevolgen van verjaring voor regres), dat vooral betekenis krijgt als de regresvordering ontstaat op het moment van de betaling aan de crediteur. Zie daarover Van Boom 1999, p. 210 e.v.

23 Vgl. Koops 2009, p. 121; Verdaas 2014, p. 11.

het wettelijk regresrecht van art. 6:10 BW ontstaat op het moment indien de hoofdelijk verbonden schuldenaar de schuld voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat.²⁴

De Hoge Raad oordeelde: “Met betrekking tot de vraag op welk moment een regresvordering uit hoofde van art. 6:10 ontstaat, wordt het volgende overwogen. De tekst van art. 6:10 lid 2 (‘De verplichting tot bijdragen (...) komt op iedere medeschuldenaar te rusten’) en van art. 6:11 lid 1 en 3 (‘op het tijdstip van het ontstaan van de verplichting tot bijdragen’) wijst erop, mede in het licht van de in de conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal onder 12 geciteerde passages uit de parlementaire geschiedenis, dat de regresvordering pas ontstaat indien de hoofdelijk verbonden schuldenaar de schuld voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat. Deze betaling door de hoofdelijk verbonden schuldenaar is dan ook niet een voorwaarde in de zin van art. 6:21 BW (voorwaardelijke verbintenis), maar een wettelijke voorwaarde voor het ontstaan van de regresvordering. Daarop wijst ook het bestaan van de art. 6:8 en 7:865 BW, die overbodig zouden zijn indien de hoofdelijk verbonden schuldenaar reeds voor de betaling een (voorwaardelijk) schuldeiser van zijn medeschuldenaren zou zijn; vgl. Parl. Gesch. Boek 6, blz. 102, en Parl. Gesch. Boek 7, blz. 462. Daarom moet, anders dan wel is afgeleid uit een aantal eerdere uitspraken van de Hoge Raad (HR 3 juni 1994, LJN ZC1386, NJ 1995/340, HR 3 mei 2002, LJN AD9618, NJ 2002/393, en HR 9 juli 2004, LJN AO7575, NJ 2004/618), tot uitgangspunt dienen dat de regresvordering van een hoofdelijk verbonden schuldenaar pas ontstaat op het moment dat hij de schuld aan de schuldeiser voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat.”

Denkbaar is dat tussen hoofdelijke debiteuren een contractuele verhouding bestaat waaruit, naast het wettelijk regresrecht van art. 6:10 BW, een contractuele regresvordering voortvloeit. In dat geval kan sprake zijn van samenloop, waarover nader in paragraaf 5.2.6.

Verjaring van het regresrecht

Naar mijn mening is het regresrecht een recht op bijdragen in een verrichte prestatie, geen recht op schadevergoeding. Als hoofdelijke debiteuren van een geldschuld uit geldlening tot betaling worden aangesproken en de ene debiteur na betaling op grond van art. 6:10 BW een bijdrage verlangt van de ander, verlangt hij geen schadevergoeding. Hij verlangt dat een bijdrage in de verrichte prestatie wordt geleverd. Als het recht op bijdragen

²⁴ HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, NJ 2016/196 (*Melis & ASR/Achmea*). Zie over die uitspraak nader bijv. Van Schaick 2012, Wibier 2012, alsook Van Boom 2013 en Van Boom 2016, waar ik tekstdelen uit heb gebruikt.

inderdaad geen recht op schadevergoeding is, dan is dus ook niet Afdeling 6.1.10 BW van toepassing op dat recht.²⁵ En als die conclusie juist is, kan voor wat betreft de verjaring van de regresvordering niet worden aangeknoopt bij art. 3:310 BW, maar zal het algemene art. 3:306 BW gelden.²⁶ Dat is dan ook mijn standpunt: op regresvorderingen is de twintigjarige verjaring van toepassing.²⁷

Dit standpunt is echter niet in overeenstemming met geldend recht. Naar geldend recht is het wettelijk regresrecht van art. 6:10 BW namelijk wél onderworpen aan art. 3:310 BW. In een uitspraak uit 2004 had de Hoge Raad reeds beslist dat het begrip ‘rechtsvordering tot vergoeding van schade’ in art. 3:310 BW ruim uitgelegd moest worden en dat het regresrecht van de borg naar oud recht daar ook onder begrepen kon worden.²⁸

De gevolgde redenering in deze uitspraak was kort gezegd als volgt.²⁹ De totstandkomingsgeschiedenis van art. 3:310 lid 1 BW hangt een ruim begrip van ‘rechtsvordering tot vergoeding van schade’ aan, omdat bijvoorbeeld ook de vordering tot schadevergoeding uit art. 6:212 BW (ongerechtvaardigde verrijking) er onder valt. Nu het regres van de borg strekt ter voorkoming van ongerechtvaardigde verrijking, kan dus art. 3:310 BW ook daarop van toepassing worden verklaard. Deze redenering is naar mijn mening niet bijzonder sterk; dat een schadevergoedingsvordering uit art. 6:212 BW beheerst wordt door art. 3:310 lid 1 BW, is evident. Dat een vordering zoals art. 6:10 BW, die recht geeft op *bijdragen* in een verrichte prestatie, verrijking en verarming beoogt te

25 In die zin in elk geval voor het wettelijk verhaalsrecht ex art. 83b Zfw: HR 26 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0894, NJ 2003/645 (*Sterpolis/Amicon*); HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1074, NJ 2004/572 (*Zwolsche Algemeene Schadeverzekering/Vormenfabriek Tilburg*). Ik geef echter direct toe dat in die zaken de context niet de verjaring betrof maar de toepasselijkheid van art. 6:96 aanhef en onder b BW. Voor verjaring oordeelde HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:AE0631, NJ 2004/161 (*Bijsma/ABP*) juist dat het wettelijk verhaalsrecht van art. 2 VOA wél onderworpen is aan art. 3:310 lid 1 BW. En een paar jaar later herhaalde HR 1 april 2005, ECLI:NL:HR:AS6006, NJ 2006/377 (*St. Lucas Andreas/ZAO*) dit oordeel voor het regresrecht van art. 83b Zfw.

26 Ik zou menen dat deze termijn aanvangt op de dag na die waarop de regresvordering opeisbaar wordt, hetgeen in de regel na voldoening aan de crediteur zal zijn. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 95. Het begrip ‘voldoening’ dient ruim te worden verstaan.

27 Zie Van Boom 1999, p. 98, alsook (voor confrontatie met het oordeel van de Hoge Raad) Van Boom 2013 en Van Boom 2016. Voor een andere benadering van het verjaringsprobleem bij wettelijke regresrechten buiten hoofdelijkheid, zie Engelhard 2003, p. 320 e.v.

28 Zie HR 4 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6210, NJ 2006/323 (*Camerling/Heerlen*). Die zaak betrof borgtocht naar oud recht, dat volgens de toenmalige opvattingen geen species van hoofdelijkheid was. Vermoedelijk formuleert HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, NJ 2016/196 (*Melis & ASR/Achmea*), r.ov. 3.5 dan ook voorzichtig door “vgl.” te gebruiken.

29 HR 4 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6210, NJ 2006/323 (*Camerling/Heerlen*).

voorkomen, maakt haar echter niet tot een wettelijk vorderingsrecht tot *schadevergoeding*.³⁰

Die lijn is in 2012 voortgezet in het arrest *Melis & ASR/Achmea*.³¹ Daarin oordeelt de Hoge Raad dat art. 3:310 lid 1 BW van toepassing is op regresvorderingen uit hoofde van art. 6:10 BW. Het wettelijke regresrecht van de hoofdelijke debiteur kan worden beschouwd als een ‘rechtsvordering tot vergoeding van schade’ in de zin van art. 3:310 lid 1 BW omdat, zo redeneert de Hoge Raad, de rechtsvordering ertoe strekt te voorkomen dat de niet aangesproken schuldenaar ten koste van de aangesproken schuldenaar ongerechtvaardigd wordt verrijkt doordat laatstgenoemde het verschuldigde heeft voldaan voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat. Wat hiervan zij, naar geldend recht is op regresvorderingen van art. 6:10 BW de dubbele verjaringstermijn van art. 3:310 BW van toepassing: de objectieve termijn van twintig jaren, te rekenen vanaf de dag waarop de hoofdelijkheid ontstaat (dat vermoed ik althans, rechtspraak hierover ontbreekt³²), en de subjectieve termijn van vijf jaren ‘na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden’.

Naar geldend recht moeten we dus aannemen dat als twee medehuurders *ex contractu* hoofdelijk aansprakelijk zijn voor een huurschuld en de ene huurder overgaat tot betaling aan de verhuurder, de regresvordering op zijn medecontractant een schadevergoedingsvordering is. Althans, voor de toepassing van het verjaringsregime.³³ Ik hoop dat zijn wettelijke regresvordering van art. 6:10 BW verder niet onderworpen is aan de regels van Afdeling 6.1.10 BW. Er wordt immers geen schadevergoeding gevorderd, maar het aandeel in de huurschuld. Daar komt geen schadebegrotingsvraag, causaal verband, eigen schuld of matiging aan te pas, zo dunkt mij.

Hier aangekomen is het wellicht goed om even stil te staan bij het pad dat de Hoge Raad heeft afgelegd na inwerkingtreding van het nieuwe verjaringsrecht

30 Smeehuijzen 2008, p. 241 onderschrijft de grondslag van voorkoming van verrijking. Net als ik kritisch over de onderbouwing Van Schaick 2012, p. 422. Niettemin is ook Van Schaick, net als Smeehuijzen, t.a.p., overtuigd van de noodzaak om niet voor de ‘schier eindeloze’ (term van Smeehuijzen) termijn van twintig jaar te kiezen. In dezelfde richting Hijma 2006 en Bergervoet 2014, p. 262.

31 HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, NJ 2016/196 (*Melis & ASR/Achmea*). Zie over het arrest Van Schaick 2012, Smeehuijzen 2012 en Van Boom 2013.

32 Er valt overigens wel over te twisten omdat art. 3:310 lid 1 BW letterlijk refereert aan de “gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt” en dat is in regrestermen misschien wel de *betaling* door de regresgerechtigde aan de crediteur. Die uitleg zal echter gezien HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, NJ 2016/196 (*Melis & ASR/Achmea*) niet passen in de door de Hoge Raad ingeslagen weg.

33 En, zo volgt uit HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM3952, NJ 2010/557 (*RVS/Scheldebouw*), ook voor de toepassing van art. 7:962 BW wat betreft de subrogatie van de aansprakelijkheidsverzekeraar in regresrechten op mede-aansprakelijken.

in 1992. Dat pad is doornig gebleken. De verjaringsregels zijn ingewikkelder en onvoorspelbaarder dan voor 1992. Wat betreft verjaring van regresvorderingen is het pad niet alleen doornig, het is voor mij inmiddels de vraag of het wel een pad is. In de literatuur is er niemand die het standpunt dat art. 3:306 BW van toepassing is op regresvorderingen, werkelijk heeft omarmd.³⁴ Kennelijk vindt men twintig jaar te lang en heeft men het hoofd in de schoot gelegd wat betreft de toepasselijkverklaring door de Hoge Raad van art. 3:310 BW. Ik ben zelfs geen auteurs tegengekomen die hebben bepleit dat in plaats van art. 3:310 BW liever art. 3:307 BW toegepast zou moeten worden, terwijl dat laatste artikel een pleitbaar alternatief voor art. 3:310 BW zou zijn geweest. Immers, een regresvordering is een vordering tot een geven. De literatuur die er is, haalt vooral halsbrekende toeren uit om het regresrecht van art. 6:10 BW secuur in te passen in de vijfjaarstermijn van art. 3:310 BW. Aan de hoofdpijn die dat oplevert, heb ik nog niemand de conclusie zien verbinden dat de Hoge Raad er verkeerd aan heeft gedaan om art. 3:310 BW toe te passen op regresvorderingen.

De volgende vraag is uiteraard vanaf welk moment de verjaring van de regresvordering gaat lopen.³⁵ Dat moment is algemeen gesproken het moment waarop de regresgerechtigde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot verhaal op de regresdebiteur in te stellen,³⁶ maar om dat moment concreter te bepalen, moeten de begrippen ‘benadeelde’, ‘schade’, ‘de daarvoor aansprakelijke persoon’ en het begrip ‘bekend is geworden’ worden vertaald naar de regrescontext.³⁷ Het problematische aan die ‘vertaling’ van art. 3:310 BW naar regresvorderingen is dat er geruime tijd kan verstrijken tussen het moment waarop de hoofdelijke verbondenheid ontstaat en het moment waarop de regresplichtige tot bijdragen aangesproken kan worden door de debiteur die de betalingen heeft verricht. Neemt men aan dat de regresgerechtigde al ‘schade’ heeft geleden op het moment dat de hoofdelijkheid ontstaat, dan zal zijn regresvordering al snel verjaard kunnen zijn nog voordat hij ook maar één cent heeft betaald aan de crediteur.

In *Melis & ASR/Achmea* pakt de Hoge Raad het anders aan. De Hoge Raad oordeelt dat de vijfjaarstermijn van art. 3:310 lid 1 BW pas gaat lopen als de regresgerechtigde bekend

34 Integendeel, de meerderheid is voorstander van een vijfjaarstermijn (zij het dat er geen unanimititeit bestaat wat betreft het aanvangstijdstip); zie bijv. Van Schaick 2012; Smeehuijzen 2012; Bergervoet 2014. Hijma 2006 meent dat toepasselijkheid van art. 3:306 BW “systematisch onaannemelijk” is.

35 Het moment waarop de vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW in concreto aanvangt, is afhankelijk van alle ter zake dienende omstandigheden, aldus HR 4 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6769, *NJ* 2016/197 (*Huisman q.q./Hoskens*).

36 Smeehuijzen 2008, p. 243 e.v.

37 Een voorschot op die vertaalslag gaven Baetsen & Jonk-van Wijk 2006, p. 179 e.v.; Smeehuijzen 2008, p. 240 e.v.; Van Dijk 2008, p. 148-149; Smeehuijzen 2011, p. 80 e.v.

is met de schade (dus: de regresvordering) en de daarvoor aansprakelijke persoon (de regresdebiteur). Dit moment kan volgens de Hoge Raad in de regel worden gesteld op het moment waarop de regresvordering uitgeoefend kan worden, dus het moment dat de regresgerechtigde aan de crediteur heeft voldaan. Dan ontstaat namelijk de regresvordering en wordt zij opeisbaar.³⁸ De Hoge Raad oordeelt namelijk:

“De bepaling van art. 3:310 lid 1 is kennelijk gebaseerd op het normale geval dat bekendheid met de schade bestaat omdat die schade er al is. Dat de korte (vijfjarige) verjaringstermijn van een rechtsvordering tot schadevergoeding zou kunnen gaan lopen (en eventueel voltooid zou kunnen worden) voordat de schadevordering opeisbaar is geworden, is ook in strijd met het rechtskarakter van deze verjaring, welke immers het rechtsgevolg van het tenietgaan van de rechtsvordering verbindt aan het gedurende zekere tijd niet geldend maken daarvan. Daarvoor is nodig dat de vordering reeds opeisbaar is, zoals ook tot uitdrukking komt in het algemeen luidende art. 3:313 BW.

Daarom kan de vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 niet eerder een aanvang nemen dan op de dag na die waarop de schadevordering opeisbaar is geworden, ook indien voordien reeds bekend is dat de schade geleden zal worden en wie de aansprakelijke persoon is (vgl. HR 10 oktober 2003, LJN AF9416, NJ 2003/680). Dat onder omstandigheden een vordering tot vergoeding van toekomstige schade kan worden ingesteld (art. 6:105 BW), maakt dat niet anders.”³⁹

Wel voegt de Hoge Raad daar nog een zin aan toe die ruimte biedt:

“Hierbij verdient nog opmerking dat een verjaringstermijn die op de voet van art. 3:310 lid 1 is gaan lopen, mede geldt voor de vordering tot vergoeding van schade waarvan de benadeelde redelijkerwijs kon verwachten dat hij die als gevolg van dezelfde schadeveroorzakende gebeurtenis zou kunnen gaan lijden, omdat in zoverre sprake is van afzonderlijke elementen van de reeds ingetreden schade (vgl. HR 19 oktober 2001, LJN ZC3686, NJ 2001/655 en HR 10 september 2010, LJN BM7041).”⁴⁰

38 Kritisch over de koppeling die de Hoge Raad legt met art. 3:313 BW: Van Schaick 2012, p. 426; Smeehuijzen 2012, p. 445. Als de rechtsverhouding nog andere gronden voor regres kent die het mogelijk maken om reeds een voorwaardelijk verhaal uit te oefenen, kan het aanvangsmoment in zoverre wellicht eerder gelegen zijn. Zie ook par. 5.2.6 inzake samenloop.

39 HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, NJ 2016/196 (*Melis & ASR/Achmea*).

40 HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, NJ 2016/196 (*Melis & ASR/Achmea*).

Het is echter de vraag waar deze ruimte toe dient. Vermoedelijk maakt de Hoge Raad mogelijk dat de verjaring van de regresvordering al aanvangt voor het ontstaan van de regresvordering, namelijk als deze wordt voorafgegaan door een ander vorderingsrecht dat betrekking heeft op een element van dezelfde schade. Men kan hier denken aan twee hoofdelijke debiteuren, waarvan er één in rechte wordt betrokken en proceskosten maakt. Voor zover hij voor die kosten een verhaalsrecht ex art. 6:10 lid 3 BW verkrijgt, kan worden gesteld dat de verjaring – ook van de latere regresvordering – al is ingetreden met het maken van die kosten.

In de literatuur is forse kritiek geleverd op het arrest *Melis & ASR/Achmea*. Een van de kritiekpunten betreft het feit dat de Hoge Raad aanknoopt bij de opeisbaarheid (en dus bij het ontstaansmoment) van de regresvordering voor het startmoment van de vijfjaarstermijn. Er wordt wel bepleit dat het juister zou zijn als de verjaring van de regresvordering aanvangt op het moment dat een debiteur aangesproken wordt door de crediteur, zeker als de aangesproken debiteur op dat moment voldoende zekerheid heeft over de feiten aangaande het bestaan van de hoofdelijkheid en zijn regresrecht.⁴¹ Problematisch aan dat standpunt is dat als er nog geen regresvordering bestaat, er in zoverre ook geen ‘schade’ is van de regresgerechtigde en deze regresgerechtigde dus ook niet daadwerkelijk in staat kan worden geacht om een vordering tegen de regresplichtige in te stellen. Die vordering bestaat namelijk nog niet. Daar kan tegenin worden gebracht dat de Hoge Raad in ander verband de verjaring ex art. 3:310 lid 1 BW al wel heeft laten aanvangen vóór de betaling had plaatsgevonden waaruit het regres zou kunnen ontstaan.⁴²

Wat zich hier wreekt, is dat begrippen als ‘schade’ en ‘bekendheid’ niet goed te transponeren zijn naar de toekomstige regresvordering van art. 6:10 BW, tenzij men meent dat ook toekomstige vorderingen ook al daadwerkelijk ingesteld kunnen worden.⁴³ Dat moge vreemd klinken, maar wat betreft de hoofdelijkheid zit er een kern van waarheid in; de hoofdelijke debiteur heeft bijvoorbeeld al de mogelijkheid om een rechtsvordering tot vrijwaring in te

41 M.n. Van Schaick 2012, p. 427 e.v.; Smeehuijzen 2012, p. 446.

42 HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM1688, NJ 2012/194, betreffende een *contractuele* verhaalsvordering van bestuurders die door de curator ex art. 2:248 BW werden aangesproken, op een accountant. De verjaring van die verhaalsvordering werd geacht te zijn aangevangen op de dag na die waarop de curator de dagvaarding had uitgebracht.

43 Zo in essentie dus Van Schaick 2012 en Smeehuijzen 2012.

stellen tegen de mededebiteur(en) nog voordat er ook maar iets is betaald aan de crediteur.⁴⁴

Als gezegd is sprake van het ontstaan van een regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW indien en voor zover de hoofdelijke medeschuldenaar de vordering van de schuldeiser voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat. Dat kan in concreto als een donderslag bij heldere hemel komen voor de regresplichtige, zeker als er veel tijd is gelegen tussen de aansprakelijkstelling van de latere regresgerechtigde en de daadwerkelijke betaling, terwijl de (latere) regresplichtige in de tussentijd niet op de hoogte is gesteld van de aansprakelijkstelling. Denkbaar is, aldus de Hoge Raad, dat de regresplichtige debiteur rekening moet houden met de belangen van de andere debiteur:

“Hoofdelijke schuldenaren zijn, ook voordat een regresvordering ontstaat, in hun onderlinge verhouding verplicht zich te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:8 in verbinding met art. 6:2 BW). Dit kan echter niet meebrengen dat, indien een hoofdelijk schuldenaar — ondanks bekendheid met het feit dat hij een regresvordering uit hoofde van art. 6:10 zal krijgen — degene op wie hij later regres wil gaan nemen daarvan niet op de hoogte stelt, de verjaringstermijn met betrekking tot de nog niet ontstane regresvordering gaat lopen.

Maar in gevallen waarin de regresvordering van art. 6:10 niet is verjaard, is niet uitgesloten dat het instellen van die rechtsvordering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, dan wel dat de regresnemer zijn recht heeft verwerkt, op grond van feiten en omstandigheden die (mede) hebben plaatsgevonden voordat de regresvordering is ontstaan, bijv. in verband met de omstandigheid dat de hoofdelijke schuldenaar reeds voordien bekend was met het feit dat de regresvordering zou ontstaan maar de voor hem kenbare belangen van degene op wie hij later regres wil nemen, op onaanvaardbare wijze heeft veronachtzaamd.”

Dat op ‘onaanvaardbare wijze veronachtzamen’ (vgl. art. 6:8 jo 6:2 lid 2 BW en art. 3:13 BW) kan met zich brengen, zo begrijp ik deze overwegingen, dat onder omstandigheden op de aangesproken debiteur de plicht rust om de hem bekende mededebiteuren van de

⁴⁴ Ook kan hij bijdragen vorderen voor gemaakte kosten (art. 6:10 lid 3 BW), maar als daarvan sprake is, kunnen we in zoverre al spreken van een reeds bestaande vordering. Dit ziet Bergervoet 2014, p. 251 m.i. over het hoofd.

aansprakelijkstelling op de hoogte te stellen, bij verzaking waarvan hem de uitoefening van het regresrecht (in zoverre) niet toegestaan zal zijn.⁴⁵

5.2.2 ‘Regresversterkende’ subrogatie (art. 6:12 BW)

De regresgerechtigde krijgt op grond van art. 6:12 BW naast zijn wettelijk regresrecht uit art. 6:10 BW een ‘extraatje’: hij wordt op het moment van betaling aan de crediteur gesubrogeerd in de vordering(en) van de crediteur jegens de andere debiteur(en) voor zover hij (de betalende debiteur) een regresrecht op deze(n) heeft; door de overgang van rechtswege kan hij de aan de gesubrogeerde vordering verbonden nevenrechten zoals voorrechten en zekerheidsrechten uitoefenen (art. 6:142 BW).⁴⁶ Voor het overige zal de subrogatie vrijwel nimmer meer of anders – hooguit minder – bieden dan het zelfstandige regresrecht. Dit volgt uit art. 6:12 BW zelf, waar het duidelijk maakt dat de subrogatie het wettelijk regresrecht volgt en slechts een ‘regres-versterkende’ functie toekomt.

De wetgever heeft zich met de subrogatie van art. 6:12 BW noodzakelijkerwijs van een aantal ficties bediend. De fictie waarvan men zich bij de figuur van subrogatie in het algemeen bedient, is dat de nakoming van de verbintenis niet tot tenietgaan van de verbintenis leidt, maar dat deze integendeel blijft bestaan en de vorderingen die de crediteur op de andere debiteuren heeft, overgaan op de betalende debiteur teneinde diens regresactie kracht bij te zetten.

Als tweede fictie geldt dat de vordering na subrogatie niet langer hoofdelijk is, maar integendeel steeds wordt beperkt tot het bedrag dat op grond van art. 6:10 BW van de desbetreffende debiteur kan worden gevorderd.⁴⁷ Eerder zagen we dat deze praktische, zij het dogmatisch onhoudbare constructie al lange tijd wordt gebruikt.⁴⁸

Als derde fictie kan worden genoemd dat, als de hoofdelijk verschuldigde prestatie iets anders dan betaling van geld betreft, er als het ware een ‘omzetting’ plaatsvindt in een geldvordering. In dat geval wordt de subrogatie geacht een geldsom te betreffen (art. 6:12 lid 2 BW).

Om kort te gaan: de vordering verschiet met en door de subrogatie van kleur. Tenslotte is de gesubrogeerde vordering in alle opzichten dienstig aan en afhankelijk van het regresrecht; overdracht onafhankelijk van het regresrecht is dus niet mogelijk. De voor-

45 Vgl. over de onderlinge mededelingsplicht Van Boom 1999, p. 141. Smeehuijzen 2008, p. 245-246 lijkt de mededelingsplicht als het ware te verdisconteren in de lopende verjaring: de regreszoeker mag niet straffeloos de afloop van de procedure die de crediteur tegen hem aanvangt, afwachten, maar moet direct een stuitingsbrief sturen aan de regresplichtige mededebiteur(en), op straffe van verjaring ex art. 3:310 lid 1 BW.

46 Zie algemeen over de gevolgen van overgang van vorderingen Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, nr. 257 e.v. Vgl. Pierson 1941, p. 93-94; Asser/Van Schaick 7-VIII 2012, nr. 118.

47 Parl. Gesch. Boek 6, p. 114 en 117, De Kok 1965, p. 28.

48 Zie hiervoor par. 4.2.

en nadelen die zijn verbonden aan het gebruik van de rechtsfiguur subrogatie, zijn duidelijk. Enerzijds kan de regreszoekende als rechtsopvolger van de crediteur alle nevenrechten uitoefenen die zijn voorganger had.⁴⁹ Hij krijgt met de subrogatie anderzijds echter niet meer of andere rechten dan zijn voorganger: de verjaring van de gesubrogeerde vordering bijvoorbeeld vindt onveranderd doorgang, verrekening door de regresplichtige met een vordering op de crediteur blijft ook na subrogatie mogelijk en het gezag van gewijsde tussen crediteur en regresplichtige blijft aan de overgegangene vordering kleven.⁵⁰

Teruggebracht tot de kern is de subrogatie van art. 6:12 BW het vehikel voor overgang van nevenrechten ter versterking van het wettelijk regresrecht. Om dit doel te bereiken had de wetgever er mijns inziens beter aan gedaan om te bepalen dat de nevenrechten verbonden aan de vordering(en) van de crediteur op de andere debiteur(en) van rechtswege mede aan de regresvordering kleven.⁵¹ Zo zou zonder meer duidelijk zijn dat de regreszoekende in wezen slechts één vorderingsrecht toekomt, namelijk dat van art. 6:10 BW.⁵² Immers, slechts als en voor zover dat recht uitgeoefend kan worden, komen de regreszoekende deze nevenrechten toe. Het voordeel van een dergelijke bepaling boven de huidige regeling zou bovendien zijn dat het nevenrecht ook dan zou kunnen worden uitgeoefend indien er niets meer te subrogeren viel, bijvoorbeeld ten gevolge van tussentijds tenietgaan van de te subrogeren vordering.

5.2.3 *Cessieconstructies*

De hoofdelijke debiteur die de hoofdelijk verschuldigde prestatie heeft verricht, kan zijn mededebiteuren op grond van art. 6:10 BW elk slechts voor hun aandeel 'in de schuld' aanspreken. Ook de subrogatie van art. 6:12 BW verandert hier niets aan. De debiteur die heeft betaald, blijft belast met de kosten en risico's van inning van de verschillende bijdragen 'in de schuld'. In het verleden trachtte men deze nadelige gevolgen wel te omzeilen door gebruik te maken van een cessieconstructie. Bij deze constructie, die ook al in paragraaf 4.4.2 aan de orde kwam, gaat de aangesproken debiteur niet over tot betaling van de hoofdelijk verschuldigde prestatie, maar tot aankoop van de vordering(en) van de crediteur jegens de andere debiteur(en). Tegen betaling van een bedrag (min of meer gelijk aan de hoofdelijk verschuldigde prestatie) werden aan hem deze rechten gecedeerd. Strekking

49 Een beding van onoverdraagbaarheid als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW staat niet in de weg aan de overgang krachtens subrogatie ex art. 6:12 BW. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 558; Wibier 2009, p. 47.

50 Zie algemeen art. 6:142 en 6:145 BW. Vgl. Wibier 2009, p. 31 e.v.

51 Vgl. art. 57 Inv.W, alwaar duidelijk wordt aangegeven dat de mede-aansprakelijke na betaling van de belasting- of premieschuld uitsluitend gesubrogeerd wordt in het voorrecht van fiscus.

52 Daarmee zou ook de onduidelijkheid over het samenloopkarakter van art. 6:10 BW en art. 6:12 BW weggenomen zijn. Zie daarover Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012, nr. 133 (die menen dat sprake is van twee vorderingsrechten), Snijders 1973, p. 458-459 (die geen keuze lijkt te maken) en Parl. Gesch. Boek 6, p. 121 (alwaar de kwestie uitdrukkelijk in het midden wordt gelaten).

van deze cessieconstructie is uiteraard het ontwijken van de deelaanspraken waartoe (thans) art. 6:10 BW aanspraak op geeft, om zo hoofdelijkheid van de andere debiteuren in stand te houden.

Het zal duidelijk zijn dat een dergelijke cessie moet afstuiten op doel en strekking van art. 6:10 BW, voor zover met deze cessie een resultaat wordt beoogd dat zich niet verdraagt met genoemde bepaling. Voor nadere onderbouwing verwijs ik kortheidshalve naar de paragrafen 4.4.2 en 4.8.

5.2.4 *Overeenkomst*

Zodra hoofdelijke debiteuren in een contractuele rechtsverhouding tot elkaar staan, wordt hun regresverhouding in de regel door het contract beheerst. De Hoge Raad formuleerde het aldus:

“(...) wanneer tussen twee personen, die beiden uit onrechtmatige daad aansprakelijk zijn voor een veroorzaakte schade, een contractuele verhouding bestaat, wordt het antwoord op de vraag of en in hoever degeen die ter zake van de schade aan de schadelijgende partij schadevergoeding moet betalen deswege verhaal kan nemen op de mede-aansprakelijke persoon van wie de mede-aansprakelijkheid voortvloeit uit handelingen gepleegd bij de uitvoering van bedoelde overeenkomst, in beginsel bepaald door die overeenkomst.”⁵³

De formulering van de Hoge Raad is ruim en roept bijvoorbeeld de vraag op of het contract ook dan de regresverhouding beheerst als het ontstaan van hoofdelijkheid geen verband houdt met de contractuele rechtsverhouding. Ik zou menen van niet.

De formulering roept voorts de vraag op of het contract ook art. 6:10 BW als zelfstandige rechtsgrond buiten werking stelt. Die vraag is bijvoorbeeld relevant als de vordering uit contract is verjaard, terwijl een beroep op art. 6:10 BW nog steeds mogelijk zou zijn. Het regresrecht van art. 6:10 BW fungeert als zelfstandige verhaalsgrond, zodat het een eigen verjaringsweg volgt. De inhoud van de overeenkomst kan overigens ook na verjaring van het contractuele regresrecht nog wel bepalend zijn voor de regresmaatstaf.

Er zijn overigens wel omstandigheden denkbaar waaronder het regresrecht van art. 6:10 BW met de verjaring van de contractuele rechten ten onder gaat. Denkbaar is dat de overeenkomst zo moet worden uitgelegd dat daarmee het wettelijk regresrecht bewust is verkort, weggenomen of gevarieerd. Ik denk hier met name aan het geval dat partijen een contractuele verjaringstermijn hebben opgesteld die korter is dan de wettelijke verjarings-

53 HR 20 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4270, NJ 1982/174 (*Rollman/Van Opzeeland*). Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 108.

termijn voor de betreffende contractuele vordering. Het contract zou aldus kunnen worden uitgelegd dat de verkorting van de verjaringstermijn mede betrekking heeft op eventuele regresvorderingen, ongeacht de concreet gekozen rechtsgrond.⁵⁴

Ook de wet kan een andere samenloopregel formuleren. Zo volgt uit art. 7:23 lid 2 BW dat de vordering wegens non-conformiteit en die van art. 6:10 BW in voorkomend geval gelijkelijk onderworpen zijn aan een tweejarige verjaringstermijn.

De relevantie van het bestaan van een contractueel regresrecht naast het wettelijk regresrecht van art. 6:10 BW komt duidelijk naar voren in de rechtspraak van de Hoge Raad inzake overwaarde-arrangementen.⁵⁵ Dat onderwerp blijft hier verder onbesproken.⁵⁶

5.2.5 *Zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking en onrechtmatige daad*

De samenloop van art. 6:10 BW met acties zoals die uit zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking en onrechtmatige daad, kent een aantal facetten. Zo is er de vraag of buiten art. 6:10 BW een van de genoemde acties voor regresdoeleinden kan worden gebruikt. Allereerst dient te worden vastgesteld dat art. 6:10 BW zich niet verzet tegen cumulatie van rechtsgronden voor regres; art. 6:10 BW heeft geen exclusiviteitspretentie. Vraag die dan rest, is of de genoemde acties zich voor regresdoeleinden laten lenen.

Naar Nederlands recht kan zaakwaarneming gelegen zijn in de omstandigheid dat een derde op redelijke gronden de schuld van een ander voldoet. Na betaling zou de zaakwaarnemer dan op grond van art. 6:200 BW van de belanghebbende schadevergoeding kunnen vorderen, die gelijk zal zijn aan de (waarde van de) verrichte prestatie. Door menig auteur is erop gewezen dat een hoofdelijke debiteur niet, zoals bij art. 6:30 BW, de schuld van een ander voldoet, maar integendeel zijn eigen verbintenis nakomt. Dit zou in de weg staan aan een 'regres'vordering uit zaakwaarneming.⁵⁷

De rechtspraak staat een redelijk ruime toepasselijkheid van de zaakwaarnemingsfiguur toe. In elk geval wordt een actie uit zaakwaarneming niet geblokkeerd door het enkele feit dat *mede* een eigen belang werd behartigd; voldoende is dat de zaakwaarnemer zich ervan bewust was ('willens en wetens') dat zijn handelen mede het belang van een ander diende.⁵⁸ Aldus geredeneerd kan men het nakomen van een hoofdelijke verbintenis mede

54 Vgl. over de verschillende zienswijzen dienaangaande Van Amsberg 1994, p. 15 e.v., m.n. p. 21.

55 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, NJ 2016/48 (*De Lage Landen/Van Logestijn q.q.*).

56 Zie verder over de hoofdelijkheidsaspecten van het overwaardearrangement Van Boom 2013 en Van Boom 2016.

57 Van Weel 1863, p. 247 e.v.; vgl. De Kok 1965, p. 124.

58 Zie losbl. Verbintenissenrecht, art. 198 (Heisterkamp), aant. 11.

beschouwen als het op redelijke gronden dienen van eens anders belang,⁵⁹ mits uiteraard de betalende debiteur ten tijde van betaling ervan op de hoogte is dat een ander dezelfde prestatie verschuldigd is. Zoals in paragraaf 4.2.1 geschetst, hoeft daarvan overigens niet altijd sprake te zijn. In die gevallen kan zaakwaarneming niet als grond voor regres dienen. Zaakwaarneming is ook uitgesloten als de hoofdelijke debiteur in wiens belang de schuld mede is gedelgd, uitdrukkelijk heeft aangegeven geen prijs te stellen op deze belangenbehartiging. Belangenbehartiging tegen de wil van degene wiens belang (mede) wordt behartigd, kan niet gelden als zaakwaarneming, aldus de Hoge Raad in een arrest uit 1996.⁶⁰ Evenmin lijkt er grond voor een actie uit zaakwaarneming te zijn, als het niet de regreszoekende debiteur zelf was die de prestatie verrichtte, maar een derde (niet-debiteur) die bijvoorbeeld uit vrijgevigheid de prestatie voor de regreszoekende debiteur verrichtte in de zin van art. 6:30 BW. Van de regreszoekende debiteur kan men dan namelijk moeilijk volhouden dat deze willens en wetens het belang van de andere debiteur behartigde.

Conclusie moet zijn dat art. 6:198 BW weliswaar als grondslag kan dienen voor regres, maar dat het niet een voor alle gevallen geschikt instrument is.

De actie uit ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) kan als grondslag voor 'regres' dienen.⁶¹ De ongerechtvaardigde verrijking van de draagplichtige debiteur is in die zienswijze gelegen in de omstandigheid dat deze is bevrijd zonder dat de prestatie te zijnen laste is verricht. De verarming van de betalende debiteur staat in rechtstreeks verband met de verrijking van de andere debiteur, die immers door de betaling zonder meer is bevrijd. De redelijkerwijs te vergoeden 'schade' stelt men op het bedrag dat de verrijkte debiteur in zijn verhouding tot de regreszoekende draagplichtig is.

In het zo-even bij zaakwaarneming genoemde geval dat een derde uit vrijgevigheid de prestatie verrichtte voor de debiteur, die thans regres zoekt op de draagplichtige debiteur, kan de vraag rijzen of wel sprake is van verarming aan de zijde van de regreszoekende debiteur. Ik ben geneigd de vraag bevestigend te beantwoorden: de verarming schuilt in de omstandigheid dat de vrijgevigheid van de derde niet ten goede komt aan de verarmde, maar aan de draagplichtige debiteur. Deze verarming staat in voldoende verband met de verrijking van de draagplichtige debiteur, zodat in zoverre niets in de weg staat aan toepassing van art. 6:212 BW.

59 Friedmann & Cohen 1991, § 11-8. Vgl. Schoordijk 1967, p. 115, die spreekt van verwantschap tussen regres krachtens hoofdelijkheid enerzijds en krachtens zaakwaarneming anderzijds. Zie ook Schoordijk 1967, p. 148 alsmede Diephuis 1886, p. 195.

60 HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2039, NJ 1997/24 (*Delta Lloyd/Interlloyd*).

61 Aldus expliciet HR 28 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2120, NJ 1997/102 (*Van Maarseveen/Ontvanger*), waarover uitgebreid hiervoor par. 3.5.6.

'Regres' zou onder omstandigheden ook kunnen worden gegrond op art. 6:162 BW.⁶² Denkbaar is dat de ene debiteur onrechtmatig jegens de andere debiteur handelt door een bepaalde gebeurtenis te laten geschieden, die als gevolg heeft dat niet alleen eerstgenoemde maar ook laatstgenoemde gehouden is tot een bepaalde prestatie. Zo zou men kunnen verdedigen dat een laedens door schadetoebrenging niet alleen jegens de gelaedeerde onrechtmatig handelt, maar ook jegens diens (schade)verzekeraar die als gevolg van de schadetoebrenging tot vergoeding van dezelfde schade gehouden is.⁶³ Uit het arrest *Vonk/de Overijsselsche Onderlinge* volgt echter dat het relativiteitsvereiste in de weg staat aan rechtstreekse aansprakelijkheid van de laedens jegens de verzekeraar: men hoeft zich niet van schadetoebrenging te onthouden met het oog op de belangen van een eventuele schadeverzekeraar aan de kant van de gelaedeerde.⁶⁴

Het relativiteitsvereiste kan ook om andere redenen aan delictuele aansprakelijkheid jegens de mededebiteur in de weg staan.⁶⁵ Men kan immers slechts onrechtmatig handelen jegens personen wier belang men had behoren te ontzien; daarvoor is nodig dat ten tijde van de handeling voorzienbaar was dat de betreffende belangen zouden worden geschaad.⁶⁶ Hiervan zal niet altijd sprake zijn. Toch is het niet in zijn algemeenheid uitgesloten dat een gedraging zowel onrechtmatig is jegens de benadeelde als jegens de regreszoekende debiteur, bijvoorbeeld wanneer iemand door na te laten te waarschuwen een door een ander in het leven geroepen gevaarlijke situatie laat voortbestaan.⁶⁷

5.2.6 Samenloop

De vraag naar samenloop kan in ten minste twee subvragen worden opgesplitst. Allereerst is er de vraag of er één of meer vorderingsrechten zijn wanneer art. 6:10 BW samenloopt met een andere rechtsgrond voor regres. De tweede vraag betreft de inhoudelijke samenloop: (hoe) wordt het wettelijk regresrecht van art. 6:10 BW ingekleurd door het feit dat er samenloop met een andere rechtsgrond voor regres bestaat?

62 Zie bijv. HR 26 oktober 1990, NJ 1991/39 (*Tiel Utrecht/Jansen*). Vgl. ook Duits recht, dat aanneemt dat bij samenloop tussen de regresvordering van § 426 BGB en een vordering uit 'unerlaubte Handlung' (§ 823 BGB) de eerstgenoemde als *lex specialis* voorgaat, wanneer de 'unerlaubte Handlung' overtreding van een 'Schutzgesetz' betreft. Zie BGH 17 mei 1956, BGHZ 20, 371.

63 Vgl. Friedmann & Cohen 1991, § 11-9.

64 HR 24 januari 1930, NJ 1930/299 (*Vonk/de Overijsselsche Onderlinge*). De schadetoebrenging is volgens de Hoge Raad wel onrechtmatig jegens de verzekeraar indien deze juist met het oog daarop opzettelijk werd toegebracht.

65 Vgl. in dit verband Kruithof 1986, p. 638.

66 HR 27 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4748, NJ 1984/536 (*Verstekeling*), HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0576, NJ 1993/643 (*Van Wijngaarden/Staat*), HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1460, NJ 1996/196 (*Staat/Shell*).

67 Vgl. HR 29 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1941, NJ 1996/332 (*Franzetti/Suikerunie II*).

Wat betreft de vraag of sprake is van één of meer vorderingsrechten, merk ik het volgende op. Stel dat een regresgerechtigde de grondslag voor het regres kan vinden in zowel de wet (art. 6:10 BW) als een contractuele rechtsverhouding. Zijn er dan twee vorderingsrechten in het vermogen van de regresgerechtigde? Of wordt de contractuele vordering als het ware opgenomen in het wettelijk regresrecht? De hoofdregel van samenloop luidt dat contractuele en wettelijke regels in beginsel naast elkaar kunnen bestaan, maar dat de aard en strekking van de overeenkomst kunnen meebrengen dat de wettelijke regel buiten toepassing blijft.⁶⁸ Of van deze hoofdregel afgeweken wordt bij regres, is niet zeker; de totstandkomingsgeschiedenis van art. 6:10 BW laat de kwestie in het midden.⁶⁹ Daarom moet mijns inziens worden aangenomen dat van twee vorderingsrechten gesproken moet worden.

Snijders wijst op de risico's van het aannemen van twee vorderingsrechten voor het vermogensrechtelijk statuut van het vorderingsrecht: als men aanneemt dat er twee vorderingsrechten zijn in plaats van één vorderingsrecht met meerdere rechtsgronden (Snijders spreekt van 'gemengde verbintenis'), dan krijgt de regresdebiteur na de cessie van de ene vordering door de regrescrediteur opeens twee crediteuren ten aanzien van dezelfde prestatie.⁷⁰

De samenloopvraag is bijvoorbeeld van belang voor het ontstaansmoment en de verjaring van de verschillende vorderingen. Wat betreft het ontstaansmoment is de Hoge Raad helder over het ontstaansmoment van het wettelijk regresrecht van art. 6:10 BW.⁷¹ Over het ontstaansmoment van contractuele vorderingen is inmiddels steeds minder duidelijkheid. Met name over de vraag of en in hoeverre partijen vrij zijn om het ontstaansmoment zelf te bepalen, bestaat onduidelijkheid.⁷²

Gaat men uit van contractsvrijheid en partijautonomie, dan zou men kunnen stellen dat contractuele vorderingen ontstaan zodra partijen *willen* dat ze ontstaan.⁷³ Hebben ze daarover niets afgesproken en volgt ook niet uit de aard of strekking van hun rechtsverhouding een bepaald moment, dan geldt de regelendrechtelijke rechtspraak van de Hoge Raad over het ontstaansmoment van contractuele vorderingsrechten.⁷⁴ Echter, het ongebreideld omkatten van vor-

68 HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1335, NJ 2002/54.

69 Parl. Gesch. Boek 6, p. 121. Bergervoet 2014, p. 251 kiest voor twee vorderingsrechten.

70 Snijders 1973, p. 461.

71 Zie par. 5.2.1.

72 Wat betreft verjaring is het m.i. simpel: een contractueel regresrecht verjaart volgens art. 3:307 BW, aan te vangen bij de opeisbaarheid (moment van betaling aan de crediteur).

73 Verdaas 2014, p. 12 acht het daarom in beginsel mogelijk dat debiteuren onderling afspreken dat de contractuele regresvordering eerder ontstaat dan de wettelijke.

74 Daarover recentelijk, met verwijzingen, Schuijling 2016, hfdst. 3.

deringen als voorwaardelijke bestaande tot toekomstige (of andersom), kan men ook iets minder vriendelijk betitelen als ‘etikettenzwendel’ waar derden, zoals crediteuren van de omkatter, door worden benadeeld.⁷⁵

Naast de eigenlijke samenloop tussen art. 6:10 BW en de verschillende andere acties is de tweede vraag van belang: kan toepassing van verschillende acties in een concreet geval tot een meer uiteenlopende draagplicht leiden dan waartoe art. 6:10 BW zou leiden? Naar mijn mening is dat niet het geval. Immers, welke rechtsgrond men ook inroept, voor bepaling van de draagplicht komt het steeds aan op de vraag wie van de hoofdelijke debiteuren in welke mate draagplichtig is. In art. 6:10 BW zal men tevergeefs zoeken naar een antwoord op deze vraag. De wettekst spreekt heel algemeen van de maatstaf ‘de mate waarin de schuld de debiteuren aangaat’. Voor nadere invulling van deze ‘blanco’ regresmaatstaf van art. 6:10 BW zal op andere bronnen van verbintenis moeten worden teruggegrepen. In dit verband kan men denken aan een rechtstreekse wettelijke grondslag voor vaststelling van de draagplicht, maar uiteraard is er ook de mogelijkheid om voor nadere invulling van art. 6:10 BW te putten uit de bronnen van contract, zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking en mogelijk zelfs onrechtmatige daad. Misschien moeten we art. 6:10 BW inderdaad aldus opvatten dat het een vorderingsrecht in het leven roept dat *inhoudelijk* door andere leerstukken wordt beheerst. Wat betreft inhoud van de regresactie zou men dan ook niet van cumulatie van rechtsgronden moeten spreken, maar veeleer van assimilatie van rechtsgronden. Over de inhoudelijke invloed die genoemde acties hebben op de regresvordering van art. 6:10 BW, kom ik later in paragraaf 5.4 nog uitvoerig te spreken.

5.3 MEDEWERKEN, MEDEDELEN, VOLGEN EN VRIJWAREN

5.3.1 *Ongeschreven plichten algemeen; medewerking*

Hoofdelijke debiteuren staan tot elkaar in een door redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding. Art. 6:2 BW is van toepassing zodra sprake is van een verbintenis tussen de hoofdelijke debiteuren. Daarvan is sprake zodra de regresvordering als bedoeld in art. 6:10 lid 1 BW of een verhaalsrecht als bedoeld in art. 6:10 lid 3 BW ontstaat. Bovendien verklaart art. 6:8 BW voor alle zekerheid art. 6:2 BW van overeenkomstige toepassing voor de periode waarin (nog) geen eigenlijke regresverbintenis bestaat.⁷⁶

⁷⁵ Zo in essentie Schuijling 2016, p. 162-164.

⁷⁶ Zie HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, NJ 2016/196 (*Melis & ASR/Achmea*). Vgl. Schoordijk 1979, p. 83-84, die de toegevoegde waarde van art. 6:8 BW in twijfel trekt (overigens ook die van art. 6:2 BW). Vgl. ook Polak & Van Mierlo 1998, p. 134.

Een belangrijke functie van art. 6:2/6:8 BW is de aanvullende werking:⁷⁷ de hoofdelijke debiteuren kunnen jegens elkaar gehouden zijn tot een zekere zorg, ook als die gehoude-
heid niet met zoveel woorden op wet of onderlinge afspraak is terug te voeren.⁷⁸ Zo geldt
dat hoofdelijke debiteuren rekening dienen te houden met de voor hen kenbare belangen
van mededebiteuren; zij mogen deze belangen niet op onaanvaardbare wijze veronachtza-
men.⁷⁹ Uit de normstellende functie die redelijkheid en billijkheid aannemen in de verhou-
ding tussen hoofdelijke debiteuren, kunnen dus ongeschreven verplichtingen voortvloeien.
De precieze aard, reikwijdte en sanctionering van die verplichtingen is afhankelijk van de
aard van de hoofdelijkheid en de omstandigheden van het geval. Denkbaar is dat op deze
wijze verplichtingen tot zorg, bijstand, mededeling, medewerking en vrijwaring tussen de
hoofdelijke debiteuren ontstaan. Hierna worden een aantal van deze verplichtingen
besproken.

5.3.2 *Medewerken en mededelen*

Een eerste voorbeeld betreft de onderlinge medewerkingsplicht tussen hoofdelijke debiteu-
ren die van elkaars bestaan en belangen op de hoogte zijn. De precieze reikwijdte van die
verplichting is afhankelijk van de aard van de hoofdelijkheid en de omstandigheden van
het geval. In het arrest *Melis & ASR/Achmea* werd bijvoorbeeld denkbaar geacht dat de
aangesproken debiteur op grond van art. 6:8 BW de mededebiteur op de hoogte moest
stellen van het feit dat hij aansprakelijk was gesteld.⁸⁰ Het ging, kort gezegd, over de lang-
slepende procedure tussen een van de hoofdelijke debiteuren en de crediteur, die na jaren
tot betaling van de hoofdelijk verschuldigde prestatie leidde en waarvan de andere hoofde-
lijke debiteur niet op de hoogte was. Denkbaar is dus, aldus de Hoge Raad, dat de aange-
sproken debiteur op grond van art. 6:8 BW rekening moet houden met de belangen van
de andere debiteur en laatstgenoemde op de hoogte moet stellen van de aansprakelijkstel-
ling. Het instellen van een regresvordering kan in uitzonderlijke gevallen stuiten op de
muur van beperkende werking van redelijkheid en billijkheid of rechtsverwerking, aldus
in essentie de Hoge Raad:

“Hoofdelijke schuldenaren zijn, ook voordat een regresvordering ontstaat, in
hun onderlinge verhouding verplicht zich te gedragen overeenkomstig de eisen

77 Vgl. over de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid bij hoofdelijkheid Van Neer-van den Broek 1988, p. 116.

78 Bestaat tussen de hoofdelijke debiteuren een rechtsverhouding zoals overeenkomst of gemeenschap waar reeds bepaalde normen uit voortvloeien, dan zullen die allicht duidelijker vorm kunnen geven aan de hierbedoelde verplichtingen ex art. 6:8 jo 6:2 BW.

79 HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, NJ 2016/196 (*Melis & ASR/Achmea*).

80 HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, NJ 2016/196 (*Melis & ASR/Achmea*).

van redelijkheid en billijkheid (art. 6:8 in verbinding met art. 6:2 BW). Dit kan echter niet meebrengen dat, indien een hoofdelijk schuldenaar — ondanks bekendheid met het feit dat hij een regresvordering uit hoofde van art. 6:10 zal krijgen — degene op wie hij later regres wil gaan nemen daarvan niet op de hoogte stelt, de verjaringstermijn met betrekking tot de nog niet ontstane regresvordering gaat lopen.

Maar in gevallen waarin de regresvordering van art. 6:10 niet is verjaard, is niet uitgesloten dat het instellen van die rechtsvordering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, dan wel dat de regresnemer zijn recht heeft verwerkt, op grond van feiten en omstandigheden die (mede) hebben plaatsgevonden voordat de regresvordering is ontstaan, bijvoorbeeld in verband met de omstandigheid dat de hoofdelijke schuldenaar reeds voordien bekend was met het feit dat de regresvordering zou ontstaan maar de voor hem kenbare belangen van degene op wie hij later regres wil nemen, op onaanvaardbare wijze heeft veronachtzaamd.”⁸¹

Dat ‘op onaanvaardbare wijze veronachtzamen’ (vgl. art. 6:8 jo 6:2 lid 2 BW en art. 3:13 BW) kan met zich brengen, zo begrijp ik deze overwegingen, dat onder omstandigheden op de aangesproken debiteur de plicht rust om de hem bekende mededebiteur(en) van de aansprakelijkstelling op de hoogte te stellen. Doet hij dat niet en veronachtzaamt hij aldus op onaanvaardbare wijze de belangen van die mededebiteur(en), dan kan hem de uitoefening van het regresrecht (in zoverre) niet toegestaan zijn. Overigens is in geval van verzaking van een verplichting ex art. 6:8 jo 6:2 BW een andere, meer proportionele sanctie ook denkbaar (en in bepaalde gevallen wellicht zelfs verkieslijker), namelijk die van schadevergoeding ex art. 6:74 BW. In dat geval zal de regresvordering op zichzelf wel kunnen worden uitgeoefend, maar alleen onder verrekening van de schadevergoeding die de regresplichtige heeft op de regresgerechtigde vanwege het verzaken van de mededelingsplicht.

In het verlengde van de verplichting om de mededebiteur(en) op de hoogte te stellen van een aansprakelijkstelling, ligt de vraag of de aangesproken debiteur ook de verplichting heeft aan de andere debiteuren mededeling te doen van het feit dat hij tot betaling aan de crediteur is overgegaan. Het is uiteraard *zinnig* als de hoofdelijke debiteur die betaalt aan de crediteur, hiervan mededeling doet aan de (hem bekende) overige debiteuren. Deze zijn er dan van op de hoogte dat de prestatie verricht is, dat dientengevolge ook hun verbintenissen teniet zijn gegaan, en dat de crediteur dus geen aanspraken meer geldend kan maken. Een dergelijke mededeling voorkomt dat de crediteur meermalen de verschuldigde

81 HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, NJ 2016/196 (*Melis & ASR/Achmea*).

prestatie in ontvangst neemt; zij neemt aldus het risico weg dat de crediteur de onverschuldigd ontvangen prestatie(s) niet zal (kunnen) restitueren.

Het is dus zeker zinvol als een dergelijke mededeling wordt gedaan, maar is de betalende debiteur hiertoe ook verplicht? Voor de betalende borg is een dergelijke mededelingsplicht opgenomen in art. 7:867 BW. Op grond van die bepaling kan de hoofdschuldenaar die, onwetend van de betaling door de borg, zijn schuld aan de crediteur voldoet, volstaan met het cederen aan de borg van zijn vordering uit onverschuldigde betaling op de crediteur.⁸² De borg/cessionaris moet het onverschuldigd betaalde dan maar zien te incasseren van de crediteur;⁸³ de sanctie op niet-nakoming van de mededelingsplicht is dus dat de borg belast wordt met het risico van insolventie van de crediteur, maar ook met de kosten van inning en zelfs met de gevolgen van een eventueel beroep van de crediteur op verrekening. De crediteur kan immers op grond van art. 6:130 BW een eventuele opeisbare tegenvordering op de hoofdschuldenaar in verrekening brengen met de gecedeerde vordering uit onverschuldigde betaling. De sanctie bij niet-nakoming van de mededelingsplicht door de borg is dus in sommige gevallen zwaar,⁸⁴ omdat het aankomt op de solventie, betalingsbereidheid en verrekeningsbevoegdheid van de crediteur.

Ik ben geneigd om analoge toepassing van art. 7:867 BW op alle hoofdelijke verbintenissen af te wijzen. Een constructie zoals is gebruikt in art. 7:867 BW is namelijk alleen onverkort toepasbaar indien de debiteur die als tweede betaalt, tevens de intern geheel draagplichtige debiteur is. Hoe moet men zich de cessieplicht van art. 7:867 BW voorstellen als twee hoofdelijke debiteuren A en B intern draagplichtig zijn voor respectievelijk 1/3 en 2/3? Stel dat eerst A betaalt en B daarna nog eens. B heeft onverschuldigd betaald. Neemt men aan dat analoge toepassing van art. 7:867 BW zonder meer mogelijk is,⁸⁵ hoe stelt men zich dan de effectuering van de draagplicht voor? Hoeft B, die als tweede betaalde, slechts de vordering uit onverschuldigde betaling aan A over te dragen, zonder nadere regresplicht? Voldoet de crediteur deze vordering, dan is het gevolg dat B meer dan zijn aandeel draagt. Voldoet de crediteur deze vordering niet, dan draagt A meer dan zijn aandeel. Het moge duidelijk zijn dat dit niet juist kan zijn, maar evenmin kan men van B eisen dat deze *zowel* 2/3 aan A betaalt als zijn vordering op de crediteur overdraagt aan A. Mogelijke constructies om aan deze ongewenste consequenties te ontkomen, zijn de volgende. In de eerste plaats zou men B verplicht kunnen achten om zijn restitutievordering

82 Zie Asser/Van Schaick 7-VIII 2012, nr. 120 over de vraag of dit een passende sanctionering is.

83 Vgl. ook art. 6:34 BW, dat bijv. ingeval van subrogatie de debiteur beschermt in diens goede trouw ten aanzien van de rechtsovergang. Op grond van art. 6:36 BW heeft de werkelijk gerechtigde verhaal op de ontvanger van de prestatie.

84 De sanctie is wellicht forser dan onder de werking van art. 1879 lid 1 BW (oud); Asser/Kleijn 5-IV 1988, nr. 171 meent bijv. dat het terugvorderingsrecht van de borg uit art. 1879 BW (oud) een verrijkingsactie is. Het was in elk geval geen gecedeerde vordering van de hoofdschuldenaar, zodat tegenwerping aan de cessionaris van de verrekening met een vordering op de cedent naar oud recht zeker niet mogelijk was.

85 Aldus – zonder nadere uitwerking – Schoordijk 1979, p. 84.

op de crediteur niet in haar geheel, maar slechts voor 2/3 te cederen aan A, zodat A per saldo 2/3 van hetgeen hij betaalde geretourneerd krijgt en B het restant van de restitutievordering, te weten 1/3, zelf kan innen bij de crediteur. Dit betekent overigens dat het incassorisico niet uitsluitend bij A rust, maar tevens op B wordt afgewenteld. Bij 'gewone' gevallen van dubbele betaling – mits de tweede betaling op redelijke gronden plaatsvond – lijkt mij dit een alleszins verdedigbare oplossing,⁸⁶ maar voor het geval de dubbele betaling voorkomen had kunnen worden door middel van mededeling door A aan B van de eerste betaling, lijkt mij dit een onjuiste benadering. Voor die gevallen zou ik het juist achten om B niet te verplichten tot overdracht van de restitutievordering. De tweede debiteur behoudt aldus zijn vordering uit onverschuldigde betaling, maar hij kan wel de eerstbetalende debiteur aanspreken tot vergoeding van eventuele schade die het gevolg is van de niet-nakoming van de mededelingsplicht.⁸⁷ Dit recht op schadevergoeding is beperkt tot de schade door insolventie en de inningskosten. Geen recht bestaat op vergoeding van 'schade' die ontstaat door een beroep van de crediteur op verrekening. Verrekening met de schuld uit onverschuldigde betaling is immers slechts een wijze van betaling door de crediteur; enig rechtens relevant nadeel lijdt de tweede debiteur hierdoor niet.

In afwachting van de restitutie door de crediteur zou het de tweede debiteur toegestaan moeten worden betaling van zijn regressschuld aan de eerstbetalende debiteur op te schorten. Hoewel de wet voor een dergelijke opschorting geen aanknopingspunt biedt, meen ik dat redelijkheid en billijkheid ertoe nopen de opeisbaarheid van de regresvordering van de eerstbetalende debiteur afhankelijk te stellen van de genoemde restitutie.

Dit alles komt overigens slechts aan de orde als de hier verdedigde mededelingsplicht inderdaad is geschonden. Van schending kan pas sprake zijn als de eerstbetalende debiteur ervan op de hoogte is dat er nog andere debiteuren zijn, tot wie hij in een hoofdelijkheidsverhouding staat. Mededeling kan immers pas geschieden als de identiteit van de betreffende debiteur(en) bekend is.⁸⁸ Dat zal bij een contractuele rechtsverhouding tussen de betreffende hoofdelijke debiteuren eerder het geval zijn dan bij zuiver toevallig samenlopende verbintenissen.⁸⁹ Als gezegd lijkt mij voor de 'gewone' dubbele betaling verdedigbaar dat de

86 M.i. is hier grond voor (analoge) toepassing van art. 6:34 en 6:36 BW: de tweede betaler dacht op redelijke gronden te betalen aan de werkelijk gerechtigde, de crediteur. In werkelijkheid was deze reeds voldaan en moest de tweede debiteur niet aan hem betalen, maar – voor zover hij draagplichtig was – aan de debiteur die het eerste betaalde. Vgl. Rongen 1998, p. 457.

87 In dezelfde zin Parl. Gesch. Boek 7, p. 467, voor de gevallen van borgtocht waarin de borg in enige mate draagplichtig is. Voorts wordt de hier bedoelde schadevergoedingsplicht ook wel aangenomen in het geval waarin de hoofdschuldenaar betaalt zonder de borg hiervan op de hoogte te stellen; zie bijv. Asser/Kleijn 5-IV 1988, nr. 171, Du Perron 1995, p. 377.

88 Het is om die reden correct dat het spiegelbeeld van art. 7:867 BW, te weten het geval dat de hoofdschuldenaar eerst betaalt en de borg als tweede betaalt, ongeregeld is gebleven. De hoofdschuldenaar hoeft namelijk in het geheel niet op de hoogte te zijn van het bestaan van de borgtocht.

89 Andersoortige mededelingsplichten vloeien daarom veelal voort uit de specifieke contractuele rechtsverhouding tussen partijen.

tweede debiteur, aan wie de restitutievordering toekomt, verplicht is om deze *pro rata* te cederen aan de debiteur die als eerste betaalde.

Hier kan ook nog worden genoemd de verplichting tot medewerking die verplicht tot ruggespraak. In het geval dat aan een van de hoofdelijke debiteuren een aanbod tot afstand als bedoeld in art. 6:9 lid 1 BW wordt gedaan, kan naar mijn mening worden aangenomen dat deze debiteur tot wie het bedoelde aanbod wordt gericht, jegens zijn mededebiteuren is gehouden (op grond van art. 6:8 jo 6:2 BW) om niet zonder meer tot aanvaarding over te gaan maar om eerst ruggespraak te houden. Een andere debiteur kan er namelijk belang bij hebben zijn schuld te behouden; daarnaast moet worden voorkomen dat hem een ongewild voordeel wordt opgedrongen. De ongeschreven plicht tot ruggespraak kan uiteraard alleen worden geschonden als de debiteur tot wie het aanbod was gericht, van het bestaan en de identiteit van andere debiteuren op de hoogte was.

5.3.3 *Volgplicht*

Hoofdelijke debiteuren staan weliswaar tot elkaar in een door redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding, maar dat betekent niet dat ze verplicht zijn elkaar te volgen in hun gedragingen jegens de crediteur. In de literatuur is wel bepleit dat in geval van samenlopende dekking bij schadeverzekeringen, en dan met name aansprakelijkheidsverzekeringen, de redelijkheid en billijkheid met zich brengen dat de overige verzekeraars de aangesproken en dus afwikkellende verzekeraar dienen te volgen, mits deze de afwikkeling als redelijk handelend verzekeraar heeft aangevat.⁹⁰ Een volgplicht houdt in dat de aangesproken verzekeraar de zaak van de verzekerde in behandeling neemt en in zijn verhouding tot de volgende verzekeraars bevoegd is om de schadeafwikkeling ter hand te nemen en hen in de interne verhouding te binden aan het eindresultaat. In art. 7:961 BW, waar is bepaald dat *als* sprake is van samenlopende dekking bij schadeverzekeringen, elk van de verzekeraars voor het geheel kan worden aangesproken en zij onderling regres hebben,⁹¹ wordt niets bepaald over de volgplicht.

In de rechtspraak is nadere invulling gegeven aan de interne rechtsverhouding bij art. 7:961 BW. Als een van de verzekeraars geen dekking hoeft te verlenen vanwege verzwijging, is er geen sprake van samenloop en komt men aan regres niet toe, aldus de Hoge Raad in

90 Bijv. Wansink 2006, p. 218-219; Stadermann 2005, p. 161; Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 2012, nr. 490.

91 Zoals uiteengezet in par. 3.5.2 is er naar mijn mening sprake van samenlopende en dus hoofdelijke verbintenissen van de verzekeraars jegens de verzekerde.

2014.⁹² Dat geldt dan a fortiori voor een volgplicht. In 2006 oordeelde de Hoge Raad over een contractueel verweermiddel dat aan de volgende verzekeraar opkomt na het verzekerd voorval. De volgende verzekeraar verweerde zich tegen de regresvordering met een beroep op de contractuele meldplicht van de verzekerde. Die had allicht niet gemeld want hij had zich bij de andere verzekeraar vervoegd voor uitkering. De Hoge Raad achtte het beroep op het beding in de onderlinge regresverhouding niet te rijmen met het stelsel van art. 7:961 BW: de situatie van de dubbele verzekering bracht immers mee dat de verzekerde geen belang meer had bij melding van het voorval bij de volgende verzekeraar, en dus kan de volgende verzekeraar zich niet beroepen op het ontbreken van een melding. De Hoge Raad had daar kunnen stoppen, maar voegt eraan toe:

“Dit stelsel brengt mee dat de verzekeraar die niet door de verzekerde onder de samenlopende polis is aangesproken en daarom niet tot uitkering heeft behoeven over te gaan, de beslissing van de wel aangesproken verzekeraar omtrent hoogte en modaliteiten van de uitkering dient te volgen, zolang die schaderegeling toetsing aan de norm van een redelijk handelende verzekeraar kan doorstaan, welke norm onder omstandigheden kan meebrengen dat de andere verzekeraar op de hoogte wordt gehouden van het verloop van de schaderegeling of zelfs aanspraak heeft op overleg omtrent principiële beslissingen, dan wel beslissingen met aanzienlijke financiële implicaties.”

De Hoge Raad volgt dus de bovengenoemde literatuur die de volgplicht bepleitte, en formuleert als tegenwicht dat de volgende verzekeraars er recht op hebben om ingelicht te worden en om onder omstandigheden zelfs overleg te vorderen over het in te nemen standpunt.⁹³

Er valt veel te zeggen over de volgplicht en haar reikwijdte; ik volsta met de opmerking dat voor mij niet apert duidelijk is waar beslissingen ‘omtrent hoogte en modaliteiten van de uitkering’ eindigen en verweermiddelen die wel tegenworpen kunnen worden in de regresverhouding (zoals kernbedingen rondom primaire dekking) beginnen.⁹⁴ Ook is niet duidelijk in hoeverre de volgplicht tot vertegenwoordigingsbevoegdheid leidt: binden beslissingen van de behan-

92 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1678, NJ 2014/427 (*Goudse/Aegon*).

93 Zo Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 2012, nr. 490. Een nader, wettelijk tegenwicht is bovendien dat de aangesproken verzekeraar van de verzekerde informatie mag opvorderen over eventuele samenlopende dekkingen (art. 7:961 lid 1 BW).

94 Over de reikwijdte Van der Moolen 2007 en Van der Moolen 2008.

delende verzekeraar ook de volgende verzekeraar in diens verhouding tot de verzekerde?⁹⁵

5.3.4 *Vrijwaringsplicht*

De redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 BW eisen in de eerste plaats dat elke hoofdelijke debiteur zijn aandeel in de hoofdelijk verschuldigde prestatie draagt en zijn mededebiteuren niet onnodig belast met de kosten en risico's die zijn gemoeid met het 'voorschieten' van het aandeel dat de desbetreffende debiteur draagplichtig is. In Duitsland spreekt men in dit verband van een 'Befreiungsanspruch' (bevrijdingsaanspraak): de debiteuren zijn jegens elkaar verplicht om mee te werken aan de nakoming, opdat geen noodzaak van regres ontstaat.⁹⁶ Immers: als elke debiteur het zijne doet aan de nakoming jegens de crediteur, is regres niet nodig. Naar mijn mening moet ook voor ons recht het bestaan van vrijwaringsplichten tussen hoofdelijke debiteuren worden aangenomen.⁹⁷ De grondslag hiervoor is gelegen in de redelijkheid en billijkheid van art. 6:8 jo art. 6:2 BW, die debiteuren ertoe verplichten rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen.

Neemt men het bestaan van een 'bevrijdingsaanspraak' aan, dan heeft dat in elk geval twee consequenties. In de eerste plaats betekent het dat er al enige vorm van een vorderingsrecht tussen hoofdelijke debiteuren bestaat nog voor er betalingen zijn gedaan aan de crediteur. Men zal in dat geval goed moeten onderscheiden tussen ten minste drie verschillende vorderingsrechten: de bevrijdingsaanspraak, het latere regresrecht en het eerdere of latere recht op bijdrage in de kosten.

Een tweede consequentie is dat de procesrechtelijke vrijwaring eenvoudig ingepast kan worden;⁹⁸ oproeping in vrijwaring geschiedt dan niet alleen ter fine van de voorwaardelijke veroordeling tot het dragen van de financiële gevolgen van een vonnis in de hoofdzaak (in wezen een voorwaardelijke ver-

95 Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 2012, nr. 490 lijken bijv. te suggereren dat bij samenlopende aansprakelijkheidsverzekeringen de erkenning van aansprakelijkheid door de een de anderen zou binden.

96 In Duitsland wordt de 'Befreiungsanspruch' gezien als de voorfase van de regresvordering: de debiteuren zijn jegens elkaar verplicht om mee te werken aan de nakoming, zodat idealiter geen noodzaak van regres ontstaat. Is die noodzaak er wel, dan wordt de 'Befreiungsanspruch' als het ware geconverteerd. Zie Van Boom 1999, p. 139-140; vgl. over de verhouding tussen medewerkingsplicht en regres uitgebreid Meier 2010, p. 316 e.v.

97 Uitdrukkelijk anders Van Weel 1863, p. 238-239.

98 Die inpassing geschiedt veelal in de vorm van een 'voorwaardelijke rechtsvordering'; zie bijv. De Folter 2009, p. 15.

oordeling tot het nakomen van een toekomstige vordering),⁹⁹ maar ook ter uitvoering van een direct opeisbare ‘bevrijdingsaanspraak’.

De hier bedoelde vrijwaringsplicht moet overigens niet worden verward met de schuldenaarszijde van het regresrecht: het regresrecht wordt relevant zodra de debiteur die de prestatie heeft verricht, niet ook de draagplichtige debiteur is, terwijl de vrijwaringsplicht er juist toe strekt dat de draagplichtige debiteur de prestatie verricht opdat helemaal geen regresrecht behoeft te worden ingeroepen.¹⁰⁰ De materieelrechtelijke vrijwaringsplicht vertoont raakvlakken met de procesrechtelijke vrijwaring (art. 68 e.v. Rv). Op grond van die regeling kan een in rechte tot betaling aangesproken hoofdelijke debiteur zijn mededebiteuren in vrijwaring oproepen.¹⁰¹ Dit rechtsmiddel strekt er voornamelijk toe alle debiteuren tezamen met de crediteur in hetzelfde geding te betrekken, opdat in het geval van een veroordelend vonnis direct de draagplicht tussen de debiteuren onderling wordt vastgesteld, en kosten en tijd gemoeid met regres tot een minimum worden beperkt. De materiële vrijwaringsplicht is echter een plicht om mee te werken aan de nakoming jegens de crediteur en staat in zoverre los van de processuele vrijwaring, die veeleer een doelmatig procesinstrument is om een regresrecht te effectueren.

De vrijwaringsplicht brengt met zich dat de draagplichtige debiteur in voorkomende gevallen veroordeeld kan worden tot nakoming van deze plicht, en eventueel gehouden is de kosten en de schade te vergoeden aan de niet-draagplichtige debiteur, die het gevolg zijn van toerekenbaar tekortschieten in de vrijwaringsplicht. Overigens vooronderstelt dit wel bekendheid van de vrijwaringsplichtige debiteur met (de aansprakelijkheid van) de andere debiteur en met de omvang van de eigen draagplicht. Ontbreekt deze (objectieve) wetenschap, dan kan mijns inziens van verzaking van enige vrijwaringsplicht geen sprake zijn.¹⁰² In de gevallen waarin deze wetenschap wél bestaat, zal bovendien veelal sprake zijn van een bijzondere rechtsverhouding tussen de debiteuren onderling, waaruit de vrijwaringsplicht ook al voortvloeit. De praktische behoefte aan een algemene vrijwaringsplicht is mede daarom niet groot; bovendien bestaat er voor verhaal van bijkomende kosten op mededebiteuren een uitdrukkelijke regeling in art. 6:10 BW. Wel kan de vrijwaringsplicht dienen ter verklaring van, of juist als richtlijn bij de toepassing van de bestaande geschreven rechtsplichten van hoofdelijke debiteuren. Zie daarover ook hierna paragraaf 5.5.2.

99 Vgl. Boonekamp 2013, p. 161.

100 Vgl. Aubel 1976, p. 25.

101 Diephuis 1886, p. 178, Asser/Limburg 1905, p. 63, Asser/Van Goudoever 1913, p. 78, Asser/Rutten 1981, p. 96, Asser/Hartkamp-Sieburgh 6-I 2012, nr. 113, Hugenholtz/Heemskerk 2015, nr. 100. Vgl. HR 20 november 1981, ECLI:NL:HR:1987:AD0107, NJ 1982/174 (*Rollman/Varecza & Van Opzeeland*). Vgl. HR 29 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1941, NJ 1996/332 (*Franzetti/Suikerunie II*).

102 Zie ook hierna par. 5.5.2.

5.4 DRAAGPLICHT

5.4.1 *Van algemeen naar concreet*

De tekst van art. 6:10 BW spreekt heel algemeen van de maatstaf “de mate waarin de schuld de debiteuren aangaat”. De wetgever verdedigt deze blanco regresmaatstaf met de redenering dat geen concretere regels zijn te geven die algemeen toepasbaar zijn.¹⁰³ De Hoge Raad refereert ook regelmatig aan deze maatstaf.¹⁰⁴ Voor nadere invulling van deze blanco regresmaatstaf van art. 6:10 BW zal op andere bronnen en dus grondslagen van verbintenis moeten worden teruggegrepen.

In paragraaf 5.1 werden als rechtsgrond van regres met name de billijkheid genoemd en als rechtvaardiging het voorkomen van ongerechtvaardigde verrijking en verarming. Deze noties luiden en gelden zo algemeen, dat zij nauwelijks richting geven aan beantwoording van de vraag *wie* in een concreet geval van meerdere hoofdelijke debiteuren de meest aangewezen persoon is om de lasten van de prestatie te dragen. Stelt men de vraag echter zo algemeen, dan is zij niet te beantwoorden.¹⁰⁵ Hooguit kunnen een aantal uitgangspunten worden gecatalogiseerd, aan de hand waarvan meer concrete antwoorden voor meer concrete casus gevonden kunnen worden. Aan de hand van deze methode kunnen enige algemene uitgangspunten worden geformuleerd.¹⁰⁶ Dergelijke uitgangspunten geven meer richting dan een blanco regresmaatstaf als ‘de mate waarin de schuld de debiteur aangaat’. Bedacht dient wel te worden dat bij toepassing van deze algemene uitgangspunten op concrete casus kan blijken dat meerdere uitgangspunten om toepassing strijden. In voorkomende gevallen zullen de concrete omstandigheden doorslaggevend moeten zijn.

5.4.2 *Draagplicht naar gelijke delen*

In de oudere literatuur wordt wel verdedigd dat hoofdelijke debiteuren in beginsel naar gelijke delen draagplichtig zijn, tenzij iets anders volgt uit hun onderlinge rechtsverhouding.¹⁰⁷ Deze gedachte komt neer op een praktische restregel: als er geen aanwijzingen zijn

¹⁰³ Parl. Gesch. Boek 6, p. 108.

¹⁰⁴ Bijv. HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206, NJ 2012/447 (*Janssen q.q./JVS Beheer*).

¹⁰⁵ Zo ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 108 en Bloembergen 1965, p. 139.

¹⁰⁶ Zie bijv. De Kok 1965, p. 128 e.v. en Friedmann & Cohen 1991, § 11-72 e.v.

¹⁰⁷ Zie bijv. Van Weel 1863, p. 300, Diephuis 1886, p. 197, Suijling 1936, p. 110, Hofmann/Van Opstall 1959, p. 233 nt. 1, Asser/Rutten 1981, p. 110, Spier 1992, p. 39 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012, nr. 122. Hartkamp en Sieburgh verwijzen naar Parl. Gesch. Boek 6, p. 138 (lees: p. 108); bedoeld zal zijn de passage die betrekking heeft op hetgeen ik hierna in de hoofdtekst citeer. Voorts verwijzen zij naar De Kok 1965, p. 21 e.v. Hij spreekt echter slechts over gevallen waarin de (buitenlandse) wet uitdrukkelijk gelijke verdeling gebiedt. Zie ook Segers 1920, p. 419 en Wolfsbergen 1946, p. 239, die m.i. ten onrechte menen dat in de artt. 1328 en 1329 BW (oud) een gelijke draagplicht voor hoofdelijke debiteuren is neergelegd. Zie voorts

voor een andere verdeling, dan zijn de debiteuren gelijkelijk draagplichtig.¹⁰⁸ De wetgever stond niet afkerig tegenover een dergelijke restregel:

“In ieder geval is het niet wenselijk – gelijk in sommige buitenlandse wetboeken is bepaald – als hoofdregel voorop te stellen dat de schuldenaren voor gelijke delen in de schuld moeten bijdragen; de uitzonderingen zouden dan belangrijker zijn dan de hoofdregel. Vanzelfsprekend is echter, indien geen van de hierboven aangegeven omstandigheden en beginselen uitsluitel geeft, een draagplicht voor gelijke delen ook volgens het ontwerp de aangewezen oplossing.”¹⁰⁹

Afgezien van de vraag hoe zwaar men de ‘bewijslast’ in voorkomende gevallen wil laten wegen, is de inzet van de restregel duidelijk: aanvaardt men de restregel van de gelijke verdeling, dan is degene die een afwijkende verdeling van draagplicht wil, aan zet.¹¹⁰ Verwerpt men de restregel, dan is het per definitie aan de debiteur die de hoofdelijke prestatie heeft verricht, om aannemelijk te maken *dat en in welke mate* zijn mededebiteuren draagplichtig zijn.¹¹¹

Het lijkt erop dat de Hoge Raad ook wel gecharmeerd is van de ‘restregel’-benadering. Zo oordeelde deze in een regresgeschil tussen concernmaatschappijen over de interne draagplicht voor een krediet:

“Uit de rechtsverhouding die tussen de schuldenaren bestaat, kan een andere verdeling van die onderlinge draagplicht volgen, op grond waarvan de schuldenaar die meer heeft betaald dan hem in de onderlinge verhouding aangaat, regres kan nemen op de andere schuldenaar of schuldenaren (vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 97). Het Hof had derhalve moeten ingaan op de stelling van JVS dat zij in haar onderlinge verhouding tot Cekadak niet draagplichtig is, omdat de schuld binnen het concern waarvan JVS en Cekadak deel uitmaken, voor rekening komt van Cekadak.”¹¹²

Meijers 1948, p. 160 nt. 1, die ten onrechte stelt dat HR 30 oktober 1925, NJ 1926/157 (*NV Van Nievelt Goudriaan & Co's Stoomvaartmaatschappij/Compagnie Auxiliaire de Navigation & Volker*) de restregel van gelijke draagplicht aanvaardt. Het arrest zwijgt m.i. over deze kwestie.

108 Aldus letterlijk art. III-4:106 DCFR, waarover Von Bar & Clive 2010, p. 983-984.

109 Parl. Gesch. Boek 6, p. 108 (noot in het citaat weggelaten). Vgl. Van Buchem-Spakens 1982, p. 22.

110 In deze zin Diephuis 1886, p. 197. Vgl. Hof 's-Gravenhage 4 januari 1918, W. 10270 (*Staat Rumenië/NV Maatschappij s.s. 'Josephina'*). Voor bewijslastverdeling geldt algemeen gesproken dat degene die regres stelt te kunnen nemen voor een bepaald bedrag, de feiten moet bewijzen die deze stelling schragen; vgl. HR 4 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6769, NJ 2016/197 (*Huisman q.q./Hoskens*); Boonekamp 2016, p. 52.

111 Vgl. Loeff 1891, p. 253, die meent dat de regresnemer de omvang van het regresrecht jegens de aangesprokene dient te bewijzen.

112 HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206, NJ 2012/447 (*Janssen q.q./JVS Beheer*).

Per saldo heeft het niet mijn voorkeur om de gelijke verdeling als *regel* te aanvaarden,¹¹³ als het gevolg daarvan kan zijn dat de rechter ongemotiveerd kan vaststellen dat hem geen omstandigheden zijn gebleken die een andere verdeling rechtvaardigen. Enig inzicht in de redengeving voor de verdeling naar gelijke delen wordt aldus niet gegeven. Het verdient naar mijn mening integendeel de voorkeur om steeds aan te geven waarom tot de betreffende verdeling wordt besloten. Ook als de debiteuren gelijkkelijk draagplichtig zijn, moet daar (bij benadering) een motivering voor kunnen worden gegeven.¹¹⁴ Zo zou men mededaders van een strafrechtelijk vergriep in gelijke delen draagplichtig kunnen achten,¹¹⁵ bijvoorbeeld omdat men juist niet naar de veroorzakingsbijdrage wil kijken doch juist het collectieve wilselement wil uitdrukken.

Een ander geval waarbij draagplicht naar gelijke delen een goed uitgangspunt kan zijn, doet zich voor bij hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van art. 6:99 BW. De grondslag voor hoofdelijkheid is daar in de alternatieve causaliteit gelegen en in het ontbreken van bewijs van werkelijke veroorzaking. Als de schade een gevolg kan zijn van twee of meer gebeurtenissen voor elk waarvan een andere persoon aansprakelijk is, en het vaststaat dat de schade door ten minste één van deze gebeurtenissen is ontstaan maar niet is te bewijzen welke van deze gebeurtenissen de schade daadwerkelijk heeft veroorzaakt, dan dragen de aangesproken personen hoofdelijk de last van de onmogelijkheid om de daadwerkelijke oorzaak aan te wijzen. Die last wordt gelijkkelijk gedeeld in de interne verhouding als ook daar niet valt vast te stellen in welke mate de gebeurtenissen tot het ontstaan van de schade hebben bijgedragen. De draagplicht voor gelijke delen wijkt echter als de in regres aangesproken partij omstandigheden weet te stellen en te bewijzen die een andere verdeling juist maakt.¹¹⁶

5.4.3 *Vaste verdeelsleutels*

In het Zwitserse recht bestaat er bij mede-aansprakelijkheid uit verschillende rechtsgronden een zogeheten ‘Kaskadenhaftung’. Dit houdt een vaste verdeling in van draagplicht tussen hoofdelijk aansprakelijke personen. De toedelingsvolgorde is op grond van art. 51 Obligationenrecht (OR) als volgt: de eerst aangewezen om de lasten te dragen is de hoofdelijke debiteur die op grond van ‘Verschulden’ aansprakelijk is voor zijn ‘unerlaubte Handlung’; de tweede is degene die ‘vertraglich’ aansprakelijk is; degene die op grond van de wet buiten

113 Aldus ook De Kok 1965, p. 21.

114 Vgl. bijv. Parl. Gesch. Boek 6, p. 662 voor de argumenten die de wetgever aandroeg voor draagplicht naar gelijke delen bij art. 6:166 lid 2 BW; daarover Boonekamp 2013, p. 155 e.v.

115 Zo althans HR (strafkamer) 7 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3021, NJ 2008/420.

116 Aldus HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0873, NJ 2012/614 (*London Verzekeringen/Delta Lloyd Schadeverzekering*).

schuld en buiten contract aansprakelijk is, dient pas als allerlaatste de schade te dragen.¹¹⁷ Art. 51 OR spreekt aan wat betreft eenvoud, maar mist de nodige nuancering om in voorkomende gevallen een op maat gesneden draaglastverdeling te bewerkstelligen.

Het zal niet verbazen dat ons recht geen categorische verdeelsleutels kent zoals in Zwitserland worden gebruikt.¹¹⁸ Zij zouden ook zeker niet in een rechtstelsel als het onze passen, omdat – afgezien van de overweging dat een dergelijke bepaling in concrete gevallen soms weinig rechtvaardige gevolgen kan hebben¹¹⁹ – naar huidig recht lang niet altijd een glashelder onderscheid te maken valt tussen aansprakelijkheid uit contract en delict of tussen aansprakelijkheid op grond van schuld en risico.¹²⁰ Invoering van dergelijke vaste verdelingsmaatstaven zou daartoe wel moeten leiden; het toestaan van uitzonderingen op de vaste verdeelsleutel doet hier niet aan af.

Overigens kent ons recht wel het verschijnsel dat bepaalde personen in specifieke gevallen geheel draagplichtig of juist geheel vrij van draagplicht zijn.¹²¹ Een voorbeeld biedt art. 6:165 lid 2 BW. Als een gehandicapte op grond van art. 6:165 lid 1 BW ‘risico’-aansprakelijk is voor door hem toegebrachte schade, en naast de gehandicapte een derde schuld-aansprakelijk is wegens ontoereikend toezicht, dan is deze laatste intern volledig draagplichtig. Deze vaste toedelingsregel, die tegenwicht biedt aan de vergaande risico-aansprakelijkheid van gehandicapten, kan onder omstandigheden tot onbillijkheden leiden. Wat te denken van onverkorte toepassing van art. 6:165 lid 2 BW op de altruïstische oppas die, zonder een vergoeding te hebben bedongen, toezicht houdt op een puissant rijke gehandicapte? En zo zijn meer voorbeelden te verzinnen. Elke door wet of rechter gehanteerde vaste verdeelsleutel, dus ook die van art. 6:165 lid 2 BW, stuit vroeg of laat op een situatie die tot minder aansprekende uitkomsten leidt.¹²² Zodra zich dat voordoet, zal een uitzondering moeten worden geformuleerd op de vaste verdeelsleutels of zullen constructies worden bedacht om ze te omzeilen. Een vaste verdeelsleutel kan alleen dan standhouden als afwijking ervan onder omstandigheden is toegestaan. Ik denk in dit verband aan de ontsnappingsclausules van art. 6:166 lid 2 BW en art. 6:170 lid 3 BW. Voor het gros van

117 Art. 51 Obligationenrecht (OR) luidt: “1. Haften mehrere Personen aus verschiedenen Rechtsgründen, sei es aus unerlaubter Handlung, aus Vertrag oder aus Gesetzesvorschrift dem Verletzten für denselben Schaden, so wird die Bestimmung über den Rückgriff unter Personen, die einen Schaden gemeinsam verschuldet haben, entsprechend auf sie angewendet. 2. Dabei trägt in der Regel derjenige in erster Linie den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung verschuldet hat, und in letzter Linie derjenige, der ohne eigene Schuld und ohne vertragliche Verpflichtung nach Gesetzesvorschrift haftbar ist.”

118 Vgl. echter Bloembergen 1965, p. 140, die gecharmeerd lijkt van art. 51 OR; voorzichtiger is Spier 1992, p. 39.

119 Vgl. Spier 1992, p. 39.

120 Blijkbaar anders Castermans 1996, p. 194-195.

121 Ik noem hier het ontbreken van een regresmogelijkheid van de hoofdelijk aansprakelijke bestuurder ex art. 2:248 BW op de boedel van de gefailleerde rechtspersoon (HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO3873, NJ 2004/252), in het besef dat als hier al sprake was geweest van een regresrecht, dit niet uit hoofdelijkheid kan zijn ontstaan.

122 Zie hierover ook Van Boom 1998, p. 608-609.

de gevallen is het nog beter om een soepel hanteerbare maatstaf te gebruiken als vertrekpunt voor nadere concrete invulling. In die optiek is aan een vaste verdeling geen behoefte, ook niet bij wijze van restregel.¹²³ Hooguit zou een min of meer vaste verdeling zinvol kunnen zijn als het belang bij efficiënte afwikkeling van regresgevallen niet strijdt met het belang bij een op het specifieke geval toegesneden rechtvaardige verdeling.

Dat deed zich naar het lijkt volgens de Hoge Raad voor in het volgende geval. De Staat en de gemeente Rotterdam waren gezamenlijk aansprakelijk voor schade die ontstond door fouten van de Rotterdamse gemeentepolitie. Voor de interne draagplicht besliste de Hoge Raad dat de gemeente als eerstverantwoordelijke voor het politietoetreden in beginsel geheel draagplichtig is. Slechts als de fout het gevolg zou zijn van een onjuiste aanwijzing van het openbaar ministerie, is de Staat geheel draagplichtig. Voor andere verdelingen was volgens de Hoge Raad geen plaats: “Het belang van hanteerbaarheid van de tussen de Staat en gemeenten met een eigen politiekorps toe te passen regresregels verzet zich tegen verdergaande uitzonderingen; dit klemmt temeer nu (...) de onderscheidene aan de politie opgedragen taken onderling sterk verweven zijn.”¹²⁴

Afgezien van de vraag of onder de thans geldende Politiewet nog aldus zou worden beslist, betwijfel ik sterk of deze ‘zwart-wit’-benadering van de Hoge Raad gelukkig is. Gevallen waarin schade ontstaat door samenlopende fouten van politie en justitie, zijn niet moeilijk te bedenken. Spreekt het werkelijk aan om in die gevallen geen verdeling tussen gemeente en Staat te maken, maar om integendeel de gemeente omwille van hanteerbaarheid van regresregels de gehele schade te laten dragen? Ik herhaal: elke vaste verdeelsleutel stuit vroeg of laat op een situatie die tot minder aansprekende uitkomsten leidt. Dat pleit ook hier tegen vaste verdeelsleutels.

5.4.4 *Enige maatstaven ter bepaling van de draagplicht*

Algemeen: contract en wetsbepaling

Zoals in paragraaf 5.4.1 werd gesteld, geeft art. 6:10 BW zelf geen richtinggevende regresmaatstaf. Voor nadere bepaling van de regresmaatstaf tussen hoofdelijke debiteuren moet dus op andere bronnen van verbintenis worden teruggegrepen. Men kan zonder veel moeite hiërarchie aanbrengen in deze bronnen. Eerst moet worden bekeken of de debiteuren in een contractuele relatie tot elkaar staan die direct of indirect een maatstaf biedt voor de

¹²³ Zo ook Keirse & Jongeneel 2013, p. 156. Boonekamp 2013, p. 157 is wel gecharmeerd van de hoofdregel van art. 6:166 lid 2 BW, maar hij staat wel afwijking toe.

¹²⁴ HR 25 september 1992, NJ 1994/767 (*Staat/Rotterdam*).

draagplicht. Als de hoofdelijkheid van de debiteuren in verband staat met een contractuele relatie die zij onderhouden, dan zal de regresmaatstaf in die verhouding moeten worden gevonden. Kan de regresmaatstaf niet in een bestaande contractuele relatie worden gevonden, of is helemaal geen sprake van een contractuele relatie, dan zou men in een specifieke wetsbepaling een rechtstreeks toepasselijke regresmaatstaf kunnen aantreffen. Een bekend voorbeeld daarvan biedt art. 6:102 jo 6:101 BW. Aangezien de vragen die deze bepaling oproept van zowel praktisch als dogmatisch groot belang zijn, wordt daaraan hierna uitgebreid aandacht besteed.

Ontbreekt een rechtstreeks toepasselijke wetsbepaling, dan kunnen mogelijk in de andere bronnen van verbintenis aanknopingspunten worden gevonden voor een regresmaatstaf. Ik sprak in paragraaf 5.2.6 in dit verband van assimilatie van rechtsgronden, omdat in voorkomende gevallen bijvoorbeeld de zaakwaarnemingsidee van art. 6:198 BW of de verrijkingsidee van art. 6:212 BW indirect als verdelingsmaatstaf in de zin van art. 6:10 BW kan fungeren. Deze en soortgelijke algemene (en minder concrete) verdelingsmaatstaven worden hierna geschetst en ten slotte wordt aandacht besteed aan de regresmaatstaf tussen schadeverzekeraar en schadeveroorzaker.

Overeenkomst als regresmaatstaf

Alhoewel moet worden aangenomen – zo concludeerde ik in paragraaf 5.2.6 – dat het regresrecht van art. 6:10 BW in de regel als rechtsgrond zelfstandig bestaansrecht toekomt naast een contractuele actie, moet ook worden aangenomen dat de regresmaatstaf tussen contractanten in beginsel wordt bepaald door de contractuele rechtsverhouding. Deze kan uitdrukkelijk of impliciet een bepaalde draaglastverdeling met zich brengen; partijen zijn uiteraard vrij om zelf een verdeling van draagplicht af te spreken, tenzij deze afspraak – bijvoorbeeld wegens strijd met een dwingende regresregel – krachteloos blijft.¹²⁵ Een duidelijk voorbeeld van een contractuele verdelingsmaatstaf geven exonerationclausules. Deze zien op de uitsluiting van aansprakelijkheid in de contractuele verhouding tussen partijen; het is uiteraard een vraag van uitleg of een dergelijke uitsluiting mede beoogt te bewerken dat de wederpartij van de exonerant in verhouding tot deze volledig draagplichtig is. Naar mijn mening ligt een dergelijke uitleg zonder meer voor de hand.¹²⁶

Vaak kan een verdeling van draagplicht ook worden afgeleid uit *de aard* van de overeenkomst tussen partijen. De risicoverdeling die uit de aard van de overeenkomst voortvloeit, kan ook gelden als verdelingsmaatstaf bij hoofdelijkheid. Noodzakelijk is dit geenszins; veel zal afhangen van doel en strekking van de betreffende risicoverdeling. Zo

125 Zie bijv. art. 7:661 lid 2 BW. Vgl. overigens ook HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0305, NJ 1992/787 (*Aannemingsbedrijf Verkerk BV/Van der Veen q.q.*); in deze zaak werd de overeenkomst zelf wegens strijd met een wettelijk vergunningsvoorschrift nietig geacht, maar de regresmaatstaf werd wel ontleend aan de aard van de uit het contract voortvloeiende werkzaamheden. Vgl. Spier 1992, p. 37.

126 Zie nader Van Boom 1996.

is denkbaar dat een ‘verlicht’ aansprakelijkheidsregime tussen contractspartijen mede bepalend is voor de draagplicht bij hoofdelijke aansprakelijkheid, voor zover deze aansprakelijkheid als verwezenlijking kan worden gezien van het risico waarvoor het verlichte aansprakelijkheidsregime (door de wetgever) in het leven werd geroepen. Een voorbeeld ter verduidelijking. Als een gebrekkige ladder wordt uitgeleend, dan kan de bruiklener de uitlener slechts dan aanspreken voor letselschade als de uitlener op de hoogte was van het gebrek (art. 7A:1790 BW).¹²⁷ Het risico van letselschade wordt door dit verlichte aansprakelijkheidsregime bij de bruiklener gelegd. Het is betrekkelijk toevallig of de bruiklener deze schade zélf in persoon lijdt of bijvoorbeeld zijn werknemer. Gesteld dat bij letsel van de werknemer zowel de uitlener als de werkgever aansprakelijk zijn, dan zou art. 7A:1790 BW mede als regresmaatstaf tussen uitlener en werkgever moeten dienen.

Een ander voorbeeld: een meisje laat de hond van de buurman geregeld uit. Op een kwade dag vergeet zij het dier aan te lijnen. De eigenaar van de hond vergoedt op grond van art. 6:179 BW de schade van de fietser die in botsing komt met de hond, en tracht vervolgens regres te nemen op het buurmeisje. Het buurmeisje kan in verhouding tot de fietser onzorgvuldigheid worden verweten. Dit betekent naar mijn mening evenwel niet dat zij ook draagplichtig is in haar verhouding tot de eigenaar van de hond. Daarvan is slechts sprake voor zover het buurmeisje ook in de rechtsverhouding tot de buurman een verwijt kan worden gemaakt van de wijze waarop zij de hond uitliet. Of dat het geval is, wordt mede bepaald door het gegeven of sprake was van dienstbetoon door het buurmeisje.¹²⁸ De zorgvuldigheidsnorm, afgestemd op deze specifieke verhouding, geldt naar mijn mening tevens als regresnorm. Zou dat namelijk niet het geval zijn, dan zou het buurmeisje bijvoorbeeld draagplichtig kunnen zijn voor de schade van de gevallen fietser, maar niet voor de kosten van de dierenarts die de hond moest verplegen. Dat lijkt mij ongerijmd. In de rechtsverhouding tussen buurman en buurmeisje moeten beide ‘schade-posten’ vanwege het karakter van de vriendendienst daarom gelijkelijk worden behandeld teneinde dergelijke ongerijmde verschillen in uitkomst te voorkomen.

Vgl. ook de onderlinge draagplicht tussen de bezitter van een paard en de berijder aan wie het paard ter beschikking is gesteld in het kader van een overeenkomst (paardrijles): “Wel zal in die situatie in gevallen waarin, zoals hier, ervan moet worden uitgegaan dat noch aan de benadeelde noch aan de eigenaar enige onzorgvuldigheid te verwijten is, uit aard en strekking van de overeenkomst in de regel voortvloeien dat het onberekenbare gedrag van het paard, dat immers in het kader van deze overeenkomst niet onverwacht is, in

127 Zie HR 22 november 1996, NJ 1998/567 (*Bos/Erven Althuisius*).

128 Vgl. HR 11 april 1958, NJ 1958/467 (*Nukoop/Saalfeld*). Zie echter ook in afwijkende zin: HR 3 december 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB6789, NJ 1972/144 (*Groningen & Lloyd/Kerssies*), waarover Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2011, nr. 278.

zoverre voor risico van de berijder is en aan hem moet worden toegerekend, dat de schade deels voor zijn rekening moet blijven. Het is echter afhankelijk van de inhoud van de overeenkomst en de verdere omstandigheden van het geval in hoeverre de vergoedingsplicht van de eigenaar dan moet worden verminderd door de schade over beide partijen te verdelen.”¹²⁹

Mijn stelling dat de risicoverdeling die uit de aard van de overeenkomst voortvloeit, in de regel ook geldt als verdelingsmaatstaf bij hoofdelijkheid, vindt bijvoorbeeld ook steun in het arbeidsrecht. Als een werknemer onzorgvuldig handelt en dusdoende schade toebrengt aan zowel zijn werkgever als een derde, dan dienen in beginsel beide schadeposten te worden gedragen door de werkgever. De inconsistentie die namelijk het gevolg van verschillende behandeling van deze twee schadeposten zou zijn, verdraagt zich slecht met de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer en wordt door de wet dan ook met zoveel woorden afgewezen.¹³⁰

Een ander geval waarin de risicoverdeling tussen partijen bij een overeenkomst als regresnorm fungeert, is de koopovereenkomst. Bij een koopovereenkomst is de verkoper verplicht een zaak af te leveren die conform afspraak is (art. 7:17 BW). Is de zaak dat niet, dan ontstaat behoudens overmacht de plicht om de schade te vergoeden die het gevolg is van deze non-conformiteit. Deze conformiteitsnorm zal veelal ook als regresnorm kunnen dienen.¹³¹

Heeft bijvoorbeeld de koper van een halffabricaat de zaak inmiddels tot eindproduct verwerkt en in het verkeer gebracht, dan is hij risico-aansprakelijk indien het product gebrekkig blijkt te zijn in de zin van art. 6:185 e.v. BW. Naast hem is ook de producent van het halffabricaat aansprakelijk (art. 6:187 lid 2 BW); gezamenlijk zijn zij hoofdelijk verbonden tegenover de benadeelde (art. 6:189 BW). De regresmaatstaf tussen deze producenten zal door de koopovereenkomst worden bepaald,¹³² meer in het bijzonder door het leerstuk van de non-conformiteit.¹³³ Wat brengt dit concreet met zich? Indien vaststaat dat de gebrekkigheid van het eindproduct is veroorzaakt door de gebrekkigheid van het halffabricaat, dan zal de producent-verkoper van het halffabricaat behoudens overmacht aansprakelijk zijn jegens zijn koper (art. 7:17 jo 6:74 BW). Die

129 HR 25 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7010, NJ 2004/556 (*Manege Nieuw Amstelland*).

130 Zie art. 7:661 BW en art. 6:170 lid 3 BW; vgl. over deze gelijkshakeling reeds Bakels 1959, p. 869 en Parl. Gesch. Aanpassing BW, p. 415-416.

131 Van Boom 2000*, p. 27-28.

132 Van Wassenae van Catwijck 1991, p. 63. Vgl. Foerste & Von Westphalen 2012, § 50 rdnr. 10-21. Vermoedelijk anders: Dommering-van Rongen 1991, p. 324.

133 De koopovereenkomst is een rechtshandeling in de zin van art. 6:102 BW. De Richtlijn productaansprakelijkheid laat het regresvraagstuk uitdrukkelijk over aan het nationale recht.

wanprestatie is naar mijn mening ook het uitgangspunt voor verdeling van de draagplicht tussen partijen. In beginsel is de producent van het halffabricaat geheel draagplichtig. Onder omstandigheden mag echter van de koper die het halffabricaat tot eindproduct wil verwerken, worden verwacht dat hij de gearriveerde zaken controleert op kwaliteit.¹³⁴ Indien in voorkomend geval het gebrek onopgemerkt blijft en het gebrekkige eindproduct tot productaansprakelijkheid aanleiding geeft, wordt de verdeling tussen partijen mede genormeerd door art. 6:101 BW. Als de koper eigen schuld valt te verwijten, dan kan binnen de grenzen van het contract een verdeling volgens de causaliteitsmaatstaf plaatsvinden. Let wel: dit is geen rechtstreekse toepassing van art. 6:101 BW via de primaire verwijzing in art. 6:102 BW, maar een toepassing van art. 6:101 BW via de verwijzing 'rechtshandeling' in art. 6:102 BW. Het praktische belang hiervan is dat de toepasselijkheid en toepassing van art. 6:101 BW binnen de contractuele 'setting' anders kunnen worden beoordeeld dan waartoe rechtstreekse toepassing van art. 6:102 jo 6:101 BW zou kunnen leiden.

Een ander voorbeeld uit de 'koophoek' betreft de overgang van het risico. De aard van de koopovereenkomst brengt met zich dat hetgeen afgeleverd is, met de aflevering voor rekening en risico van de koper komt (art. 7:10 BW). Niet alleen heeft dit gevolgen voor de verschuldigdheid van de koopprijs niettegenstaande tenietgang of achteruitgang van de zaak, maar het heeft tevens gevolgen voor de regresverhouding tussen koper en verkoper.

Dit was, kort gezegd, het oordeel van de Hoge Raad in een arrest uit 1984. Witjes had zijn sleepboot verkocht en feitelijk afgeleverd aan Doorduyn. De overdracht had nog niet plaatsgevonden, toen met de sleepboot een steiger geraamd werd. Aangesproken tot vergoeding riep Witjes Doorduyn in vrijwaring op. Rechtbank en hof wezen deze vrijwaringsvordering af. De Hoge Raad besliste anders: "In een situatie als de onderhavige, waarin de koper van een schip na de aflevering doch voordat het hem in eigendom is overgedragen, ertoe overgaat het schip met alle daaraan inherente risico's te gebruiken of door derden te laten gebruiken, brengt de billijkheid in verband met de aard van de koopovereenkomst mee dat, bij gebreke van een beding in andere zin, de verkoper die als eigenaar door een derde aansprakelijk wordt gesteld voor een door het schip veroorzaakte aanvaringsschade, ter zake van die aansprakelijkheid verhaal kan nemen op de koper, daargelaten het geval dat de aanvaring is ver-

¹³⁴ Zie art. 7:23 BW.

oorzaakt door een gebrek van het schip, waarvoor de verkoper uit hoofde van de koopovereenkomst jegens de koper aansprakelijk is.¹³⁵

Een ander voorbeeld waarin de aard van de overeenkomst een bepaalde verdeling met zich brengt, biedt het maatschapscontract. Maten delen in winst en verlies resulterend uit de maatschapsactiviteiten naar rato van hun aandelen in de maatschap. Zo zullen maten die zich gezamenlijk borg stellen voor een schuld van de maatschap, in beginsel onderling draagplichtig zijn naar rato van hun aandeel. Een dergelijke aanknoping aan het maatschapscontract lijkt overigens vooral zinvol indien de hoofdelijkheid (hier de borgtocht) in een bepaalde samenhang staat met de overeenkomst waar men de verdelingsmaatstaf aan ontleent (hier het maatschapscontract). Ontbreekt een dergelijke samenhang dan is de aanknoping willekeurig en kan zij tot onwenselijke resultaten voeren.

De aard van een overeenkomst kan ook *indirect* aanwijzingen opleveren voor een regresmaatstaf. Een voorbeeld daarvan biedt de uitspraak van de Hoge Raad in het geschil tussen Verkerk en Bouwservice over het regres voor betaalde sociale premies. De Hoge Raad oordeelde dat de premieschulden alleen Bouwservice aangingen, aangezien Bouwservice werkgever was van de betreffende werknemers voor wie de premies moesten worden betaald.¹³⁶ Het ligt mijns inziens meer voor de hand om de contractuele rechtsverhouding tussen uitlener en inlener (of ook: hoofdaannemer en onderaannemer) als uitgangspunt te kiezen. De hoofdverplichtingen van partijen zijn duidelijk: de ene persoon verkrijgt tegen betaling van een geldsom de beschikking over de diensten van (het personeel van) een ander. Uitgangspunt bij een dergelijk contract is dat de uitlener reeds in zijn kostprijsberekening eventuele premieschulden verdisconteert; blijken bijvoorbeeld achteraf deze premieschulden hoger of lager dan berekend, dan blijft het verschil te zijnen na- of voordele. De inhoud van de hoofdverplichtingen van partijen bij het contract geeft daarom ook de doorslag bij bepaling van de draagplicht.

Art. 6:102 BW: veroorzaking en verwijtbaarheid

Een belangrijke plaats in het leerstuk van regres onder hoofdelijke debiteuren wordt ingenomen door het regres van (toevallige) mededaders. Naar oud recht werd wel aangenomen dat toevallige mededaders in hun interne verhouding draagplichtig waren in evenredigheid met de mate waarin hun 'schuld' aan de schade had bijgedragen.¹³⁷ Niet geheel duidelijk was evenwel wat hiermee werd bedoeld. Naar huidig recht geeft art. 6:102 lid 1 BW, dat de regeling van art. 6:101 BW van overeenkomstige toepassing verklaart, een

¹³⁵ HR 4 mei 1984, NJ 1984/670 (Witjes/Doorduyn).

¹³⁶ HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0305, NJ 1992/787 (Aannemingsbedrijf Verkerk BV/Van der Veen q.q.). Vgl. HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0806, NJ 1993/734 (Harko BV/Groen-Kelderman q.q.).

¹³⁷ Van Boom 1999, p. 118 nt. 130.

duidelijke en op het oog simpele verdelingsmaatstaf: zijn meer personen gehouden tot vergoeding van dezelfde schade, dan zijn zij tegenover de benadeelde hoofdelijk aansprakelijk en dragen zij in hun interne verhouding de schade in evenredigheid met de mate waarin de gebeurtenis waarvoor zij elk aansprakelijk zijn, tot het ontstaan van de schade heeft bijgedragen. Dit is de primaire maatstaf van art. 6:102 jo 6:101 BW. Het komt daarin dus niet aan op een weging van de mate van verwijtbaarheid.¹³⁸ Die kan in het kader van de tweede stap, de billijkheidscorrectie, een rol spelen (naast andere factoren).¹³⁹

Voor wat betreft de hoofdregel van art. 6:102 BW heeft de wetgever dus bewust afstand genomen van de mogelijkheid van regres in evenredigheid met de mate van verwijtbaarheid. Een van de redenen hiervoor is dat de verdeling naar rato van de veroorzakingsbijdrage het wegen van risico-aansprakelijkheid mogelijk maakt. Het is dus zeker niet zo dat een risico-aansprakelijke in verhouding tot een schuldaansprakelijke per definitie vrij van draagplicht is. Zo kan bij weging van veroorzakingsbijdragen aan de instorting van een opstal (art. 6:174 BW) causaal beschouwd een gelijk gewicht toekomen als aan de culpoze nalatigheid van een andere aansprakelijke (art. 6:162 BW). Lastiger is het om te wegen tussen een aansprakelijkheidvestigende daad van de een en de risico-aansprakelijkheid van de ander voor die daad. Waartoe zou bijvoorbeeld de causaliteitsmaatstaf leiden bij hoofdelijkheid van de zelfstandige opdrachtnemer op grond van art. 6:162 BW en van de opdrachtgever op grond van art. 6:171 BW? In de regel zal de laatste persoon in zijn verhouding tot de opdrachtnemer geen enkele directe causale bijdrage aan de veroorzaking kunnen worden toegerekend;¹⁴⁰ voor die gevallen leidt toepassing van de causaliteitsmaatstaf er in beginsel toe dat de risico-aansprakelijke geheel vrij van draagplicht is,¹⁴¹ tenzij wet¹⁴² of contract¹⁴³ tot een andere verdeling nopen.¹⁴⁴

138 Keirse & Jongeneel 2013, p. 108 e.v.

139 Zie het overzicht van factoren bij Keirse & Jongeneel 2013, p. 112 e.v.

140 Ter geruststelling van Lubach 2005, p. 397 nt. 116: daar doel ik inderdaad op. Maar, en dat is wellicht weer verontrustend voor Lubach 2005, p. 395-396: in het kader van regres tussen hoofdelijke debiteuren sla ik de stappen één en twee (die uiteraard relevant zijn bij rechtstreekse toepassing van art. 6:101 BW, maar m.i. niet zozeer bij art. 6:102 lid 1 jo 6:101 BW) over; die stappen heeft men m.i. al gezet om tot samenlopende schadevergoedingsverbintenissen te concluderen.

141 In die zin werd dan ook door sommige auteurs geoordeeld naar oud recht voor de werkgever in zijn verhouding tot de geheel draagplichtige werknemer; zie Asser/Rutten 1983, p. 161 e.v.

142 Zie bijv. art. 6:170 lid 3 BW.

143 Vgl. HR 7 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4517, NJ 1984/607 (*Nieuw Rotterdam NV/Kruk & Goktas*); daarover Lubach 2005, p. 390.

144 Zo ook Keirse & Jongeneel 2013, p. 159.

Wil men nadere uitspraken doen over de concrete toepassing van de causale maatstaf, dan betreft men een juridisch schemergebied.¹⁴⁵ Er is geen richtinggevende rechtspraak van de Hoge Raad buiten de context van eigen schuld. Bovendien stelt de Hoge Raad geen hoge eisen aan de motivering van de concrete weging door de feitenrechter.¹⁴⁶ Men zal dus moeten terugvallen op de analoge toepassing van de rechtspraak inzake eigen schuld. De belangrijkste causale verdelingsmaatstaf daarbij is die van de onderlinge weging van gevaarverhogingsbijdragen,¹⁴⁷ zodat in de context van art. 6:102 BW de concrete bijdrage van elk van de oorzaken waarvoor hoofdelijke aansprakelijkheid bestaat, onderling wordt gewogen.

De weging van gevaarverhogingsmaten kan niet alleen plaatsvinden bij de gevallen van mede-aansprakelijkheid waarbij van alle oorzaken vaststaat dat zij *conditio sine qua non* waren voor het ontstaan van de schade. Ik denk dat zij ook kan worden gebruikt bij gevallen waarin dat niet het geval is, zoals bij alternatieve causaliteit (art. 6:99 BW). In de literatuur wordt bijvoorbeeld verdedigd dat in casus als die welke in het DES-arrest speelde, het regres naar rato van het marktaandeel dient te geschieden.¹⁴⁸ Het marktaandeel weerspiegelt in abstracto immers de grootte van de kans dat de betreffende producent de daadwerkelijke veroorzaker was. Daarmee kan regres naar rato van het marktaandeel worden geschaard onder de verdelingsmaatstaven die aanknopen bij de gevaarverhogingsmate.

Het verschil tussen gevallen van alternatieve causaliteit en gewone mede-aansprakelijkheid is uiteraard gelegen in het achterwege laten van het *conditio sine qua non*-vereiste. Bij toepassing van art. 6:99 BW wordt voor aansprakelijkheid niet het bewijs van *conditio sine qua non* geëist; men kan het in die gevallen dan evenmin eisen voor het regres. Zijn twee personen bijvoorbeeld elk aansprakelijk op grond van art. 6:99 BW, dan zal degene die de schade vergoed heeft en vervolgens regres wenst te nemen op de ander toch niet behoeven te bewijzen dat die ander de werkelijke veroorzaker is? Verlangt men wel een dergelijk bewijs, dan belast men in het gros van de gevallen de hoofdelijke debiteur die de schade heeft vergoed met de gevolgen van toepassing van art. 6:99 BW. Dat zal zeker geen prikkel zijn om tot betaling van schadevergoeding

145 In zekere zin sluit de rechtspraak van de Hoge Raad aan bij het Duitse recht; zie daarover nader Van Boom 1999, p. 118 e.v.

146 Zie de rechtspraak genoemd bij Keirse & Jongeneel 2013, p. 123.

147 Nader Keirse 2003, m.n. p. 205 e.v. Bijv. HR 2 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1740, NJ 1997/700 (*Marloes de Vos*). De abstracte gevaarverhogingsbijdrage (bij motorrijtuigen vaak aangeduid als ‘Betriebsgefahr’; daarover uitgebreid Van Boom 1999, p. 120 e.v.) weegt niet mee bij de causale verdeling, aldus HR 10 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8254, NJ 2000/718 (*Levob/Van den Bos*).

148 Nieuwenhuis 1987, p. 16; Keirse & Jongeneel 2013, p. 154. Vgl. voorzichtig Boonekamp 2013, p. 157.

over te gaan. Voor die gevallen zal men het *conditio sine qua non*-vereiste bij bepaling van de draagplicht van de aansprakelijke personen moeten laten varen;¹⁴⁹ de draagplicht moet worden bepaald in evenredigheid met de mate waarin elk van de aansprakelijken het gevaar op het ontstaan van de schade in het leven heeft geroepen.¹⁵⁰ Bieden de feiten geen enkel aanknopingspunt voor een dergelijke verdeling, dan zal regres naar gelijke delen plaatsvinden, zo volgt uit aldus het arrest *London Verzekeringen/Delta Lloyd Schadeverzekering*.¹⁵¹

Ik ben van mening dat de verdeling naar rato van de gevaarverhogingsbijdrage ook bij andere exotische causaliteitsgevallen goede diensten kan bewijzen. Ik denk in dit verband met name aan die gevallen waarin twee oorzaken elk voldoende zijn voor het ontstaan van de gehele schade¹⁵² en die waarin voortdurende schade, ontstaan door de ene oorzaak, op enig moment ook zou zijn ontstaan door een andere oorzaak waarvoor een ander aansprakelijk is.¹⁵³ Als het *conditio sine qua non*-vereiste al min of meer is losgelaten bij vestiging van de aansprakelijkheid, dan zal men dat bij bepaling van de draagplicht ook moeten doen.¹⁵⁴

De tweede stap, die van de billijkheidscorrectie van art. 6:101 BW, is een volwaardige tweede toetsing die het resultaat van de eerste stap kan wijzigen. Rekening moet worden gehouden met alle relevante omstandigheden. Daarbij worden factoren gewogen zoals de maten van verwijtbaarheid en de aard van de aansprakelijkheid. Niet uitgesloten is dat ook de aanwezigheid van een aansprakelijkheidsverzekering of zelfs financiële draagkracht anderszins meegewogen kunnen worden. Die factoren houden weliswaar geen verband met de gebeurtenis waarvoor art. 6:102 BW hoofdelijkheid in het leven roept, maar de billijkheidscorrectie is breed van opzet. Uit de rechtspraak op art. 6:101 BW blijkt dat ook dergelijke factoren relevantie kunnen hebben bij de billijkheidscorrectie.¹⁵⁵ Daarom zullen ze vermoedelijk ook in het kader van de onderlinge draagplicht ex art. 6:102 jo 6:101 BW een rol kunnen spelen.

149 Zo ook Keirse & Jongeneel 2013, p. 160.

150 Uiteraard sluit dit niet uit dat het verweer tegen de regresvordering wordt gevoerd dat de in regres aangesproken persoon in het geheel niet aansprakelijk is (omdat hij niet onrechtmatig heeft gehandeld, omdat is komen vast te staan welke van de betrokken personen de werkelijke veroorzaker is geweest, etc.).

151 HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0873, NJ 2012/614 (*London Verzekeringen/Delta Lloyd Schadeverzekering*).

152 Hartlief 2015, p. 300, spreekt van 'afzonderlijke oorzaken'.

153 Dit noemt men wel de 'hypothetische causaliteit'; zie Hartlief 2015, p. 301; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, nr. 89.

154 Anders: Spier 1997, p. 106-107.

155 Bijv. HR 4 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1426, NJ 2002/214 (*Chan-a-Hung/Maalsté*) wat betreft het verzekeringsargument bij tweezijdige verkeersongevallen; zie voor wat betreft draagkracht in de context van de aankoop van aandelenleaseproducten HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182 (*De Treek/Dexia*) en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, NJ 2012/183 (*Levob/Bolle*), besproken door Van Boom & Lindenbergh 2010, p. 195-196.

De Hoge Raad stelt uiteraard eisen aan de motivering van de uiteindelijke verdeling, maar niet aan de (getalsmatige) onderbouwing van de waardering en weging. Het verdelingsproces van art. 6:101 BW wordt beschouwd als een goeddeels intuïtieve rechterlijke bezigheid die geen exacte motivering behoeft.¹⁵⁶

Van borgtocht naar zaakwaarneming

Men zou als uitgangspunt kunnen aanvaarden dat de persoon die zich mede verbindt met een ander voor ‘de schuld’ van deze ander, geheel vrij is van draagplicht. Bij de borgtocht ziet men dit uitgangspunt verwoord in art. 7:866 BW. Hoe groot is nu het werkingsbereik van deze bepaling? Allereerst kan worden vastgesteld dat in de opvatting van de wetgever steeds sprake is van borgtocht als de borg zich jegens de crediteur verbindt tot “nakoming van een verbintenis van een derde” (art. 7:850 BW).¹⁵⁷ De wetgever stond derhalve een ruim werkingsbereik van de borgtocht voor ogen; in werkelijkheid zal het afhangen van de uitleg van de handelingen tussen ‘borg’ en hoofdschuldenaar of sprake is van borgtocht. Hoe dit ook zij, art. 7:866 BW lijkt een simpele regresregel te geven die – al dan niet overeenkomstig – kan worden toegepast op een verscheidenheid aan verbintenissen waarbij de ene persoon ‘zich sterk maakt voor’ of ‘zich hoofdelijk verbindt met’ een andere persoon.

Bij deze regresregel dient mijns inziens het volgende te worden aangetekend. In de eerste plaats is de regel van art. 7:866 BW een restregel; volgt uit de rechtsverhouding van ‘borg’ en hoofdschuldenaar een andere draagplicht, dan gaat die voor.¹⁵⁸ Bovendien moet de regresregel van art. 7:866 BW worden gerelativeerd voor die gevallen waarin een rechtsverhouding ogenschijnlijk ontbreekt. Ligt het voor de hand dat aan elke willekeurige persoon die zich, buiten mijn weten om, sterk maakt voor de nakoming van mijn schulden, zonder meer een regresrecht toekomt als deze mijn (en dus zijn) schulden voldoet?¹⁵⁹ Begrenzing van een dergelijk regres zou kunnen worden gevonden door een toets aan te leggen van het zaakwaarnemingstype: alleen als de ‘borg’ zich op redelijke grond met het belang van de hoofdschuldenaar inliet, is plaats voor een regresrecht.¹⁶⁰ Mijns inziens verdient het aanbeveling om deze toets ook steeds aan te leggen bij de gevallen die zonder meer onder art. 7:866 BW vallen. Veel praktische bezwaren kleven hier naar mijn mening niet aan, omdat een borg zich in de meeste gevallen tegenover de crediteur verbindt op verzoek van de hoofdschuldenaar of op grond van een specifieke (contractuele) verplichting jegens deze.¹⁶¹

156 Zie de verwijzingen bij Keirse & Jongeneel 2013, p. 141.

157 Parl. Gesch. Boek 7, p. 426. Zie Blomkwist 2012, p. 1 e.v.; vgl. Van Buchem-Spapens 1982, p. 25.

158 Vgl. Schoordijk 1967, p. 114-115.

159 Waarschijnlijk in bevestigende zin Schoordijk 1967, p. 115.

160 Vgl. Schoordijk 1967, p. 148.

161 Enigszins anders: Asser/Van Schaick 7-VIII 2012, nr. 65.

Concluderend kan dus – beter – worden gezegd dat als uitgangspunt kan worden aanvaard dat de persoon die zich op redelijke gronden in het belang van een ander met die ander mede verbindt, geheel vrij van draagplicht is.¹⁶² Daarbij zij aangetekend dat dit uitgangspunt wijkt zodra uit de rechtsverhouding van ‘borg’ en hoofdschuldenaar een andere verdeling volgt.

De wettelijke ‘borg’: het extra loket

Het idee dat bepaalde hoofdelijke debiteuren niet anders dan een ‘extra loket’ zijn waar de crediteur zijn vordering kan incasseren, en dat de verbintenissen van deze debiteuren geen andere strekking hebben dan het vergemakkelijken van het verhaal van de crediteur, komt in veel wetsbepalingen tot uitdrukking. Vaak voorziet de wet het ‘extra loket’ in dergelijke gevallen van een regresrecht voor de gehele verbintenis,¹⁶³ maar soms zwijgt de wet. Voor de Hoge Raad is het zonneklaar dat ook dan regres mogelijk is. Zo moest hij oordelen over een geval waarin een WAM-verzekering beëindigd was. Op grond van art. 13 WAM staat de verzekeraar in dat geval tot zestien dagen na beëindiging van de verzekering bloot aan aansprakelijkheid jegens eventuele benadeelden voor ongevallen die zich in die periode met het voertuig voordoen. Het voertuig in kwestie raakte inderdaad betrokken bij een ongeval; de WAM-verzekeraar vergoedde de schade van de benadeelde en trachtte vervolgens regres te nemen op de aansprakelijke bestuurder. De WAM bepaalde destijds niets over de mogelijkheid van een dergelijk regres.¹⁶⁴ De Hoge Raad was evenwel van mening dat de zestien dagen ‘extra dekking’ slechts ter bescherming van benadeelden in het leven is groepen en niet de verzekerde beoogt te beschermen, en

“(…) dat dan ook moet worden aangenomen dat de wetgever, hoewel hij heeft nagelaten het regres van de verzekeraar op de voor het ongeval aansprakelijke personen voor de gevallen bedoeld in art. 13, lid 4, uitdrukkelijk te regelen, aan de verzekeraar die op grond van dit wetsvoorschrift jegens de benadeelde aansprakelijk is, in overeenstemming met het rechtsbeginsel dat ten grondslag ligt aan de artt. 1331 en 1876 B.W., een zelfde verhaalsrecht tegen de aansprakelijke personen heeft toegedacht, als art. 27, lid 1, eerste zin, voor een vergelijkbare situatie met zoveel woorden aan het Waarborgfonds Motorverkeer toekent.”¹⁶⁵

Een soortgelijke beslissing nam de Hoge Raad in een geval van fiscale mede-aansprakelijkheid. Het betrof mede-aansprakelijkheid van de hoofdaannemer voor afdracht van sociale premies en belastingen door de onderaannemer. De hoofdaannemer was in deze zaak op

162 Vgl. art. 1331 BW (oud); zie ook Friedmann & Cohen 1991, § 11-73.

163 Zie bijv. art. 15 en 25 WAM, art. 55 e.v. Inv.W.

164 Zie inmiddels art. 15 WAM, waarover uitgebreid Robben 1993, p. 256-258.

165 HR 10 oktober 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC1618, NJ 1976/175 (*Van der Kleij/Interpolis*).

grond van de wet mede-aansprakelijk voor afdracht van de fiscale en premieschulden verschuldigd door de onderaannemer. De vraag kwam aan de orde of de mede-aansprakelijke een regresrecht toekwam jegens de premie- en belastingplichtige onderaannemer.¹⁶⁶ De Hoge Raad oordeelt:

“De aard van de betreffende hoofdelijke mede-aansprakelijkheid voor de premieschulden die in de onderlinge verhouding tussen Bouwservice en Verkerk in beginsel eerstgenoemde als werkgever van de uitgeleende arbeidskrachten aangingen, brengt mee dat Verkerk voor hetgeen door haar uit hoofde van deze aansprakelijkheid aan de bedrijfsvereniging is voldaan, in beginsel regres op Bouwservice heeft, zodat Verkerk voor de te dier zake door haar eventueel betaalde bedragen een tegenvordering heeft, die op de voet van art. 53 Fw voor verrekening met de vordering van de curator in aanmerking komt.”¹⁶⁷

In beide arresten wordt de regresgedachte toegepast, die ook aan art. 7:866 BW ten grondslag ligt.¹⁶⁸ Dit beginsel is dat wanneer aansprakelijkheid van een debiteur slechts tot meerdere zekerheid strekt van betaling door een andere debiteur, de draagplicht dan uiteraard rust op die ander.¹⁶⁹ Op zichzelf is dit een uitgangspunt dat toegejuicht kan worden, maar toepassing ervan in concrete gevallen vergt wel een nauwgezette bestudering van de strekking van de aansprakelijkheid op grond waarvan de ‘borg’ betaalt, teneinde vast te stellen dat inderdaad slechts sprake is van een ‘extra loket’. Een belangrijke – zij het niet doorslaggevende – aanwijzing daarvoor kan bijvoorbeeld zijn gelegen in de subsidiaire aard van de betreffende mede-aansprakelijkheid; deze leidt er immers toe dat de crediteur zich eerst tot de hoofdschuldenaar dient te wenden en zich pas tot de subsidiair aansprakelijke kan wenden als de eerste in gebreke blijft met betaling.¹⁷⁰

Verrijking en profijt: lusten en lasten

Zou het bestaan van een regresrecht jegens de draagplichtige debiteur worden ontkend, dan zou deze de lasten van de hoofdelijk verschuldigde prestatie slechts dan daadwerkelijk dragen wanneer de crediteur hem met succes tot het verrichten van de prestatie aanspreekt.

166 Overigens kan er nauwelijks twijfel over bestaan dat de wetgever regres van de mede-aansprakelijke op de belastingschuldige mogelijk acht; zie immers de bewoordingen van art. 55 e.v. Inv.W. Vgl. Vetter et al. 2012, p. 37-38.

167 HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0305, NJ 1992/787 (*Aannemingsbedrijf Verkerk BV/Van der Veen q.q.*). Vgl. HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0806, NJ 1993/734 (*Harko BV/Groen-Kelderman q.q.*).

168 Zie ook de noot van Bloembergen onder HR 10 oktober 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC1618, NJ 1976/175 (*Van der Kleij/Interpolis*).

169 Zie daarover Friedmann & Cohen 1991, § 11-77.

170 Zie de gevallen genoemd in par. 3.3.

In alle andere gevallen zou de draagplichtige zijn lot ontlopen, hetgeen onmiskenbaar een vermogensrechtelijke verrijking zou zijn. Veelal zal die verrijking ten koste van een van de andere debiteuren worden genoten. In deze sleutel geplaatst geschiedt toekenning van een regresrecht aan deze andere debiteur teneinde de ongerechtvaardigde verrijking van de draagplichtige te redresseren, zo concludeerde ik reeds in paragraaf 5.1.

Het begrip verrijking kan ook in minder abstracte zin worden begrepen; zo wordt in veel gevallen het vermogensrechtelijk *profijt* dat een van de hoofdelijke debiteuren direct of indirect geniet in verband met de (handeling die leidt tot) hoofdelijkheid als grond aangevoerd voor de – al dan niet gehele – draagplichtigheid van de betreffende debiteur.¹⁷¹ Wie de lusten heeft, dient ook de lasten te dragen. Zo kan men de draagplicht van deelgenoten in een gemeenschap langs de lijnen van de omvang van de aandelen in het gemeenschappelijke goed aftekenen, tenzij er indicaties zijn voor een andere draagplicht. Zo zullen de risico-aansprakelijke eigenaren van een gebrekkige opstal in de interne verhouding in het algemeen draagplichtig zijn in evenredigheid met hun aandeel, tenzij er gronden voor een andere verdeling zijn (zoals nalatigheid of onachtzaamheid van een van de eigenaren die tot ontstaan of verwezenlijking van de schade leidt).¹⁷²

Ook bij de draagplicht van echtelieden voor hoofdelijke gemeenschapsschulden ter gelegenheid van de verdeling bij helfte¹⁷³ van de ontbonden huwelijksgemeenschap is in beginsel gelijk.¹⁷⁴ De gelijke aandelen in de gemeenschap brengen een in beginsel gelijke draagplicht met zich. Ook afgezien van de gerechtigdheid tot de gemeenschap kan de verdeling van het profijt van echtelieden (of ook ongehuwden) in verband met een bepaalde hoofdelijke verbintenis als regresmaatstaf dienen.¹⁷⁵ Beck is eigenares van een huis dat buiten gemeenschap is gebleven; het huis wordt gefinancierd met een hypothecaire lening waarvoor Beck en Verduin zich hoofdelijk verbinden. Als partijen scheiden en Beck de lening aflost, vordert zij bij wijze van regres de helft van het betaalde bedrag van Verduin. De Hoge Raad beslist dat Verduin niet draagplichtig is:

171 Parl. Gesch. Boek 6, p. 108, p. 355, Van Weel 1863, p. 300, Wolfsbergen 1946, p. 251, Castermans 1996, p. 196 e.v. Vgl. Drucker 1890, p. 593.

172 HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, NJ 2011/465 (*Hangmat*).

173 Zie art. 1:100 jo 3:166 lid 2 BW. Een afwijkende verdeling kan uit huwelijkse voorwaarden (zie art. 1:122 BW) of echtscheidingsconvenant (art. 1:100 BW) voortvloeien. Zie Asser/De Boer I* 2010, nr. 365.

174 HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1013, NJ 1994/31; Asser/De Boer I* 2010, nr. 365. Voor de gemeenschapsschulden die ontstaan na ontbinding van de huwelijksgemeenschap, kan in afwijking hiervan de mate van profijt als regresmaatstaf dienen. Zie HR 11 maart 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC1879, NJ 1978/98. Onder omstandigheden kan een gelijke draagplicht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Merk op dat op grond van art. 1:102, tweede zin, BW, zoals dat luidt per 1 januari 2012, dat de hoofdelijke schuld van de mede-verbonden echtgenoot slechts verhaalbaar is op de aan deze echtgenoot toebedeelde gemeenschapsgoederen (dan wel diens aandeel in de ontbonden maar nog niet verdeelde gemeenschap). Zie daarover ook hiervoor par. 4.7.

175 HR 21 november 1946, NJ 1947/24 (*Verduin/Beck*).

“(...) dat toch het antwoord op de vraag, wien van twee of meer hoofdelijk verbonden schuldenaren de zaak aangaat, hiervan afhangt, aan wien van die schuldenaren overeenkomstig hun bedoeling, de tegenwaarde van hun hoofdelijke schuld ten goede is gekomen; dat indien, zooals hier is gesteld, deze tegenwaarde, zijnde het geleende bedrag, overeenkomstig de bestemming daaraan door de medeschuldenaren gegeven, uitsluitend het vermogen van één hunner, Beck, ten goede is gekomen, dit medebrengt, dat ook dit vermogen in de verhouding der schuldenaren onderling, alleen de last der schuld zal moeten dragen, waarmede zich voordoet het in art. 1331 voorziene geval; dat hieraan niets kan veranderen de omstandigheid, dat door een medeschuldenaar uit dit vermogen van den schuldenaar, die de tegenwaarde der schuld verwierf, voordeel wordt genoten in dien zin, dat de vruchten van het met deze tegenwaarde verworven goed mede te zijnen bate komen; dat deze omstandigheid ten hoogste een zelfstandigen grond voor onderlinge verrekening van dat voordeel tusschen de medeschuldenaren kan opleveren, iets wat echter in het onderhavige geval door de tusschen de medeschuldenaren bestaande gemeenschap van vruchten en inkomsten is uitgesloten, althans voor wat betreft het den man toekomend genot van de helft van de vruchten en inkomsten van het vermogen van de vrouw.”

Deze uitspraak komt er, kort gezegd, op neer dat de echtgenoot aan wie de economische tegenwaarde van de hoofdelijk verschuldigde geldlening toekomt, in zoverre tevens draagplichtig is.¹⁷⁶ Deze overweging ligt ook ten grondslag aan een latere uitspraak van de Hoge Raad, waarin werd bepaald

“(...) dat een gemeenschappelijke schuld die (...) verband houdt met het genot van een onroerend goed, van de datum van de ontbinding van de gemeenschap af wordt gedragen door diegene van de echtgenoten die het genot van dat goed heeft gehad.”¹⁷⁷

De hier bedoelde ‘profijtgedachte’ lijkt ook toepassing te vinden bij de draagplicht van hoofdelijk aansprakelijke maten: de grootte van het aandeel van een maat in de winsten van de maatschapsactiviteiten bepaalt ook de omvang van het aandeel in de verliezen, en

176 Vgl. De Kok 1965, p. 108-109. Zie ook voor het omgekeerde geval (t.w. dat degene die de lasten draagt in de regel ook gerechtigd zal zijn tot het daar tegenover staande profijt): HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1271, NJ 1994/463.

177 HR 11 maart 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC1879, NJ 1978/98.

dus ook de draagplicht voor hoofdelijke schulden.¹⁷⁸ Zelfs tussen maten enerzijds en een derde-debiteur, die zich met de maten hoofdelijk borg stelt voor nakoming van de verbintenissen van de maatschap, zou het – behoudens contra-indicaties – voor de hand liggen de maten als zijnde ‘nauwer betrokken’ bij het draagplichtige maatschapsvermogen geheel draagplichtig te achten in hun verhouding tot de derde-debiteur. Het zijn immers de maten die rechtstreeks de vruchten plukken van de medeborgstelling door de derde.¹⁷⁹

Een vergelijkbare ‘profijtgedachte’ lijkt te kunnen worden toegepast wanneer het de draagplicht van concernmaatschappijen betreft die zich hoofdelijk hebben verbonden voor de kredieten die zijn verstrekt aan één van deze maatschappijen.¹⁸⁰ De Hoge Raad noemt profijt als aanknopingspunt voor vaststelling van draagplicht van concernmaatschappijen bij draagplicht voor concernkrediet, maar (terecht) niet als exclusief criterium. Zo worden ook de toegang tot het krediet en overige omstandigheden genoemd:

“Met oog op de behandeling van de zaak na verwijzing, merkt de Hoge Raad het volgende op.

Indien binnen een concern of tussen de desbetreffende tot een concern behorende vennootschappen geen afspraken zijn gemaakt of geen regeling is getroffen over de toerekening van leningen en kredieten die zijn verstrekt aan twee of meer van tot dat concern behorende vennootschappen gezamenlijk, wordt hun onderlinge draagplicht bepaald door het antwoord op de vraag wie de schuld aangaat.

Bij de beantwoording van deze vraag moet erop worden gelet wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen, alsmede op alle overige relevante omstandigheden van het geval (vgl. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1208).”¹⁸¹

Dat lijkt mij juist: alle omstandigheden binnen de concrete verhouding tussen concernmaatschappijen zijn relevant voor draagplicht ten aanzien van de schuld waarvoor zij hoofdelijk aan te spreken zijn; welke vennootschap profijt heeft gehad van een krediet, kan dan relevant zijn, maar doorslaggevend hoeft het zeker niet te zijn.

178 Zie Van Buchem-Spapens 1982, p. 21; vgl. Asser/Maeijer 5-V 1995, nr. 115, nr. 143. Overigens ontstaat bij de maatschap – anders dan bij de v.o.f. (zie art. 18 WvK) – in de regel slechts hoofdelijkheid als de maten door een hunner bevoegdelyk worden vertegenwoordigd; zie nader Tervoort 2015, p. 135 e.v.

179 Vgl. ook nog art. 56 Inv.W, dat mede-aansprakelijke derden in voorkomende gevallen geheel vrij van draagplicht acht in verhouding tot de aansprakelijke bestuurders van de belastingschuldige rechtspersoon.

180 Daarover zie men uitgebreid, met nadere verwijzingen, Oostwouder 1996, p. 332 e.v.

181 HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206, NJ 2012/447 (*Janssen q.q./JVS Beheer*); over de verhouding tussen profijt en toegang als criterium Bartman 2012. Ik merk op dat de Hoge Raad t.a.p. ook aangeeft dat profijt een criterium voor draagplicht binnen concernverhoudingen kan zijn als *niet* sprake is van hoofdelijke verbintenissen maar van schulden naar gelijke delen.

Draagplicht naar rato van het aansprakelijkheidsrisico

De prestatie die hoofdelijke debiteuren zijn verschuldigd, kan wat betreft de aard wel gelijk zijn, maar qua omvang ongelijk. Dat doet zich bijvoorbeeld voor als twee personen borg staan voor de schulden van dezelfde hoofdschuldenaar, maar elk tot een verschillend bedrag. Als regel zijn borgen in hun verhouding tot de hoofdschuldenaar geheel vrij van draagplicht, en in hun onderlinge verhouding zijn ze dus gelijkelijk 'ondraagplichtig'. De vraag is hoe men in dergelijke gevallen, waarin de omvang van de aansprakelijkheid verschilt, de draagplicht van de debiteuren berekent. Laten we bij het voorbeeld blijven van de omslag onder borgen.¹⁸² Hebben twee personen A en B zich gelijkelijk borg gesteld voor nakoming van een schuld van € 100, dan lopen zij gelijkelijk risico om tot betaling van € 100 te worden aangesproken. Zij zullen in de regel in hun onderlinge verhouding – behoudens andersluidende afspraak – gelijkelijk draagplichtig zijn ingeval de hoofdschuldenaar geen verhaal biedt. Toepassing van deze verdeling naar rato van het aantal borgen is niet moeilijk als de borgen voor hetzelfde bedrag borg staan; lastiger wordt het als de bedragen verschillen. Stel dat borg A voor € 75 en B voor € 50 borg staat voor een schuld van € 100, dan strekt de hoofdelijkheid zich uit over een bedrag van € 50. Hoe is de draagplicht van de borgen voor wat betreft dit bedrag? Men zou een gelijke verdeling kunnen maken van het bedrag waarvoor hoofdelijkheid bestaat: van het hoofdelijk verschuldigde bedrag € 50 draagt elke borg de helft. Het uiteindelijke effect daarvan zou dus zijn dat A € 25 draagt en B ($€ 25 + € 25 =$) € 50. Door de gelijke verdeling van de € 50 waarvoor hoofdelijkheid bestaat, is de uiteindelijke draagplicht van A en B derhalve 25 : 50, hetgeen overeenkomt met 1 : 2. Dat weerspiegelt evenwel niet de verhouding van de risico's die de borgen liepen; die verhouding is immers 50 : 75 = 2 : 3. Juister lijkt het dus om die proportionele verdeling 2 : 3 te hanteren bij het regres en het bedrag van de hoogste borg als uitgangspunt te nemen; in dat geval zou A ($2/5 \times € 75 =$) € 30 en B ($3/5 \times € 75 =$) € 45 moeten dragen. Die verhouding komt overeen met 2 : 3. Minder juist lijkt mij de berekening waarbij men bij de proportionele verdeling uitgaat van de € 50 waarvoor hoofdelijkheid bestaat; dan zou namelijk A ($2/5 \times € 50 =$) € 20 en B ($3/5 \times € 50 =$) € 30 moeten dragen, zodat B uiteindelijk ($€ 30 + € 25 =$) € 55 draagt. De verhouding van € 30 tot € 55 is niet gelijk aan 2 : 3.

Een gelijke verdeling van het bedrag waarvoor hoofdelijkheid bestaat, weerspiegelt dus niet per se de onderlinge verhouding van de bedragen waarvoor men zich borg had gesteld. Ik acht het om die reden verdedigbaar om niet een gelijke maar een proportionele verdeling toe te passen. Dat lijkt ook te volgen uit de regeling van draagplicht tussen medeborgen

182 Het betreft omslag voor het geval de hoofdschuldenaar geen verhaal biedt. In verhouding tot de borgen is immers de hoofdschuldenaar de draagplichtige debiteur; een verdeling tussen de borgen onderling komt dan aan de orde wanneer verhaal op de hoofdschuldenaar niet mogelijk blijkt. Zie Blomkwist 2012, p. 95-97. Voor mijn betoog is dit onderscheid zonder belang.

onderling: verdeling moet plaatsvinden in evenredigheid met de bedragen waarvoor ieder jegens de schuldeiser aansprakelijk was.¹⁸³

Ook de Hoge Raad lijkt de verdeling naar evenredigheid voor te staan; in 1981 besliste de Raad dat:

“(…) indien meer personen voor een schuld aansprakelijk zijn of hun goederen voor de schuld hebben verbonden en één hunner, die jegens de anderen draagplichtig is omdat die schuld intern slechts hem aangaat, onvermogen blijft te zijn, het daardoor voor de anderen ontstane nadeel over deze anderen moet worden omgeslagen naar evenredigheid van de bedragen waarvoor zij door de schuldeiser aangesproken konden worden. (...) Mogelijk is evenwel dat de omstandigheden van het geval in verband met de nog vast te stellen bijzonderheden van de onderlinge verhouding (...) anders meebrengen.”¹⁸⁴

Deze verdelingsregel moet mijns inziens worden verstaan zoals hierboven uiteengezet. Door de draagplicht aldus vast te stellen wordt namelijk rekening gehouden met de relatie tussen de verschillende maten van risico, door de bedragen niet geïsoleerd, maar in samenhang te beschouwen.¹⁸⁵ Dit alles geldt niet alleen voor medeborgen, maar bijvoorbeeld ook voor hoofdelijk aansprakelijke verzekeraars met afwijkende polismaxima.¹⁸⁶

Draagplicht naar draagkracht

Er zijn diverse wettelijke bepalingen die als ratio lijken te hebben dat de persoon die in de regel een grotere financiële draagkracht heeft dan een ander, tevens de draagplichtige is, of algemener en voorzichtiger geformuleerd: die de mogelijkheid bieden om draagplicht af te stemmen op de draagkracht van de betreffende debiteur.¹⁸⁷ De draagplicht voor de kosten van de echtelijke huishouding is bijvoorbeeld evenredig aan de inkomsten van de echtelieden.¹⁸⁸

183 Art. 7:869 jo 6:152 BW. Zie ook de omschrijving van de omslagberekening bij Asser/Van Schaick 7-VIII 2012, nr. 124.

184 HR 20 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4265, NJ 1982/469 (Zwaal/NMB).

185 In gelijke zin Korthals Altes 1933, p. 168-169, losbl. Bijzondere contracten (oud), art. 1881 (Wessels), aant. 5-6. Deze berekeningswijze heeft overigens als voordeel dat de relatieve draagplicht van de borg die voor het laagste bedrag is gebonden, ongewijzigd blijft ook als het resterende bedrag dat door de hoofdschuldenaar onbetaald is gelaten beneden het bedrag daalt waarvoor deze borg aansprakelijk is. Zie daarover Korthals Altes 1933, p. 168-169.

186 Zie art. 7:961 lid 3 BW. Deze bepaling geeft als regresmaatstaf “de evenredigheid van de bedragen waarvoor een ieder afzonderlijk kan worden aangesproken”; deze maatstaf is dezelfde als die welke in art. 7:869 jo 6:152 BW wordt aangelegd. Zie voor berekeningen in de verzekeringscontext Van der Moolen 2008; Bessems 2010; Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 2012, nr. 488.

187 Zie bijv. art. 1:84 BW.

188 Art. 1:84 BW.

Een bekend voorbeeld uit het aansprakelijkheidsrecht is art. 6:170 lid 3 BW, dat de werkgever in verhouding tot de werknemer in beginsel geheel draagplichtig acht in het geval zij samen aansprakelijk zijn voor een fout van de werknemer jegens een derde.¹⁸⁹ Bij de motieven voor een dergelijke ‘verdelende rechtvaardigheid’ in het burgerlijk recht neemt het draagkrachtmotief uiteraard een prominente plaats in.¹⁹⁰ Dit blijkt ook uit art. 7:661 lid 2 BW, dat contractuele afwijking van art. 6:170 lid 3 BW toestaat voor zover de werknemer verzekerd is tegen aansprakelijkheid. Een aansprakelijkheidsverzekering schept draagkracht van de werknemer; volledige draagplicht van de werkgever is in die gevallen geen vanzelfsprekende zaak.

Buiten specifieke wetsbepalingen die stelen op de gedachte dat verdeling naar draagkracht moet plaatsvinden, kan ook de rechter komen te staan voor de vraag of hij draagkracht laat meewegen bij de verdeling. De rechter zou bijvoorbeeld in het kader van de billijkheidscorrectie van art. 6:102 jo 6:101 BW rekening kunnen houden met het feit dat een van beide aansprakelijken verzekerd is.

Een voorbeeld uit de Duitse rechtspraak betrof een werknemer die als bestuurder van een motorrijtuig onder de dekking viel van een *verplichte* aansprakelijkheidsverzekering voor de schade die hij had toegebracht. Aangezien de WAM-verzekeraar uiteindelijk de gevolgen van de eventuele draagplicht van de werknemer zou dragen, werd de werknemer volledig draagplichtig geacht ten opzichte van zijn werkgever.¹⁹¹ Eenzelfde oplossing acht ik voor ons recht verdedigbaar, aangezien de hoofdregel van art. 6:170 lid 3 BW voornamelijk stoelt op de gedachte dat de werknemer in de regel niet in staat zal zijn de regreslast te dragen. Als dit in een specifiek geval ten gevolge van het bestaan van een verzekeringsdekking anders is, komt mijns inziens in zoverre aan toepassing van art. 6:170 lid 3 de grond te ontvallen.¹⁹²

De billijkheidscorrectie van art. 6:102 jo 6:101 BW kan in voorkomende gevallen ook worden gebruikt op een wijze die vergelijkbaar is met het rechterlijk matigingsrecht van

189 Op meer plaatsen heeft de wetgever de werknemer in bescherming genomen. Zie bijv. art. 7:661 BW alsmede art. 77 lid 3 WAO en art. 83 lid 2 WW (onmogelijkheid van regres door werkgever op werknemer voor naheffing sociale werknemerspremies). Vgl. voorts HR 3 november 1989, NJ 1990/699 (*Derksen/Scholten*) en HR 21 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1711, NJ 1997/570 (*Fysiotherapeutisch Instituut Schmitz BV/Caspers*).

190 Zie HR 26 juni 1959, ECLI:NL:HR:1959:AG2039, NJ 1959/551 (*De Bont/Zuid Ooster Autobusdiensten*). Een mogelijke volgende stap in de rechts(politieke) ontwikkeling zou zijn om de regresregel van art. 6:170 lid 3 BW ook naar buiten toe te laten werken, zodat het risico van insolventie van de werkgever niet op de werknemer maar op de derde zou komen te rusten. In die richting gaan (voorzichtige) pleidooien van Bolt & Spier 1996, p. 331-332 en voordien Wachter 1991, p. 309 e.v.

191 Van Boom 1999, p. 136.

192 Vgl. in deze zin Parl. Gesch. Boek 6, p. 728. Anders Hartlief & Tjittes 1990, p. 80.

art. 6:109 BW, bijvoorbeeld wanneer een van de debiteuren een financiële ondergang tegemoet gaat ten gevolge van het regres en de regreszoekende debiteur heel wel in staat is de betreffende last te dragen.¹⁹³

Schadeverzekeraar en schadeveroorzaker

Op grond van art. 7:962 BW wordt de schadeverzekeraar na uitkering van de verzekeringspenningen gesubrogeerd in de schadevergoedingsrechten van de verzekerde jegens eventuele aansprakelijken.¹⁹⁴ De gangbare opvatting is dat deze subrogatie de exclusieve grondslag is voor het regres van de schadeverzekeraar. In paragraaf 3.5.6 verdedigde ik de opvatting dat sprake is van hoofdelijkheid tussen de schadeverzekeraar die tot uitbetaling van de verzekeringspenningen verplicht is, en de persoon die aansprakelijk is voor de desbetreffende schadeveroorzakende gebeurtenis.¹⁹⁵ In mijn opvatting zou het regres van de schadeverzekeraar derhalve primair door art. 6:10 BW moeten worden beheerst, en zou de subrogatie van art. 7:962 BW tot niet meer of anders leiden dan de regresversterkende subrogatie van art. 6:12 BW. Deze afwijkende opvatting lijkt onverenigbaar met de heersende leer; deze gaat er namelijk van uit dat de subrogatie de exclusieve grondslag voor het regres van de schadeverzekeraar is.¹⁹⁶ Wel leiden beide opvattingen in veel gevallen tot hetzelfde resultaat, aangezien de materiële regresmaatstaf dezelfde is. In beginsel kan de verzekeraar namelijk volledig regres nemen op de aansprakelijke persoon (of personen). Maar de keuze voor het zelfstandige regresrecht van art. 6:10 BW of het gesubrogeerde regresrecht van art. 7:962 BW kan in een concreet geval wel tot verschillende uitkomsten leiden.

Deze verschillen zijn goeddeels terug te voeren op de ‘nemo plus’-regel zoals die bij art. 7:962 BW geldt. Ik zal hier niet uitgebreid mijn pleidooi herhalen voor afschaffing van de subrogatie als regresinstrument; zie daarover uitgebreid paragraaf 5.2.2. Hier kan worden volstaan met enerzijds de wens dat art. 7:962 BW geschrapt wordt ten faveure van de algemene regels van art. 6:10 BW e.v., en anderzijds de vaststelling dat naar geldend recht de regeling van art. 7:962 BW voorrang toekomt boven die van art. 6:10 BW.

In bepaalde gevallen is regres door de verzekeraar op de aansprakelijke uitgesloten. Zo sluit art. 6:197 BW uit dat regres wordt genomen op bepaalde risico-aansprakelijke perso-

¹⁹³ Vgl. Lubach 2005, p. 400-401.

¹⁹⁴ Vgl. HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM3952, NJ 2010/557 (*RVS/Scheldebouw*) voor de subrogatie ex art. 7:962 BW van de aansprakelijkheidsverzekeraar in de regresrechten van art. 6:10 BW. Let wel: dat is niet het type zaken waar deze paragraaf over gaat.

¹⁹⁵ De hoofdelijkheid beperkt zich uiteraard tot het gemeen verschuldigde bedrag.

¹⁹⁶ Algemeen over art. 7:962 BW Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 2012, nr. 570 (overigens zonder bespreking van de vraag of sprake zou kunnen zijn van hoofdelijkheid).

nen. Bovendien is regres op onder andere gezinsleden van de verzekerde in beginsel onmogelijk (art. 7:962 lid 3 BW). In die gevallen waarin de wet het regres van de schadeverzekeraar op de aansprakelijke uitsluit, dient steeds te worden nagegaan of daarmee wellicht ook in bredere zin een verdeling van draagplicht is gegeven voor de toepassing van art. 6:10 BW. Is daarvan namelijk sprake, dan is niet alleen de onmogelijkheid van verhaal door de verzekeraar op de aansprakelijke gegeven, maar omgekeerd ook de *mogelijkheid van verhaal* door de aansprakelijke die de benadeelde schadeloos heeft gesteld op de (immers draagplichtige) schadeverzekeraar.

Een dergelijke verdeling van draagplicht treft men mijns inziens aan in art. 7:962 lid 3 BW.¹⁹⁷ In het uitzonderlijke geval dat de benadeelde niet zijn schadeverzekeraar maar het aansprakelijke gezinslid tot vergoeding weet te bewegen, zal het betreffende gezinslid naar mijn mening verhaal kunnen nemen op de (immers draagplichtige) schadeverzekeraar. Aldus beschouwd is de verzekeringsovereenkomst in zekere zin mede in het belang van het aansprakelijke gezinslid gesloten, en fungeert de overeenkomst *de facto* mede als aansprakelijkheidsverzekering.

Een ander voorbeeld biedt naar mijn mening art. 6:197 BW. Ook deze bepaling kan worden gezien als een invulling van de regresmaatstaf van art. 6:10 BW. Art. 6:197 BW behelst immers een uitzondering op het uitgangspunt dat de risico-aansprakelijke geheel draagplichtig is in verhouding tot de schadeverzekeraar; voor de in art. 6:197 BW genoemde aansprakelijkheidsgronden geldt namelijk dat integendeel de schadeverzekeraar draagplichtig is. De in art. 6:197 BW genoemde wetsbepalingen betreffen namelijk nieuwe risico-aansprakelijkheden, die slechts in het nieuwe BW zijn opgenomen in het belang van benadeelden.¹⁹⁸ Schadeverzekeraars mogen niet profiteren van deze aansprakelijkheden, zo is de gedachte. Zij mogen dan ook niet profiteren van de toevalligheid dat de benadeelde niet zijn schadeverzekeraar maar de risico-aansprakelijke tot schadevergoeding heeft aangesproken. Door nu art. 6:197 BW op te vatten als invulling van de regresmaatstaf van art. 6:10 BW, staat in voorkomende gevallen niets in de weg aan een eventuele regresactie van de (risico-)aansprakelijke persoon jegens de schadeverzekeraar van de benadeelde. Voor een dergelijke regresactie is uiteraard geen plaats wanneer de risico-aansprakelijke tevens schuldaansprakelijk is.

197 Zie daarover Korthals Altes 1987, p. 117, Korthals Altes 1987*, p. 14, Van Dam 1995, p. 108 e.v., Hartlief 1996, p. 33-34 en Hartlief & Tjittes 1999, p. 85 e.v.

198 Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1404.

5.5 BIJDAGEN IN KOSTEN EN RENTE

5.5.1 *Algemene opmerkingen over kostenverhaal*

Art. 6:10 lid 3 BW kent de hoofdelijke debiteur die kosten heeft gemaakt, de mogelijkheid toe deze kosten te verhalen op de andere debiteuren.¹⁹⁹ De wettekst laat open welke kosten het hier betreft en hoe nauw het verband tussen de hoofdelijk verschuldigde prestatie en de gemaakte kosten moet zijn. Uit de tekst van art. 6:10 BW en uit de totstandkomingsgeschiedenis blijkt in ieder geval dat enerzijds niet verhaalbaar zijn de kosten die “slechts de schuldenaar persoonlijk betreffen”, maar dat anderzijds het kostenverhaal niet beperkt is tot de kosten gemoeid met het verrichten van de hoofdelijk verschuldigde prestatie; ook de kosten die zijn gemaakt door een ander dan de betalende debiteur komen dus voor verhaal in aanmerking.²⁰⁰

Welke kosten (in welke mate) voor verhaal in aanmerking komen, zal naar mijn mening onder meer afhangen van de vraag of de debiteur in redelijkheid mocht overgaan tot het maken van de kosten en of de omvang van de kosten binnen redelijke grenzen is gebleven. Deze dubbele redelijkheidstoets vindt men bijvoorbeeld ook terug in art. 6:96 lid 2 BW, dat in zoverre analoog kan worden toegepast.

De maatstaf voor het kostenverhaal in art. 6:10 BW is de verdeling naar rato van de draagplicht in de prestatie waarvoor hoofdelijkheid bestaat: zijn twee debiteuren voor een geleend geldbedrag hoofdelijk tot terugbetaling aansprakelijk en zijn zij in hun onderlinge verhouding gelijkelijk draagplichtig, dan zullen zij ook gelijkelijk moeten bijdragen in de kosten die een van hen maakt in verband met de hoofdelijkheid.

Het kostenverhaal in evenredigheid met de draagplicht van de debiteuren lijkt te zijn geïnspireerd op de zaakwaarnemingsidee: de kosten zijn gemaakt ten behoeve van alle debiteuren gezamenlijk en wel in evenredigheid met de mate waarin zij voor de hoofdelijk verschuldigde prestatie draagplichtig zijn.²⁰¹ Meer dan de zaakwaarnemingsidee speelt hier niet. Net zomin als zaakwaarneming altijd een deugdelijke grondslag voor regres is (zie paragraaf 5.2.5), kan het altijd als grondslag voor verhaal van gemaakte kosten dienen.

199 De vraag of de hoofdelijke debiteuren mede-aansprakelijk zijn voor de kosten die de crediteur heeft gemaakt, is geen vraag van hoofdelijkheid; steeds zal ten opzichte van elke debiteur afzonderlijk moeten worden vastgesteld waartoe zijn verbintenis verplicht (bijv. met inachtneming van art. 6:96 lid 2 BW).

200 Parl. Gesch. Boek 6, p. 113. M.i. kan art. 6:10 lid 3 BW daarom ook als grondslag dienen voor verhaal op de overige debiteuren van (proces)kosten die zijn gemoeid met het regres op een van de debiteuren. Art. 6:10 lid 3 BW dient derhalve overeenkomstig te worden toegepast bij de omslagregeling van art. 6:13 BW.

201 Vgl. Van Buchem-Spapens 1982, p. 28, die de rechtsgrond voor verhaal van gemaakte proceskosten zoekt in de besparing die het proces met zich brengt voor de andere debiteuren: zij kunnen zich de kosten van een zinloos proces besparen.

De verplichting tot betaling van bijkomende kosten, zoals die is neergelegd in art. 6:10 lid 3 BW, moet worden onderscheiden van het regresrecht van art. 6:10 lid 1 BW. Immers, ook de kosten die zijn gemaakt door een ander dan de betalende debiteur komen voor verhaal in aanmerking. Het regresrecht wordt pas opeisbaar indien de hoofdelijke prestatie door of ten laste van een van de hoofdelijke debiteuren is verricht (art. 6:10 lid 2 BW); eventuele wettelijke rente over de regresvordering kan – met inachtneming van de vereisten voor verzuim (art. 6:81-6:83 BW) – pas verschuldigd worden zodra een van de debiteuren aan de crediteur heeft betaald. Het verhaalsrecht voor kosten als bedoeld in art. 6:10 lid 3 BW is in zoverre onafhankelijk van het regresrecht, dat het ook kan toekomen aan een ander dan de regresgerechtigde debiteur. Het wordt opeisbaar onafhankelijk van het moment van betaling aan de crediteur, namelijk zodra de kosten zijn gemaakt. Eventueel verzuim treedt dus ook in, onafhankelijk van verzuim in de regresvordering.

5.5.2 *Kosten die ontstaan door verzaking van de vrijwaringsplicht*

In paragraaf 5.3 kwam aan de orde dat de debiteuren onderling tot medewerking aan de prestatie, tot vrijwaring verplicht zijn. Ter sprake kwam ook dat de praktische relevantie van een dergelijke plicht niet groot is, omdat de wet op andere wijzen voorziet in de behoefte aan de vrijwaringsplicht. Niettemin kan de plicht tot vrijwaring verklaren waarom gemaakte kosten op een van art. 6:10 lid 1 BW afwijkende wijze moeten worden verdeeld onder de hoofdelijke debiteuren. Stel bijvoorbeeld dat A en B hoofdelijk verbonden zijn voor een geldschuld en dat zij in hun onderlinge verhouding gelijkelijk draagplichtig zijn. B wordt door de crediteur tot nakoming aangesproken. A is hiervan op de hoogte, maar hij laat niettemin na om tot voldoening van zijn aandeel over te gaan. B moet geld lenen tegen verhypothekering van zijn woonhuis om de schuld geheel te kunnen voldoen; B had namelijk weliswaar voldoende in kas om het eigen aandeel te voldoen, maar niet om ook dat van A te betalen. Heeft B jegens A recht op vergoeding van de kosten van de geldlening? Mijns inziens is A *geheel* draagplichtig voor deze kosten; zou immers A uit eigen beweging tot medewerking aan de nakoming zijn overgegaan, dan was B van deze kosten gevrijwaard gebleven.²⁰²

De hier verdedigde mogelijkheid van volledig kostenverhaal op de debiteur aan wiens aandeel in de prestatie de kosten 'aankleven', vindt geen steun in art. 6:10 lid 3 BW: het is immers geen verdeling in evenredigheid met de draagplicht voor de hoofdelijk verschuldigde prestatie. Bovendien is de regresvordering een geldvordering en dus geldt voor berekening van de schadevergoeding wegens het niet-betalen van de geldvordering in beginsel het

202 In Van Boom 1999, p. 146 voegde ik aan dit voorbeeld toe dat dit ook zou moeten gelden indien B in financieel onvermogen verkeert, maar bij nader inzien denk ik dat dat niet juist is. Er kan dan, zo denk ik thans, geen rechtvaardiging zijn voor doorbreking van het gesloten stelsel van wettelijke rente.

gesloten stelsel van de wettelijke rente (art. 6:119 BW). Niettemin kan volledig kostenverhaal wegens schending van de vrijwaringsplicht onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn, zoals in het voorbeeld. Een dergelijk verhaal kan mijns inziens voldoende worden gegrond op art. 6:(8 jo) 2 BW, dat in voorkomende gevallen afwijking van art. 6:10 lid 3 BW toestaat.

De medewerkingsplicht in het gegeven voorbeeld vooronderstelt bekendheid van de hoofdelijke debiteuren met elkaar en met de omvang van elkaars draagplicht. Dat is naar mijn mening het juiste uitgangspunt: zouden A en B niet van elkaars debiteurschap afweten of kunnen afweten, althans niet van elkaars identiteit, en dus ook niet van de onderlinge draagplicht, dan zou A niet het verwijt kunnen worden gemaakt dat B genoodzaakt werd om een geldlening af te sluiten teneinde de crediteur te voldoen. In dit geval moet men dan ook aannemen dat de kosten slechts B persoonlijk betreffen.

5.5.3 *Proceskosten voor het gemenebest*

Uit de totstandkomingsgeschiedenis blijkt dat ook proceskosten onder art. 6:10 lid 3 BW vallen.²⁰³ Dat betreft niet proceskosten die zijn gemaakt door de crediteur, indien de hoofdelijke debiteuren daarvoor reeds als zodanig aansprakelijk zijn.²⁰⁴ Die proceskosten worden rechtstreeks op grond van art. 6:10 lid 2 BW ondergebracht in het regresrecht. Art. 6:10 lid 3 BW ziet juist op de proceskosten die zijn gemoeid met het verweer dat door een van de debiteuren tegen de crediteur werd gevoerd:

“Men denke aan het geval van een veroordeling in de kosten van een door de schuldeiser gewonnen procedure waarin verweer voeren verantwoord leek.”²⁰⁵

Het voorbeeld is zorgvuldig gekozen: zou het verweer tegen de crediteur op inhoudelijke gronden zijn geslaagd, dan zou – afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de inhoudelijke grond voor afwijzing van de vordering van de crediteur – bijvoorbeeld kunnen komen vast te staan dat geen van de vermeende debiteuren tot enige prestatie gehouden is.²⁰⁶ Is dat het geval, dan biedt art. 6:10 lid 3 BW, bij gebreke van hoofdelijkheid, geen mogelijkheid van verhaal van proceskosten.²⁰⁷ Dat is op zijn minst wonderlijk: slaagt het

203 Aangenomen mag worden dat bij de berekening van de verschuldigde bedragen de werkelijke kosten als uitgangspunt moeten worden genomen, en dus niet de liquidatietarieven die op grond van art. 57 Rv in processuele kostenveroordelingen worden gehanteerd.

204 Dit kan zich bijv. voordoen op grond van art. 6:98 BW en art. 6:96 lid 2 BW, of op grond van hoofdelijke veroordeling in een proces.

205 Parl. Gesch. Boek 6, p. 113.

206 Let wel: de rechterlijke uitspraak tussen crediteur en een van de hoofdelijke debiteuren heeft formeel gezien geen gezag van gewijsde in de verhouding van de crediteur tot de andere debiteuren; materiële doorwerking is wel denkbaar. Daarover nader hoofdstuk 7.

207 Mogelijk anders: Van Buchem-Spapens 1982, p. 28.

verweer van de debiteur op een zodanige wijze dat dit alle andere debiteuren ten goede komt, dan kunnen de kosten van verweer *niet* worden verhaald, terwijl de kosten van een falend verweer *wel* voor verhaal in aanmerking komen. Dogmatisch gezien is hier geen speld tussen te krijgen.²⁰⁸ Voor regres en het kostenverhaal op grond van art. 6:10 BW wordt immers het bestaan van hoofdelijkheid voorondersteld. Blijkt hoofdelijkheid te ontbreken, dan komt men aan toepassing van art. 6:10 BW niet toe. Hoewel dogmatisch juist, kan deze uitkomst in lang niet alle gevallen bevredigen. In voorkomende gevallen kunnen kosten van verweer wel rechtstreeks op grond van art. 6:198 BW of art. 6:212 BW worden verhaald, namelijk wanneer het voeren van het verweer mede in belang van de andere pseudo-debiteuren was en zij door het slagen van het verweer daadwerkelijk zijn gebaat.²⁰⁹

Het verhaal ex art. 6:10 lid 3 BW betreft overigens slechts proceskosten voor zover²¹⁰ deze betrekking hebben op het voeren van verweren die de debiteuren min of meer gezamenlijk aangaan. Het moge duidelijk zijn dat de kosten die zijn gemoeid met de verwezenlijking van een persoonlijk verweermiddel, dat alleen de verbintenis van de betreffende debiteur aantast, niet verhaald kunnen worden op de andere debiteuren.²¹¹ In de eerste plaats omdat, als het verweer slaagt, de verbintenis en daarmee de onderlinge rechtsverhouding non-existent blijkt te zijn; in de tweede plaats omdat, ook als het verweer niet slaagt, geen sprake is van kosten gemaakt voor 'het gemenebest'.

5.5.4 Wettelijke rente

Moeten de hoofdelijke debiteuren ook bijdragen in de wettelijke rente die één hunner heeft vergoed aan de crediteur? Gegeven het in beginsel onafhankelijke karakter van hoofdelijke verbintenissen, dient in elk van de verbintenissen verzuim op te treden voordat de crediteur jegens de desbetreffende debiteur aanspraak kan maken op wettelijke rente.²¹² Zie daarover

208 Ook de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW) kunnen niet eenvoudig die speld-functie vervullen aangezien een beroep daarop strikt genomen het bestaan van een rechtsverhouding vooronderstelt. Dat is anders indien men wil aannemen dat tussen personen die ten onrechte worden aangesproken als hoofdelijke debiteuren, een rechtsverhouding ontstaat die door redelijkheid en billijkheid wordt beheerst.

209 Voor die constructie is eens te meer aanleiding sinds HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6079, NJ 2012/213 (*Zegveld c.s./ZLTO Advies*); in die uitspraak ging de Hoge Raad om en oordeelde hij dat het voortaan niet langer mogelijk is om de verliezende eiser in de hoofdzaak (de crediteur) op te zadelen met de kostenveroordeling van de (dus ook verliezende) gewaarborgde in de vrijwaringsprocedure. Die proceskosten blijven dus liggen bij de pseudo-gewaarborgde; behoudens contractuele grondslag zou een verhaal van die kosten ex art. 6:198 BW of art. 6:212 BW op de andere pseudo-debiteuren denkbaar zijn.

210 Praktisch gesproken zullen de kosten van een gevoerd proces (schattenderwijs) pro rato moeten worden verdeeld over de in het proces tegen de crediteur gevoerde verweren.

211 De Kok 1965, p. 27.

212 Dit uitgangspunt wordt zelfs bij de borgtocht in ere gehouden; zie art. 7:856 BW, waarover m.n. Parl. Gesch. Boek 7, p. 441.

ook hiervoor paragraaf 4.6. Voor zover de debiteuren – al dan niet van rechtswege – in verzuim zijn, zijn zij hoofdelijk aansprakelijk voor de wettelijke rente.²¹³ Zij zijn draagplichtig naar rato van hun draagplicht in de primaire verbintenis.

Versillen de rentebedragen doordat bijvoorbeeld een van de hoofdelijke debiteuren een hoger rentepercentage overeengekomen is met de crediteur (art. 6:119 lid 3 BW), dan kan slechts onderling regres worden genomen ten belope van het gemeen verschuldigde bedrag. De rentebedragen die door het hogere percentage verschuldigd zijn geworden, blijven voor rekening van de desbetreffende debiteur.

Problematischer is het geval waarin bijvoorbeeld van drie hoofdelijke debiteuren er twee in verzuim zijn en dus wettelijke rente verbeuren. De nevenverplichting tot vergoeding van de wettelijke rente is voor de in verzuim verkerende debiteuren een hoofdelijk verschuldigde prestatie: uiteraard kan de crediteur slechts éénmaal het betreffende rentebedrag incasseren. Voor de verhouding tussen de drie debiteuren onderling zal men twee gescheiden regrescircuits moeten realiseren: het eerste circuit betreft het regres inzake de hoofdvordering, dat drie debiteuren betreft; het tweede circuit betreft het regres inzake de rentevordering, dat slechts twee debiteuren betreft. De derde debiteur is aansprakelijk noch draagplichtig voor de opgekomen rente.

Wettelijke rente kan ook verschuldigd zijn over de regresvordering. Voordat over de regresvordering wettelijke rente verschuldigd wordt, dient de regresplichtige in verzuim te raken.²¹⁴ Hiervoor is in beginsel een ingebrekestelling nodig; de regresvordering is immers geen schadevergoedingsvordering in de zin van art. 6:83 sub b BW. Ik schrijf dit met enige schroom, omdat ik besef dat voor de toepassing van het verjaringsregime de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de regresvordering wél een schadevergoedingsvordering is. Ik verwijs voor uiteenzetting van de argumenten tegen die opvatting naar paragraaf 5.2.1. In beginsel zal elke regresplichtige debiteur afzonderlijk in verzuim moeten worden gebracht, tenzij bijvoorbeeld op grond van een afspraak tussen hoofdelijke debiteuren het verzuim van de een mede als het verzuim van de ander heeft te gelden.

213 Zo ook Parl. Gesch. Boek 7, p. 442 voor het geval zowel hoofdschuldenaar als de borg in verzuim is van betaling van de hoofdsom.

214 Vgl. (zij het voor wat betreft oud recht) De Kok 1965, p. 27.

5.6 ENIGE COMPLICATIES BIJ HET EFFECTUEREN VAN DRAAGPLICHT

5.6.1 *Regres na deelprestatie*

Als twee gelijkelijk draagplichtige debiteuren hoofdelijk 100 verschuldigd zijn, en een van hen voldoet 50 bij wijze van (door de crediteur aanvaarde) deelbetaling, kan de betreffende debiteur dan regres nemen op de ander? Zou men ook inderdaad regres toestaan, dan zou in evenredigheid met de draagplicht regres voor 25 mogelijk zijn. Onze wetgever koos in art. 6:10 lid 2 BW echter voor het – wat ik maar zal noemen – drempelstelsel: regres is alleen mogelijk voor zover de betalende debiteur meer heeft voldaan dan zijn interne aandeel.²¹⁵ Het regres begint dan pas een rol te spelen als de debiteur in het voorbeeld meer dan 50 (van 100) voldoet.

Welk stelsel is het meest verkieslijke, het ‘drempelstelsel’ of het ‘evenredigheidsstelsel’? Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 6:10 lid 2 BW blijkt niet dat de wetgever het evenredigheidsstelsel heeft overwogen. Toch is het evenredigheidsstelsel onmiskenbaar billijker, omdat het bij de verdeling bij de deelprestatie aansluiting zoekt bij de draagplicht voor het geheel.²¹⁶ Het kan zich bijvoorbeeld gebeuren dat de crediteur om onduidelijke redenen genoeg neemt met betaling van 50 en verder geen aanspraken geldend maakt. Het gevolg bij het drempelstelsel zou dan zijn dat van twee gelijkelijk draagplichtige debiteuren er één 50 en de ander niets draagt. Dat moge geen benadeling zijn van de debiteur die 50 draagt in vergelijking tot de situatie waarin de crediteur betaling van 100 vordert, maar het is in het concrete geval wel een door de crediteur (al dan niet bewust) bewerkstelligde wijziging van de draagplicht. Het is immers de crediteur die ervoor kiest om een van beide debiteuren voor slechts 50 aan te spreken. Het drempelstelsel leidt er voorts toe dat de debiteur die een deelprestatie verricht, een feitelijk verhoogd insolventierisico draagt. Als de debiteur in het voorbeeld 50 betaalt, kan hij daarvan niets verhalen op zijn mededebiteur. Mocht de vermogenstoestand van deze laatste vervolgens ernstig verslechteren, dan zal een eventuele vervolgprestatie van 50 evenzeer ten laste komen van de solvete debiteur. *De facto* vergroot het drempelstelsel het insolventierisico voor de betalende debiteur, omdat hij moet afwachten totdat hij meer dan 50 heeft voldaan eer hem een regresrecht toekomt.

Bij het evenredigheidsstelsel kan hij direct na betaling van de eerste 50 de helft verhalen op de andere debiteur, die op dat moment nog verhaal biedt. Aan het evenredigheidsstelsel kleeft het nadeel dat het potentieel kostbaar is: als de crediteur immers na de deelprestatie van 50 een vervolgaanspraak van 50 realiseert, dan moet ook die tweede 50 in evenredigheid worden verdeeld. Hoe kleiner de deelprestatie in verhouding tot de gehele prestatie is, hoe

215 Parl. Gesch. Boek 6, p. 109 en 112; Schoordijk 1967, p. 116.

216 Vgl. De Kok 1965, p. 19.

groter de kans zal zijn dat er meer dan (een of) twee regresronden plaatshebben, hetgeen stellig als inefficiënt kan worden betiteld.²¹⁷ Bedacht moet evenwel worden dat zich ook bij het drempelstelsel meer regresronden kunnen voordoen. Een voorbeeld kan dit verduidelijken.²¹⁸ Stel dat drie debiteuren gelijkelijk draagplichtig zijn: de interne draagplicht is dus voor elke debiteur $1/3$. Zijn zij 1500 verschuldigd en vordert de crediteur van één hunner 1200, dan kan deze regres nemen op de andere debiteuren; volgens het drempelsysteem kan in totaal voor $1200 - (1/3 \text{ van } 1500 =) 500 = 700$ regres worden genomen, zij het dat steeds ten hoogste het interne aandeel (500) kan worden gevorderd. De regreszoekende debiteur kan ervoor kiezen de twee andere debiteuren voor 500 en 200 aan te spreken, óf voor 350 elk. Doet hij het laatste, dan is geen opvolgende regresronde noodzakelijk. Die volgende regresronde is wel nodig als hij verkiest een van de andere debiteuren voor 500 in regres te nemen. Zou het regres volgens het evenredigheidsstelsel plaatsvinden, dan zou de betalende debiteur van elk van de debiteuren ($1/3 \text{ van } 1200 =) 400$ kunnen vorderen, zonder dat een volgende regresronde noodzakelijk wordt.

Conclusie moet zijn dat het evenredigheidsstelsel billijker is dan het wettelijke drempelstelsel.²¹⁹ In bepaalde gevallen functioneert het drempelstelsel bovendien in het geheel niet. In die gevallen kan, met een beroep op art. 6:8 BW, voorrang worden gegeven aan het evenredigheidsstelsel. Het drempelsysteem werkt namelijk niet in die gevallen waarin de omvang van de hoofdelijk verschuldigde prestatie niet op voorhand vaststaat, bijvoorbeeld wanneer twee personen onbeperkt hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden die een hunner tegenover een bepaalde crediteur heeft. Wie kan dan immers zeggen wanneer de drempel is overschreden? In sommige van die gevallen kan weliswaar het drempelstelsel overeind blijven door de in beginsel onbepaalde aansprakelijkheid te verdelen in overzienbare termijnen, zodat de drempel per termijn moet worden berekend.²²⁰ Maar niet altijd kan in termijnen worden gedacht, bijvoorbeeld als sprake is van tekorten op een langlopend bankkrediet ten behoeve van een BV, die krachtens overeenkomst worden aangezuiverd door twee personen die zich hoofdelijk jegens de bank hebben verbonden voor de krediet-schulden van de BV. Steeds als een van de debiteuren een ontstaan tekort heeft aangezuiverd, bestaat er behoefte aan regres op de andere debiteur. Onder werking van het drempelstelsel is zulks onmogelijk zolang niet vaststaat hoe groot de omvang van de schuld uiteindelijk zal zijn. Het evenredigheidsstelsel maakt regres op de andere hoofdelijke debiteur direct na betaling mogelijk, en dat verdient hier de voorkeur.

217 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 484-485.

218 Vgl. ook Schoordijk 1979, p. 90, Van Buchem-Spapens 1982, p. 24, Asser/Hartkamp-Sieburgh 6-I 2012, nr. 123.

219 Zo ook Klaassen 2001, p. 127; Klaassen 2002, p. 687 e.v.

220 Parl. Gesch. Boek 6, p. 109, p. 112.

5.6.2 *Onderlinge draagplicht en interne draagplicht*

Dient regres plaats te vinden in evenredigheid met de *onderlinge* draagplicht of in evenredigheid met de *interne* draagplicht? Dat is een op het eerste gezicht vreemde vraag, want is 'onderling' niet hetzelfde als 'intern'? Als er twee hoofdelijke debiteuren zijn, dan komen deze begrippen inderdaad overeen. Zijn er echter meer dan twee debiteuren, dan ontstaat onherroepelijk verschil tussen interne en onderlinge draagplicht. Een voorbeeld: als A en B hoofdelijk aansprakelijk zijn en gelijkelijk draagplichtig, dan is de interne draagplicht van beiden $1/2$ en hun onderlinge draagplicht: $A : B = 1 : 1$, hetgeen op hetzelfde neerkomt. Zijn de drie debiteuren A, B en C hoofdelijk verbonden en gelijkelijk draagplichtig, dan is de interne draagplicht van allen $1/3$. De onderlinge draagplicht, in samenhang bezien, is $A : B : C = 1 : 1 : 1$. Als nu A de hoofdelijk verschuldigde prestatie verricht en vervolgens B tot een regresbijdrage aanspreekt, dan zou B volgens de interne draagplicht $1/3$ moeten bijdragen, terwijl bij de methode van de onderlinge draagplicht de omvang van het regres van A op B gerelateerd wordt aan de onderlinge verhouding tussen regreszoekende A en regresplichtige B, *hetgeen* $A : B = 1 : 1$ oplevert. In die methode zou A dus B kunnen aanspreken voor $1/2$. Daarmee kan de kous uiteraard niet af zijn, want in het licht van zowel de interne draagplicht als het *totaalbeeld*²²¹ van de onderlinge draagplicht van A, B en C, is de uiteindelijke draagplicht van A, B en C elk $1/3$. Als A dus voor $1/2$ regres heeft genomen op B, dan dient vervolgregres plaats te vinden door zowel A als B op C. A en B kunnen elk afzonderlijk vervolgregres nemen op C *voor* $(3/6 - 2/6 =) 1/6$.

De twee regresmethoden onderscheiden zich dus hierdoor dat men bij de vaststelling van de interne draagplicht de draagplicht van alle debiteuren in één en dezelfde 'totaalbeeld-afweging' betreft teneinde hun absolute draagplicht vast te stellen, terwijl bij de vaststelling van de onderlinge draagplicht kan worden volstaan met de afweging van 'relatieve' draagplicht tussen twee (van meer) debiteuren.²²²

In de Nederlandse literatuur en rechtspraak zal men tevergeefs zoeken naar een antwoord op de vraag welke van deze twee methoden de juiste is.²²³ Een uitzondering is Brunner; in zijn NJ-noot onder het DES-arrest bestempelt hij de hier bedoelde verdeling naar onderlinge draagplicht zonder meer als geldend recht.²²⁴ Dat lijkt mij onjuist: de tekst van art. 6:10 lid 1 en 6:102 lid 1 BW rept weliswaar van 'de onderlinge verhouding' van

221 Hier wringt m.i. de schoen bij art. 6:102 lid 2 BW: men kan immers een geval van mede-aansprakelijkheid en eigen schuld pas volledig doorrekenen als dit 'totaalbeeld' in ogenschouw is genomen. In dezelfde zin Spier 1984, p. 1109; Kunneman 1994, p. 15.

222 In Duitsland worden deze verschillende methoden – zij het in ander verband – wel aangeduid met 'Gesamtschau' en 'Einzelabwägung'. Zie de verwijzingen bij Van Boom 1999, p. 152.

223 Anders dan veel auteurs menen, geeft HR 21 januari 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC5875, NJ 1977/386 (*Heijmans/Raaijmakers; sanitaire stop*) geen uitsluitsel over het aanverwante probleem van eigen schuld en mede-aansprakelijkheid. Tot deze conclusie komt ook Kunneman 1994, p. 13.

224 HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, NJ 1994/535 (*DES-dochters*), noot sub 6. Brunner spreekt van de 'inktvlekmethode'.

hoofdelijke debiteuren, maar er zijn geen aanwijzingen die erop duiden dat de wetgever het hier bedoelde begrip ‘onderling’ voor ogen stond. Het is integendeel aannemelijk dat de wetgever van verdeling in evenredigheid met de interne draagplicht uitging. Allereerst is er de tekst van het slot van art. 6:10 lid 2 BW, waar het regres toestaat ten belope van “het gedeelte van de schuld dat de medeschuldenaar aangaat”. In de Toelichting Meijers wordt bovendien opgemerkt:

“De verplichting tot bijdragen is geen hoofdelijke verbintenis. Een schuldenaar die het door hem betaalde of een gedeelte daarvan kan verhalen op zijn medeschuldenaren, kan derhalve niet een van zijn medeschuldenaren aanspreken voor het gehele hem toekomende bedrag, doch slechts voor het gedeelte dat die medeschuldenaar aangaat.”²²⁵

De wetgever lijkt er dus van uit te gaan dat verdeling moet geschieden in evenredigheid met de *interne* draagplicht.²²⁶ Dit lijkt mij een juist uitgangspunt; aan Brunner kan evenwel worden toegegeven dat het onder omstandigheden juister is om een verdeling in evenredigheid met de onderlinge draagplicht te laten plaatsvinden. Ik kom hier later op terug; eerst zal ik aan de orde stellen waar de laatstgenoemde regresmethode vandaan komt en op welke gronden zij rust.

De regresmethode naar rato van de onderlinge draagplicht vertoont verwantschap met de wijze waarop in art. 6:102 lid 2 BW de samenloop van mede-aansprakelijkheid en eigen schuld wordt geregeld. Deze bepaling werkt aldus: als A en B aansprakelijk zijn voor de schade van C, terwijl deze laatste eigen schuld aan het voorval heeft, dan zal verdeling van de schade moeten plaatsvinden. In het meest simpele geval zijn A, B en C gelijkelijk draagplichtig voor de schade van C; het totaalbeeld van de onderlinge draagplicht is dan $A : B : C = 1 : 1 : 1$. De omvang van de aansprakelijkheid van A en B jegens C wordt steeds bepaald door de onderlinge verhouding tussen enerzijds C en anderzijds A of B te bekijken. Daarbij geldt in ons voorbeeld $A : C = 1 : 1$, en ook $B : C = 1 : 1$, zodat C kan kiezen om $1/2$ van zijn schade op A dan wel B te verhalen. In totaal heeft C recht op vergoeding van $2/3$ van zijn schade, zodat hij na ontvangst van $1/2$ (van A of B) *nog* $(4/6 - 3/6 =) 1/6$ kan vorderen (van B of A). Blijkt deze in tweede instantie aangesproken debiteur insolvent of onvindbaar te zijn, dan hoeft geen omslag of iets dergelijks meer plaats te vinden: C en de in eerste instantie aangesproken debiteur dragen direct en in evenredigheid met hun *onderlinge* draagplicht de gevolgen van insolventie of onvindbaarheid. In getallen uitgedrukt: A voldoet als eerst aangesprokene $1/2 (= 3/6)$ van de schade (immers: $A : C = 1 : 1$); B blijkt insolvent. Het gevolg is dat C $3/6$ vergoed heeft gekregen, $1/6$ niet kan verhalen op B, en

²²⁵ Parl. Gesch. Boek 6, p. 109.

²²⁶ Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 109 en 117.

wegens eigen schuld de resterende 2/6 zelf draagt. A dient de 3/6 betaalde schade ten belope van 2/6 uit hoofde van interne draagplicht zelf te dragen; de 1/6 die hij op B zou willen verhalen, draagt hij uit hoofde van omslag. Resultaat is dat A en C elk 1/6 (hun *onderlinge* verhouding is immers 1: 1) dragen bij wijze van ‘omslag’ van de insolventie van B. A en C kunnen elk afzonderlijk vervolgens B tot betaling van 1/6 aanspreken zodra B weer verhaal blijkt te bieden.

De essentie van art. 6:102 lid 2 BW is dat het een directe spreiding van insolventierisico beoogt in evenredigheid met de mate van draagplicht. Toepassing van de regresmethode naar rato van de onderlinge draagplicht zou op overeenkomstige wijze leiden tot het *ab initio* spreiden van het risico van insolventie (of onvindbaarheid) van (een) niet bij de verdeling betrokken debiteur(en) over de debiteuren die wél bij de betreffende verdeling zijn betrokken. Deze methode incorporeert het omslagstelsel van art. 6:13 BW bij voorbaat in het regresrecht van art. 6:10 BW; de aandelen van alle debiteuren die niet zijn betrokken bij de verdeling, worden aldus zonder meer omgeslagen. Regres naar rato van de onderlinge draagplicht is eigenlijk dus geen zuivere regresmethode, maar een combinatie van regres en omslag bij voorbaat.

Hieruit volgt mijns inziens dat de wetgever als hoofdregel niet de verdeling naar onderlinge draagplicht voor ogen stond: zou de omvang van het regresrecht van art. 6:10 BW worden bepaald door de onderlinge draagplicht, dan is de omslagregeling van art. 6:13 BW overbodig. Bovendien is de omslagmethode van art. 6:13 BW minder verstrekkend dan de verdeling naar rato van de onderlinge draagplicht in gevallen waarin sprake is van vier of meer debiteuren. Stel $W : X : Y : Z = 1 : 2 : 1 : 1$. Als nu Z de hoofdelijk verschuldigde prestatie van 100 voldoet, en het staat vast dat Y insolvent is, dan zou het regres van Z op X volgens de interne verdeling (inclusief omslag) als volgt worden gecijferd: $40 + [2/5 \text{ van } 20] = 48$, terwijl het regres volgens de onderlinge draagplicht 66 zou zijn (immers: $X : Z = 2 : 1$). Het verschil is hierin gelegen dat bij de laatste berekeningswijze ook wordt geabstraheerd van de draagplicht van (en omslag over) W.

Wat pleit voor en tegen de verschillende regresmethoden? De methode van interne draagplicht noopt direct tot ‘Gesamtschau’: men kan pas tot de conclusie komen dat bijvoorbeeld A, B en C elk 1/3 intern draagplichtig zijn als men de draagplicht van de drie debiteuren in samenhang heeft beschouwd en afgewogen. Bij toepassing van de methode van de onderlinge draagplicht kan men voor wat betreft het regres door A op B volstaan met het formuleren van relatieve draagplichten: zijn A en B gelijkelijk draagplichtig, dan is regres ten belope van 1/2 mogelijk, is B tweemaal ‘draagplichtiger’ dan A, dan bedraagt A’s regresvordering 2/3, enzovoort. Dit lijkt een gunstige regresmethode: in de regresprocedure tussen A en B behoeft het eventuele aandeel van een eventuele C niet te worden meegewogen. Als men vooralsnog niet van het bestaan of het aandeel van C afweet, kan met deze methode niettemin op rechtvaardige wijze verdeling van de draagplicht plaatsvinden tussen de wél bekende debiteuren.

De regresmethode naar onderlinge draagplicht brengt voor de rechter die in een regreszaak tussen A en B moet oordelen, als voordeel mee dat hij geen uitspraken hoeft te doen over de draagplicht van C, die geen deel uitmaakt van de procedure, die waarschijnlijk niet gehoord is en over wie het gezag van gewijsde van het vonnis zich niet uitstrekt. Beter is het dus om over de draagplicht van die partijen geen oordeel te vellen.²²⁷ Slechts wanneer C in de procedure is betrokken, bijvoorbeeld doordat B hem in vrijwaring heeft opgeroepen, behoeft dan een ‘Gesamtschau’ van de draagplicht van A, B en C plaats te vinden.

Het genoemde voordeel is echter in werkelijkheid niet meer dan ‘uitstel van executie’. Men kan uiteindelijk niet om een ‘Gesamtschau’ heen, want hoe kan men anders bijvoorbeeld tot de conclusie komen dat bijvoorbeeld $A : B : C = 1 : 2 : 4$? Een rekenvoorbeeld. A, B en C zijn hoofdelijk verbonden voor een bedrag van 100. A voldoet de schuld en neemt regres op B naar rato van de onderlinge draagplicht $A : B = 1 : 2$. B voldoet aan A dus $(2/3 \times 100) = 67$. Als komt vast te staan dat $B : C = 1 : 2$, dan kan B van de 67 die hij aan A betaalde, 44 op C verhalen. Maar mag men vervolgens op grond van deze feiten de sprong maken naar een totaalbeeld $A : B : C = 1 : 2 : 4$? En zo ja, waartoe leidt dit dan? Slechts met inachtneming van deze ‘Gesamtschau’ kan men ook conform het totaalbeeld verdelen: zou A namelijk vervolgregres op C hebben in evenredigheid met hun onderlinge verhouding, dan zou de berekening als volgt zijn: $4/5 \times 33 = 27$. A draagt dan uiteindelijk ongeveer 7, B 22 en C 71. Dat komt niet overeen met $1 : 2 : 4$ (dat zou immers ongeveer zijn $A = 14$, $B = 29$, $C = 57$). Het vervolgregres van A op C kan daarom slechts $4/7 \times 33$ bedragen, enzovoort. Aan de noemer 7 in de breuk $4/7$ komt men alleen toe wanneer men de onderlinge draagplicht van A, B en C in gezamenlijk verband beschouwt (in dit voorbeeld dus $1 + 2 + 4$). Een dergelijk totaalbeeld kan men, evenzeer als bij de verdeling naar interne draagplicht, alleen verkrijgen als óf wel de omvang van de draagplicht van de debiteuren in samenhang met elkaar wordt gezien,²²⁸ óf wel sprake is van een geval waarin de regresmaatstaf op voorhand in absolute termen is geformuleerd, zoals bijvoorbeeld bij regres naar gelijke delen (de onderlinge verhouding is dan altijd $1 : 1$) of bij regres naar rato van het marktaandeel zoals voor het regres onder DES-producenten wordt verdedigd. In dat laatste geval heeft men immers een absoluut vergelijkingsgetal; weliswaar is niet altijd mogelijk om het marktaandeel in een percentage uit te drukken (met name als niet alle producenten bekend zijn), maar een onderlinge vergelijking van aantallen afgezette producteenheden levert ook een absoluut ijkpunt op.²²⁹ Dat ijkpunt ontbreekt als men appels

227 In gelijke zin (zij het in verband met art. 6:102 lid 2 BW): Parl. Gesch. Boek 6, p. 258 e.v., en Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1265-1266.

228 Aldus ook Kunneman 1994, p. 15. Vgl. Keirse & Jongeneel 2013, p. 148.

229 Vandaar dat Brunners regresvoorbeeld in zijn noot onder HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, NJ 1994/535 (DES-dochters) bij verdeling naar rato van het marktaandeel gemakkelijk klopt.

met peren – of lastiger nog: appels met onbekende eenheden – moet vergelijken, bijvoorbeeld de onderlinge maten van gevaarverhogingsbijdrage.²³⁰

Het gebruik van een absoluut ijkpunt heeft – in ieder geval bij regres naar rato van het marktaandeel – overigens als neveneffect dat marktaandelen van niet-aansprakelijken als vanzelf worden uitgesmeerd over de wél aansprakelijke producenten. Dat is in het DES-geval overigens ook logisch, nu de Hoge Raad voor de omvang van de hoofdelijke aansprakelijkheid in beginsel niet relevant achtte of er mogelijk niet-aansprakelijke producenten waren.²³¹

Concluderend kan worden gezegd dat, afgezien van de (vermoedelijke) wil van de wetgever, aan beide regresmethoden zowel voor- als nadelen zijn verbonden. Bij het regres naar onderlinge draagplicht spreidt men niet alleen het insolventierisico (waarvan allerminst zeker is dat het zich zal verwezenlijken), maar ook de kosten van regres. Men kan zich bij de regresmethode naar onderlinge draagplicht in eerste instantie concentreren op de partij tot wie de regresvraag zich concreet uitstrekt. Andere debiteuren hoeven niet in de weging van (relatieve) draagplicht te worden betrokken. Dat is zowel een voordeel als een nadeel: een voordeel omdat bij bepaling van de draagplicht tussen hoofdelijke debiteuren A en B geen uitspraken behoeven te worden gedaan over het aandeel van een eventuele C; een nadeel omdat bij een vervolgregres van A of B op C uiteindelijk toch niet kan worden volstaan met een weging van onderlinge aandelen, maar integendeel toch het totaalbeeld $A : B : C$ moet worden bekeken.

Als gezegd stond de wetgever voor hoofdelijke debiteuren de regresmethode naar interne draagplicht voor ogen; niettemin ben ik van mening dat onder omstandigheden er goede redenen kunnen zijn om van dit uitgangspunt af te wijken. Een aantal situaties kan worden onderscheiden. Allereerst kan het zich voordoen dat de hoofdelijke debiteuren A en B niet beter weten dan dat zij getweeën de hoofdelijke debiteuren zijn; zij weten niet van het bestaan van (of de aansprakelijkheid van) C. A en B zullen dan feitelijk overgaan tot verdeling naar onderlinge draagplicht, omdat zij meenden dat dit tevens de interne draagplicht was. Blijkt deze veronderstelling achteraf onjuist te zijn, dan zal op grond van een herwaardering vervolgregres op C moeten plaatsvinden. Nadeel van dit vervolgregres is dat C waarschijnlijk zowel aan A als aan B een bijdrage moet leveren. Dit nadeel, dat uiteraard ook kleeft aan het vervolgregres na de omslag van art. 6:13 BW, zal op de koop toe moeten worden genomen. In de tweede plaats kan het zich voordoen dat het weliswaar bekend is aan A en B dat er een C moet bestaan, maar dat diens exacte identiteit onbekend blijft. In dat geval van onvindbaarheid kan de onderlinge draagplicht tussen A en B als regresmaatstaf fungeren. In de derde plaats kan insolventie van C van tevoren voldoende

²³⁰ Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 1265.

²³¹ HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, NJ 1994/535 (*DES-dochters*), r.ov. 3.7.6.

vast komen te staan. In dat geval is verdeling tussen A en B naar rato van de onderlinge draagplicht aangewezen.

Deze drie gevallen van onverhaalbaarheid – te weten onbekendheid, onvindbaarheid en onverhaalbaarheid wegens insolventie – zijn exact de gronden voor omslag als bedoeld in art. 6:13 BW. Hieraan kan bovendien nog worden toegevoegd: onverhaalbaarheid wegens liquidatie of het niet-aanwezig hebben van binnen redelijke termijn uit te winnen vermogen. Art. 6:13 BW dient immers steeds dan te worden toegepast wanneer “door welke oorzaak dan ook het verhaalsrecht tegen een der schuldenaren niet binnen redelijke tijd kan worden geëffectueerd”.²³² De verdeling naar onderlinge draagplicht is in de genoemde gevallen dus een ‘proactieve’ – of, zo men wil: *ex ante* – toepassing van art. 6:13 BW.²³³ Daar bestaat voor die gevallen geen bezwaar tegen;²³⁴ het roept alleen wel de vraag op hoe geoordeeld moet worden als de in regres aangesproken debiteur zich tegen verdeling naar onderlinge draagplicht verzet met het verweer dat er nog een derde hoofdelijke debiteur in het spel is, op wie regres kan worden genomen. De strekking van het verweer is uiteraard dat de mogelijkheid van regres op een derde debiteur de omvang van de regresvordering op hem zou moeten reduceren. Het is in die gevallen aan de regreszoekende debiteur om aan te tonen dat de identiteit van de betreffende debiteur onbekend is, of dat om andere reden het verhaal tegen deze debiteur niet binnen redelijke tijd kan worden geëffectueerd. Van de regreszoekende debiteur kan wat dit betreft wel enige inspanning worden gevergd; de kosten van zijn recherchepogingen kunnen bovendien op grond van art. 6:10 lid 3 BW worden gespreid over alle debiteuren.

5.6.3 *Het omslagstelsel van art. 6:13 BW*

Na het voorgaande behoeft art. 6:13 BW nauwelijks bespreking. Het artikel moet worden toegepast wanneer regres naar rato van de interne draagplicht plaatsvindt en daarbij blijkt dat regres op een of meer van de draagplichtige debiteuren niet binnen redelijke tijd geëffectueerd kan worden. Dat doet zich met name voor als de desbetreffende debiteur onvindbaar, onbekend of insolvent is, of zijn vermogen om een andere reden niet op gemakkelijke wijze kan worden uitgewonnen voor de regresvordering. Het onverhaalbare aandeel wordt omgeslagen over de draagplichtige debiteuren in evenredigheid met hun interne draagplicht.²³⁵ Pas als omslag over een of meer draagplichtige debiteuren niet

232 Parl. Gesch. Boek 6, p. 111.

233 In dezelfde zin Boonekamp 2013, p. 160.

234 Men bedenke overigens wel dat in de gevallen waarin één van de vier of meer debiteuren onvindbaar of insolvent is, de verdeling naar rato van de onderlinge draagplicht en de verdeling naar rato van de interne draagplicht (inclusief omslag) wederom uiteenlopen. Zie de hoofdttekst hierboven.

235 Zie bijv. Ophof 1983, p. 1192-1194, Ophof 1984, p. 319-348, Rutten 1984, p. 515-529, Verloop 1985, p. 11-15, Ophof 1987, Van Verschuier 1984, Van Neer-van den Broek 1988, p. 115 e.v., Verloop 1991, p. 93 e.v.,

mogelijk is, dan vindt de omslag plaats over de niet-draagplichtige debiteuren. Deze derde regresfase geschiedt in beginsel in evenredigheid met de omvang van eens ieders aansprakelijkheid. Er kunnen dus drie regresfasen worden onderscheiden: de vaststelling van de interne draagplicht,²³⁶ de eventuele omslag over draagplichtige debiteuren en de eventuele omslag over niet-draagplichtige debiteuren.

5.6.4 Faillietverklaring en art. 136 lid 2 Fw

In paragraaf 4.9.3 kwam art. 136 lid 1 Fw aan de orde; het geeft aan de crediteur van hoofdelijk verbonden debiteuren een bijzonder recht in het faillissement van zijn debiteuren, te weten het recht om zijn vorderingen voor doeleinden van verificatie ongewijzigd in te dienen, ook als er al deelbetalingen zijn of worden gedaan. Wat betreft de interne rechtsverhouding geeft art. 136 lid 2 Fw een aanvullende regel:

“Een hoofdelijke schuldenaar kan, zo nodig voorwaardelijk, worden toegelaten voor de bedragen waarvoor hij op de gefailleerde, krachtens hun onderlinge rechtsverhouding als hoofdelijke medeschuldenaren, een vordering heeft verkregen of zal verkrijgen.”

De toevoeging ‘of zal verkrijgen’ is van belang voor regresvorderingen die na de datum van faillietverklaring van de regresdebiteur ontstaan, dus bijvoorbeeld doordat ná die datum betaling plaatsvindt door de andere debiteur aan de crediteur.²³⁷ De toelating is niet onbeperkt; art. 136 lid 2 Fw bepaalt namelijk ook:

“De toelating geschiedt echter slechts:

- a. voorzover de schuldeiser daarvoor zelf niet kan opkomen of, hoewel hij het kan, niet opkomt;
- b. voor het geval de schuldeiser gedurende het faillissement voor het gehele bedrag waarvoor hij is opgekomen, wordt voldaan;
- c. voorzover om een andere reden de toelating geen voor de concurrente schuldeisers nadelige invloed heeft op de aan hen uit te keren percenten.”

Snijders 1992, p. 375 e.v., Oostwouder 1996, p. 339 e.v. alsmede Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1207-1210; Klaassen 2002, p. 688 e.v.

236 Wanneer sprake is van hoofdelijke regresplicht (daarover nader in par. 5.6.5), kan zelfs een tweede regresronde voor interne draagplicht plaatsvinden.

237 Voor het ontstaansmoment van de wettelijke regresvordering, zie par. 5.2.1. In Van Boom 2000* kwam ook nog het thans achterhaalde scenario aan de orde dat regresvorderingen voorwaardelijk ontstaan met het ontstaan van hoofdelijkheid. Of het de wetgever destijds werkelijk zo helder voor ogen stond op welk moment de regresvordering van art. 6:10 BW ontstaat, is overigens de vraag. Vgl. Boekraad 1997, p. 19-20; Van Boom 2000*, p. 32 e.v.

Art. 136 lid 2 Fw beoogt te voorkomen dat zowel de crediteur als een hoofdelijke debiteur tegelijk in het faillissement van een mededebiteur zijn vordering resp. (voorwaardelijke) regresvordering indient. Het moet niet mogelijk zijn, aldus de wetgever, dat twee of meer personen tegelijk voor dezelfde schuld in het faillissement opkomen.²³⁸ Als hoofdregel geldt daarom dat de hoofdelijke debiteur zijn (voorwaardelijke) regresvordering niet kan indienen zolang niet zeker is dat de crediteur ook zal opkomen in het faillissement. Staat genoegzaam vast dat deze is voldaan (door de regreszoekende debiteur), dan kan de regresvordering (onvoorwaardelijk) worden ingediend.²³⁹ Dat zijn dus de mogelijkheden: de regresvordering wordt voorwaardelijk of onvoorwaardelijk ingediend. Het is niet toegestaan om bij wijze van alternatief een onzekere regresvordering op contante waarde te schatten en deze aldus tot de verificatie toe te laten. Zolang de crediteur nog geen betaling heeft verkregen en hij ook niet jegens de gefailleerde (c.q. de curator) afstand heeft gedaan van zijn vordering, is het mogelijk noch wenselijk om de voorwaardelijke regresvordering op 'contante waarde' te schatten en als zodanig tot de verificatie toe te laten.

5.6.5 *Verhaalseenheden en hoofdelijke regresplicht*

Als regel is het regres onder hoofdelijke debiteuren niet hoofdelijk, zodat de debiteuren elkaar slechts kunnen aanspreken voor dat deel dat zij elk afzonderlijk draagplichtig zijn. Uiteraard kunnen de debiteuren een andere afspraak maken, in dier voege dat twee of meer hoofdelijk regresplichtig zijn jegens een of meer andere debiteuren. Bovendien kan zich om andere redenen hoofdelijkheid van regresplicht voordoen. Een van die voorbeelden betreft het regres van de niet-draagplichtige borg.

Voor de borgtocht is bijvoorbeeld in art. 7:866 lid 3 BW bepaald dat hoofdelijke debiteuren voor wie een derde zich borg heeft gesteld, tegenover deze borg hoofdelijk regresplichtig zijn. De borg zal in de regel namelijk geheel vrij van draagplicht zijn in zijn verhouding tot deze hoofdelijke debiteuren; uit billijkheidsmotieven heeft de wetgever ervoor gekozen om het regres van de borg in afwijking van art. 6:10 BW hoofdelijk te doen zijn.²⁴⁰ Men kan hierin dezelfde gedachte terugzien die ook ten grondslag ligt aan de verdeling naar rato van de *onderlinge* draagplicht: de borg is ten opzichte van *elk van de andere debiteuren* geheel vrij van draagplicht. De onderlinge draagplicht zou dus ten opzichte van elke andere debiteur *0 : 1* zijn in het voordeel van de borg. Daarin

238 Zie Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 420-421.

239 Klaassen 1995, p. 758; Parl. Gesch. Inv. Wijziging, p. 421-422.

240 Blomkwist 2012, p. 90.

vindt de hoofdelijke regresplicht van de andere debiteuren dus haar rechtvaardiging.

De gedachte dat hoofdelijke regresplicht bestaat jegens een niet-draagplichtige debiteur, verdient naar mijn mening navolging. Zij geldt niet alleen voor het regres van de borg, maar bijvoorbeeld ook voor dat van de schadeverzekeraar op personen die de verzekerde schadegebeurtenis hebben veroorzaakt en die daarvoor aansprakelijk zijn. Ik roep in herinnering dat in mijn opvatting de schadeverzekeraar en de aansprakelijke veroorzakers hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens de verzekerde/benadeelde,²⁴¹ in de interne verhouding is de schadeverzekeraar in beginsel geheel vrij van draagplicht en kan hij jegens de veroorzakers hoofdelijk regres uitoefenen. Deze veroorzakers vormen als het ware een eenheid tegenover de verzekeraar.

Het kan overigens ook gebeuren dat door de strekking van de verzekeringsovereenkomst een van de veroorzakers 'overloopt' van het kamp van de eenheid der veroorzakers naar de zijde van de schadeverzekeraar. Indien een van beide veroorzakers bijvoorbeeld een familielid of werknemer is van de verzekerde/benadeelde, dan leidt dit voor toepassing van art. 7:962 BW ertoe dat de benadeelde drie hoofdelijk aansprakelijke personen kan aanspreken: het familielid, de derde-aansprakelijke en de schadeverzekeraar. Neemt deze laatste na vergoeding van de schade regres op de derde-aansprakelijke, dan wordt het aandeel van het familielid in de regresplicht toegerekend aan de schadeverzekeraar; deze vormt dan met het familielid een 'verhaalseenheid' ten opzichte van de derde-aansprakelijke. Ratio voor deze toerekening is tweeledig. Enerzijds is onverenigbaar met de strekking van de verzekeringsovereenkomst dat de verzekerde de door de verzekeraar overgenomen schadelast via het regres van de derde-aansprakelijke op het familielid indirect 'teruggeschoven' krijgt, terwijl het anderzijds evenmin de bedoeling is om een derde te belasten met het aandeel van het familielid.²⁴²

Een ander geval waarin hoofdelijke regresplicht toepassing verdient, betreft het geval waarin twee van meer debiteuren instaan voor hetzelfde aandeel in de veroorzaking. Stel dat A in dienst is van C en dat B in dienst is van D. A en B begaan een fout in de uitoefening van hun beroepswerkzaamheden. Gesteld nu dat aan alle vereisten voor aansprakelijkheid ex art. 6:162 respectievelijk art. 6:170 BW is voldaan, dan zijn er vier hoofdelijke debiteuren (art. 6:102 BW). Stel voorts dat de fouten van A en B gelijkelijk aan veroorzaking van de gebeurtenis hebben bijgedragen. Als nu C de schade voldoet, dan kan hij voor 1/2 regres nemen op B of D, in dier voege dat betaling door de een mede de ander bevrijdt. Voor wat betreft deze 1/2 geeft art. 6:170 lid 3 BW vervolgens een regel van *onderlinge draagplicht*: tussen B en D (evenals tussen A en C) geldt dat de werkgever in beginsel geheel draagplichtig

²⁴¹ Zie nader par. 3.5.6.

²⁴² Vgl. HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM3952, NJ 2010/557 (RVS/Scheldebouw).

is. De regel van art. 6:170 lid 3 BW heeft slechts werking tussen werkgever en werknemer; ten opzichte van eventuele mededebiteuren zijn zij elk draagplichtig voor hetzelfde veroorzakingsaandeel; ten opzichte van deze mededebiteuren vormen werknemer en werkgever daarom een verhaalseenheid en zijn zij hoofdelijk regresplichtig ten opzichte van eventuele mede-aansprakelijken.²⁴³

Hetgeen hier wordt afgeleid uit art. 6:170 lid 3 BW, geldt mijns inziens steeds indien en voor zover twee (of meer) van meer hoofdelijke debiteuren instaan voor hetzelfde aandeel ‘in de schuld’.

Dat zal zich bijvoorbeeld voordoen als men naast een ander risico-aansprakelijk is voor diens fout (art. 6:170, 6:171, 6:172 BW). Ook kan men denken aan de WAM-verzekeraar die naast de verzekerde aansprakelijk is voor de door deze toegebrachte schade. Verzekeraar en verzekerde vormen een verhaalseenheid, nu zij regresplichtig zijn voor hetzelfde veroorzakingsaandeel ten opzichte van eventuele mede-aansprakelijken. Deze verhaalseenheid kan zelfs uit drie personen bestaan, namelijk als de aansprakelijke bestuurder het voertuig bestuurd met toestemming van de motorrijtuighouder.

Ik ben daarom ook van oordeel dat medebezitters van zaken en dieren als verhaalseenheid hebben te gelden voor de toepassing van art. 6:173, 6:174 en 6:179 (jo 6:180) BW, net als ouders voor de toepassing van art. 6:169 lid 1 BW. Zou bijvoorbeeld door de samenloop van de onrechtmatige gedraging van een kind en de eigen energie van een dier schade worden toegebracht aan een derde, dan zouden de ouders een verhaalseenheid vormen en de medebezitters (als daar sprake van is) ook.

In het Duitse aansprakelijkheidsrecht gaat men wat betreft de rechtsfiguur van de verhaalseenheid nog een stap verder en tracht men ook medeveroorzakers wier gedragingen *bij elkaar genomen* een bepaald aandeel in de veroorzaking teweegbrengen, in een ‘verhaalseenheid’ onder te brengen. Het behoren tot een ‘veroorzakingseenheid’ maakt dat men ook in de regresverhouding instaat voor het *geheel* van de aan de ‘eenheid’ toe te rekenen aandelen in de schade. Het maakt de betreffende debiteuren dus hoofdelijk regresplichtig. Denkbaar is dat een dergelijke benadering ook voor ons recht in bepaalde gevallen bruikbaar kan zijn.

Bijvoorbeeld: raken twee te onderscheiden groepen jongeren slaags en brengen zij zodoende schade toe aan een derde, dan kan sprake zijn van twee verhaals-

243 Aldus ook De Kok 1965, p. 67. In het Duitse recht is dit verschijnsel van de ‘verhaalseenheid’ al lange tijd gemeengoed; men spreekt daar van een ‘Haftungseinheit’. Zie daarover Van Boom 1999, p. 160 e.v.

eenheden. Gesteld dat het veroorzakingsaandeel van de ene eenheid 2/3 is, dan kan na betaling van de schade door een van de personen uit deze eenheid regres worden genomen op elk van de deelnemers aan de andere eenheid voor 1/3. Vervolgens zal binnen de desbetreffende eenheid vervolgres moeten plaatsvinden.

5.6.6 *Eigen schuld*

Hiervoor kwam al de regeling van art. 6:102 lid 2 BW aan de orde, zij het in een andere context. Hier herhaal en verdiep ik de behandeling. Voor de samenloop van mede-aansprakelijkheid en eigen schuld geeft art. 6:102 lid 2 BW een ingewikkelde en niet helemaal goed uitgewerkte regeling.²⁴⁴ Art. 6:102 lid 2 BW bepaalt:

“Wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, vindt artikel 101 toepassing op de vergoedingsplicht van ieder van de in het vorige lid bedoelde personen afzonderlijk, met dien verstande dat de benadeelde in totaal van hen niet meer kan vorderen dan hem zou zijn toegekomen, indien voor de omstandigheden waarop hun vergoedingsplichten berusten, slechts één persoon aansprakelijk zou zijn geweest. (...)”

Dit moet volgens de totstandkomingsgeschiedenis aldus worden begrepen dat als A en B onrechtmatig handelend schade toebrengen aan C, terwijl C eigen schuld heeft aan zijn eigen schade, er zowel een ‘Einzelabwägung’ (onderlinge afweging) als een ‘Gesamtschau’ (totaalbeschouwing) moet plaatsvinden.²⁴⁵

Deze bepaling werkt aldus: als A en B aansprakelijk zijn voor de schade van C, terwijl deze laatste eigen schuld aan het voorval heeft, dan zal verdeling van de schade moeten plaatsvinden. In het meest simpele geval zijn A, B en C gelijkelijk draagplichtig voor de schade van C; de totaalbeschouwing (‘Gesamtschau’) van de onderlinge draagplicht is dan $A : B : C = 1 : 1 : 1$. Dit resultaat van ‘Gesamtschau’ wordt uitgedrukt met het zinsdeel “dat de benadeelde in totaal van hen niet meer kan vorderen dan hem zou zijn toegekomen, indien voor de omstandigheden waarop hun vergoedingsplichten berusten, slechts één persoon aansprakelijk zou zijn geweest”.

²⁴⁴ Kunneman 1994, p. 21; Van Boom 1999, p. 161 nt. 292.

²⁴⁵ Voorbeelden bij Keirse & Jongeneel 2013, p. 147 e.v.

De omvang van de aansprakelijkheid van A en B jegens C wordt steeds bepaald door de *onderlinge* verhouding tussen enerzijds C en anderzijds A of B te bekijken. Daarbij geldt in ons voorbeeld $A : C = 1 : 1$, en ook $B : C = 1 : 1$, zodat C kan kiezen om $1/2$ van zijn schade op A dan wel B te verhalen. Dit wordt tot uitdrukking gebracht met de zinsnede “vindt artikel 101 toepassing op de vergoedingsplicht van ieder van de in het vorige lid bedoelde personen afzonderlijk”.

In totaal heeft C recht op vergoeding van $2/3$ van zijn schade, zodat hij na ontvangst van $1/2$ (van A of B) nog $(4/6 - 3/6 =) 1/6$ kan vorderen (van B of A). Blijkt deze in tweede instantie aangesproken debiteur insolvent of onvindbaar te zijn, dan hoeft geen omslag of iets dergelijks meer plaats te vinden: C en de in eerste instantie aangesproken debiteur dragen direct en in evenredigheid met hun *onderlinge* draagplicht de gevolgen van insolventie of onvindbaarheid. In getallen uitgedrukt: A voldoet als eerst aangesprokene $1/2 (= 3/6)$ van de schade (immers: $A : C = 1 : 1$); B blijkt insolvent. Het gevolg is dat C $3/6$ vergoed heeft gekregen, $1/6$ niet kan verhalen op B, en wegens eigen schuld de resterende $2/6$ zelf draagt. A dient de $3/6$ betaalde schade ten belope van $2/6$ uit hoofde van interne draagplicht zelf te dragen; de $1/6$ die hij op B zou willen verhalen, draagt hij uit hoofde van omslag. Resultaat is dat A en C elk $1/6$ (hun *onderlinge* verhouding is immers $1 : 1$) dragen bij wijze van ‘omslag’ van de insolventie van B. A en C kunnen elk afzonderlijk vervolgens B tot betaling van $1/6$ aanspreken zodra B weer verhaal blijkt te bieden.

Duidelijk moge zijn dat bij de combinatie van ‘Einzelabwägung’ en ‘Gesamtschau’ een scheiding wordt aangebracht tussen de verhouding tussen de benadeelde en elk van de aansprakelijken enerzijds en het ‘totaalbeeld’ van de veroorzakingsaandelen anderzijds. Voor bepaling van het bedrag waarvoor een bepaalde hoofdelijke debiteur maximaal kan worden aangesproken, is de ‘Einzelabwägung’ bepalend. Voor bepaling van het bedrag dat de benadeelde van zijn debiteuren in totaal aan schadevergoeding kan vorderen, is de ‘Gesamtschau’ bepalend. Het moge ook duidelijk zijn dat de essentie van het systeem van art. 6:102 lid 2 BW is dat het al een omslagstelsel in zich draagt door een directe spreiding van insolventierisico in evenredigheid met de mate van draagplicht en dat het systeem verband houdt met het eerder in paragraaf 5.6.2 behandelde onderscheid tussen interne en onderlinge draagplicht, maar nu in combinatie met de crediteur die op grond van art. 6:101 BW een deel van zijn schade zelf dient te dragen.

Wat mankeert er nu precies aan art. 6:102 lid 2 BW? In de wettekst en totstandkomingsgeschiedenis ontbreekt het besef dat men de combinatie van het systeem van ‘Einzelabwägung’ (onderlinge afweging) en ‘Gesamtschau’ (totaalbeschouwing) zoals neergelegd in art. 6:102 lid 2 BW dient toe te passen met inachtneming van de leer van de ‘verhaalseen-

heden'. Als men die leer namelijk toepast, dan haalt men de scherpe kanten van art. 6:102 lid 2 BW af. Daarom zal ik hierna uiteenzetten hoe men het systeem van onderlinge afweging en totaalbeschouwing combineert met de leer van de 'verhaalseenheden'. Drie varianten zijn daarbij te onderscheiden. In de eerste plaats is er de variant waarbij er geen verhaalseenheden zijn. Daarop is het wettelijk systeem van art. 6:102 lid 2 BW onverkort van toepassing.

Dat betekent dat in het hiervoor genoemde voorbeeld waarin A en B aansprakelijk zijn voor de schade van C, terwijl deze laatste eigen schuld aan het voorval heeft, verdeling van de schade zal moeten plaatsvinden volgens het combinatiesysteem van onderlinge afweging en totaalbeschouwing.

De tweede variant is die waarbij er sprake is van een verhaalseenheid waar de benadeelde geen deel van uitmaakt, en de hoofdelijk aansprakelijke debiteuren dus wel. Voor die gevallen vindt in de totaalbeschouwing een aftrek plaats wegens eigen schuld. Wat resteert, kan van de hoofdelijk aansprakelijke debiteuren worden opgevorderd.

Stel dat werknemer A schade veroorzaakt, waar werkgever B mede aansprakelijk voor is (art. 6:170 BW), terwijl benadeelde C eigen schuld heeft. De schade van C is voor $\frac{2}{3}$ toe te rekenen aan de gedraging van A en voor $\frac{1}{3}$ aan de eigen schuld van C. Hier zijn A en B een verhaalseenheid en komt aan C een schadevergoedingsrecht toe van $\frac{2}{3}$, waar A en B hoofdelijk voor aan te spreken zijn. Er vindt geen verdere onderlinge afweging plaats wanneer C van A of B vordert. Als we het voorbeeld van werknemer A variëren en naast de verhaalseenheid [A + B] nog een 'losse' veroorzaker D introduceren, waarbij de veroorzakingsbijdrage van A = $\frac{1}{3}$, C = $\frac{1}{3}$ en D = $\frac{1}{3}$, dan is sprake van een combinatie van de eerste en de tweede variant. C kan nu van A en B elk hoofdelijk $\frac{1}{2}$ van de schade vorderen; hij kan er ook voor kiezen om $\frac{1}{2}$ te vorderen van D. In totaal heeft C recht op vergoeding van $\frac{2}{3}$ van zijn schade, zodat hij na ontvangst van $\frac{1}{2}$ (van A/B of D) nog ($\frac{4}{6} - \frac{3}{6} = \frac{1}{6}$) kan vorderen (van D of A/B).

Ik ontleen een steunargument voor de juistheid van deze opvatting aan het Hangmat-arrest. Een van de beslistpunten in die zaak was de bepaling van de omvang van de aanspraak van de benadeelde medebezitter tegenover de risico-aansprakelijke medebezitter van de gebrekkige opstal. Tegenover derde-benadeelden zijn medebezitters hoofdelijk aansprakelijk (art. 6:180 BW), maar hoe werkt dat uit als de benadeelde zelf ook medebezitter is? De Hoge Raad oordeelde:

“Redelijke wetstoepassing brengt mee dat de benadeelde medebezitter zelf dat gedeelte van de door hem geleden schade draagt dat overeenkomt met zijn aandeel in de opstal, zodat hij op grond van art. 6:174 in zoverre geen aanspraak heeft op schadevergoeding jegens de andere medebezitter(s) (die dan, mede in verband met art. 6:102 lid 2 BW, voor het overige gedeelte van de schade jegens hem hoofdelijk aansprakelijk zijn). Gelet daarop heeft de rechtbank — die, in cassatie onbestreden, tot uitgangspunt heeft genomen dat A. en B. elk voor 50% in de opstal gerechtigd zijn — met juistheid geoordeeld dat B. als de — enige — (mede)bezitter jegens A. aansprakelijk is tot maximaal 50% van de schade. (...) Het voorgaande brengt voorts mee dat van een regresvordering van de aangesproken medebezitter op de benadeelde bezitter geen sprake kan zijn.”²⁴⁶

In het tekstdeel tussen haakjes beslist de Hoge Raad kennelijk dat in het geval de gebrekkige opstal aan drie of meer bezitters toebehoort en één van hen schade lijdt, deze de andere bezitters hoofdelijk aansprakelijk kan stellen voor het gedeelte dat overblijft na aftrek van zijn eigen aandeel in de opstal. De andere bezitters zijn als het ware een verhaalseenheid geworden waar de benadeelde zijn schade hoofdelijk op kan verhalen.

De derde variant is die waarbij de benadeelde onderdeel uitmaakt van een verhaalseenheid. In dat geval krijgt hij het aandeel van de eenheid toegerekend via art. 6:101 BW en kan hij hetgeen na aftrek overblijft, opvorderen van de resterende debiteuren die geen deel uitmaken van de eenheid. Het aandeel van de verhaalseenheid, dat de benadeelde via art. 6:101 BW is toegerekend, moet hij eventueel zien te verhalen op degenen die onderdeel uitmaken van de verhaalseenheid.

Omstandigheden die in de risicosfeer van de benadeelde liggen, kunnen in mindering op zijn schadevergoedingsrecht worden gebracht.²⁴⁷ Met dat mechanisme van art. 6:101 BW kan de externe verhouding tussen crediteur en de ene hoofdelijke debiteur een zekere doorwerking krijgen naar de externe verhouding met de andere hoofdelijke debiteur.

²⁴⁶ HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, NJ 2011/465 (*Hangmat*), r.ov. 5.2.2. A-G Spier gaat in zijn conclusie bewust niet in op de situatie waarin er meer dan twee bezitters zijn; hij komt dus niet veel verder dan ‘redelijke wetstoepassing’ met verwijzing naar de deelschuldpresumptie van art. 6:6 BW. Zie Concl. A-G Spier, ECLI:NL:PHR:2010:BM6095, nr. 5.11. Overigens oordeelt de Hoge Raad ook dat een andere verdeling denkbaar is indien aan de zijde van de aangesprokene of benadeelde andere omstandigheden aan het ontstaan van de schade hebben bijgedragen, zoals nalatigheid of onachtzaamheid (r.ov. 4.5.2).

²⁴⁷ HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1335, NJ 2002/54 acht bijv. niet ondenkbaar – zo lees ik het arrest althans – dat de schade die een dier toebrengt aan de behandelende dierenarts, naar de in het verkeer geldende opvattingen geheel of gedeeltelijk zou moeten worden gedragen door de dierenarts in de verhouding tot de risico-aansprakelijke bezitter.

Zo ging het in de zaak *Goltix* over de schade van een leliekweker, geleden door de samenloop van fouten van een leverancier van bestrijdingsmiddelen en een spuitser die in opdracht van de kweker diens lelies met het middel van de leverancier had behandeld. Kort gezegd was het product gebrekkig en de spuitser had dit moeten bemerken. Hoewel de hoofdregel van art. 6:102 BW tot hoofdelijke aansprakelijkheid van de leverancier en de spuitser had kunnen leiden, voert de leverancier het verweer dat de fouten van de spuitser in de rechtsverhouding tussen leverancier en kweker als eigen schuld aan de kweker toegerekend moeten worden. De Hoge Raad staat dit verweer toe; omdat de activiteiten van de spuitser tot de bedrijfsactiviteiten van de kweker behoren, kon de fout van de spuitser hebben te gelden als een schadeveroorzakende omstandigheid die aan de benadeelde mocht worden toegerekend in de zin van art. 6:101 BW.²⁴⁸

Hoewel de Hoge Raad zich niet heeft uitgelaten over de juiste toepassing van art. 6:102 lid 2 BW op de feiten die zich voordeden in *Goltix*, meen ik dat de volgende toepassing de juiste is.²⁴⁹

Stel dat in een ‘Gesamtschau’ (totaalbeschouwing) volgt dat de fouten van de leverancier voor 2/3 en die van de spuitser voor 1/3 hebben bijgedragen aan de schade, terwijl de benadeelde en de spuitser onderdeel van dezelfde verhaalseenheid uitmaken in de verhouding tot de leverancier. In dat geval heeft de benadeelde een vordering op de leverancier van 2/3. Zou de leverancier tot betaling overgaan, dan is daarmee in die verhouding de kous af. Er vindt geen regres plaats tussen leverancier en spuitser.²⁵⁰ Voor de resterende 1/3 moet de kweker zich wenden tot de spuitser. Of deze verplicht is deze 1/3 te vergoeden, hangt af van de onderlinge verhouding binnen de verhaalseenheid. Zouden spuitser en kweker hebben afgesproken dat schade door fouten van de spuitser voor rekening blijven van de kweker, dan is het logisch dat de kweker zelf de resterende 1/3 van de schade blijft dragen. Zou de spuitser geen verhaal bieden, dan blijft de kweker met 1/3 van zijn schade zitten. Er vindt geen omslag plaats van dit gedeelte over de leverancier.

Is de spuitser solvent en is er geen onderlinge afspraak tussen kweker en spuitser die maakt dat de kweker het aandeel van de spuitser dient te dragen, dan kan

248 HR 2 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU5661, NJ 2006/444 (*Goltix*).

249 Vgl. Hartlief 2006, p. 904.

250 Als ik het goed zie, menen Hartlief 2006, p. 904, Frenk 2006, p. 39 en Vranken 2006 dat in de casus die zich in *Goltix* voordeed, de leverancier NNB na eventuele betaling van 50% van de schade van kweker Groot vervolgens nog regres heeft op spuitser Rijpma (dan wel dat Rijpma na betaling van de gehele schade aan Groot slechts voor een deel regres kon nemen op NNB voor de 50% waar NNB en Rijpma hoofdelijk voor aansprakelijk zijn). Zoals uit de hoofdtekst blijkt, is dat m.i. niet de juiste toepassing van art. 6:102 lid 2 BW. De Hoge Raad heeft zich er niet over uitgelaten.

de kweker de schade volledig verhalen op de spuitser. In dat geval zijn er gedeeltelijk samenlopende verbintenissen van leverancier en spuitser. Zo ontstaat voor een deel hoofdelijkheid tussen leverancier en kweker.²⁵¹ Zij hebben namelijk ten belope van 2/3 van de schade de verbintenis om dezelfde schade te vergoeden. Zou de spuitser ertoe overgaan om de schade van de kweker volledig te vergoeden, dan kan de spuitser voor 2/3 regres nemen op de leverancier (art. 6:10 BW). Zou de leverancier geen verhaal bieden, dan blijft de spuitser met het onverhaalbare deel zitten. De benadeelde kweker deelt niet in dit risico.²⁵²

Conclusie moet zijn dat de leer van de verhaalseenheden een rol te vervullen heeft bij de samenloop van mede-aansprakelijkheid en eigen schuld. Voor bepaalde gevallen, zoals de verhaalseenheid van werkgever en werknemer, zal het gebruik ervan op weinig weerstand stuiten. Voor andere gevallen is de band van art. 6:101 BW, dus via de toerekening van omstandigheden buiten eigen gedragingen, een aangewezen weg. Hier is mijns inziens een taak weggelegd voor de rechter: deze dient in voorkomende gevallen aan te geven of, en zo ja, in welke omvang sprake is van een verhaalseenheid, en welke personen tot die eenheid behoren. Hoewel dit in theorie mogelijk een zinvolle oplossing lijkt, is er een belangrijke praktische complicatie: veelal betreft de procedure ten overstaan van de rechter slechts twee van drie of meer betrokken partijen, zodat de rechter noodgedwongen uitspraken doet over ten minste één niet-betrokken partij. Het rechterlijk oordeel over het aandeel van deze partij en diens betrokkenheid in een verhaalseenheid heeft noodgedwongen slechts een beperkte omvang wat betreft gezag van gewijsde.

5.6.7 *Het regres van de pseudo-debiteur*

Het kan zich voordoen dat iemand ten onrechte in de veronderstelling verkeert debiteur te zijn van een prestatie waartoe ook een of meer anderen zijn gehouden. Deze onjuiste veronderstelling kan tweërlei betekenen: ofwel de betalende debiteur blijkt ten tijde van betaling geen debiteur te zijn geweest, of de andere debiteuren waren in werkelijkheid niets verschuldigd. In beide gevallen is er bij gebreke van hoofdelijkheid geen grond voor regres. Het regresrecht van art. 6:10 BW kan alleen bestaan bij de gratie van hoofdelijkheid. Toch zijn er gevallen waarin de mogelijkheid van regres wel aanspreekt, bijvoorbeeld het geval waarin degene die de schuld waarvoor een andere debiteur geheel draagplichtig is, voldeed in de veronderstelling zelf debiteur te zijn. Blijkt hij na betaling geen debiteur te

251 Keirse 2003, p. 103 spreekt van uitschakeling van art. 6:102 BW door art. 6:101 BW. Het is niet een volledige uitschakeling omdat voor zover de vorderingen samenlopen, wel van hoofdelijkheid kan worden gesproken.

252 Aldus terecht Keirse 2003, p. 104. Zo kennelijk ook Keirse & Jongeneel 2013, p. 88-90 en p. 153.

zijn geweest, dan is deze betaling onverschuldigd en kan hij de crediteur uit onverschuldigde betaling (art. 6:203 BW) aanspreken.²⁵³ Het restitutierisico rust bij de pseudo-debiteur die ten onrechte tot betaling overging. Hij heeft geen rechten jegens de draagplichtige debiteur. En soms heeft hij ook tegenover de crediteur geen terugvorderingsrecht, namelijk als de betaling plaatsvindt op grond van een vaststellingsovereenkomst.²⁵⁴ De pseudo-debiteur zit dan klem tussen de crediteur, die hem aan de vaststellingsovereenkomst houdt, en de draagplichtige debiteur, die het hoofdelijk debiteurschap van de pseudo-debiteur betwist.

Deze uitkomst, die is gegrond op dogmatische argumenten, bevredigt niet. Het is niet efficiënt dat de pseudo-debiteur het betaalde terugvordert van de crediteur (als hij dat al kan) en dat de crediteur op zijn beurt het verschuldigde weer opvordert van de draagplichtige debiteur. Partijen kunnen hier in veel gevallen zelf in voorzien door cessie van de vordering van de crediteur op de draagplichtige debiteur; hiervoor is medewerking van de crediteur noodzakelijk.

Een nadere benadering van dit probleem treft men aan in andere rechtsstelsels. Zo wordt wel mogelijk geacht dat een pseudo-debiteur die betaalt op grond van een schikking te goeder trouw met de crediteur, regres kan nemen op de draagplichtige debiteur, ongeacht of hij werkelijk debiteur was.²⁵⁵ Een vergelijkbaar idee ligt ten grondslag aan het regres van de schadeverzekeraar die uit coulance betaalt; ook die kan regres nemen hoewel hij strikt genomen niet als debiteur een eigen schuld voldeed.²⁵⁶

Ook voor ons recht moet mijns inziens een regresrecht voor de pseudo-debiteur worden aangenomen. Weliswaar kan art. 6:10 BW niet rechtstreeks van toepassing zijn, maar het verdient – eventueel via het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) – overeenkomstige toepassing. Aangezien voor de pseudo-debiteur ook nog de actie uit onverschuldigde betaling jegens de crediteur openstaat, kan hij twee personen aanspreken tot een gelijke prestatie. Hier geldt mijns inziens dat de crediteur en draagplichtige debiteur hoofdelijk gehouden zijn jegens de pseudo-debiteur: kiest de pseudo-debiteur ervoor om de crediteur uit onverschuldigde betaling aan te spreken, dan gaat zijn aanspraak jegens de draagplichtige debiteur teniet.

253 Parl. Gesch. Boek 6, p. 112.

254 Zie daarover ook al par. 3.4 e.v.

255 Zo het Engelse recht, waarover Van Boom 1999, p. 136.

256 Art. 7:962 BW. Vgl. voor art. 284 WvK reeds HR 7 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000: AA4114, NJ 2000/212 (*Nationale Nederlanden/Woudsend*).

6 VERSTOORDE RECHTSVERHOUDINGEN

6.1 INLEIDING: HOOFDELIJKE VERBINTENISSEN ALS ‘MEERPARTIJENPUZZEL’

Hoofdelijkheid is een meerpartijenpuzzel; zij is een samenstel van rechtsverhoudingen waar ten minste drie personen bij betrokken zijn. Dit samenstel van rechtsverhoudingen tussen drie of meer personen kent externe en interne rechtsverhoudingen, waarbij ‘extern’ staat voor de verbintenissen tussen elk van de debiteuren en de crediteur en ‘intern’ voor de verhoudingen tussen de debiteuren onderling. De externe rechtsverhoudingen staan centraal in hoofdstuk 4, de interne worden behandeld in hoofdstuk 5. Hoewel dus gescheiden behandeld, kan niet worden ontkend dat deze externe en interne rechtsverhoudingen in onverbrekkelijk verband met elkaar staan. Dit verband ziet men in zijn meest simpele vorm bij betaling door een van de debiteuren: met zijn betaling bevrijdt hij zowel zichzelf als zijn mededebiteuren (het externe aspect), en na de betaling komt hem (mogelijkerwijs) een regresrecht toe jegens de mededebiteuren (het interne aspect). Wat dit betreft zijn de betaling en de daarmee gelijkgestelde rechtshandelingen de minst problematische. Gecompliceerder zijn de externe en interne gevolgen van bijvoorbeeld rechtshandelingen verricht door de crediteur jegens of met een van de debiteuren, en van rechterlijk of wettelijk ingrijpen in een van de hoofdelijke verbintenissen. Met name over die meer gecompliceerde gevolgen gaat dit hoofdstuk.

De rechtsverhouding tussen de crediteur en een van de hoofdelijke debiteuren kan door een bepaald rechtsfeit zodanig worden gewijzigd, dat de desbetreffende hoofdelijke verbintenis tenietgaat, of dat de inhoud, omvang of uitoefening van de rechten uit deze verbintenis verandert. Dergelijke rechtsfeiten leiden tot verstoorde rechtsverhoudingen, waar ik heel algemeen onder versta: een wijziging in een van de hoofdelijke verbintenissen die zijn weerslag heeft ófwel op de andere hoofdelijke verbintenissen ófwel op de interne verhouding van de debiteuren. Het betreft wijzigingen door rechtsfeiten zoals die welke werden behandeld in hoofdstuk 4: ontslag, afstand, verjaring en verval. In dat hoofdstuk zagen we dat dergelijke rechtsfeiten in beginsel geen gevolgen hebben voor de andere hoofdelijke verbintenissen, die immers – ook al zijn ze hoofdelijk – hun zelfstandigheid behouden. Echter, voor die gevallen kan vervolgens wel de vraag worden gesteld of in de interne verhouding tussen debiteuren een verandering optreedt door het desbetreffende rechtsfeit. Daarnaast is denkbaar dat bepaalde rechtsfeiten die zich voordoen in de rechtsverhouding tussen de crediteur en een van de debiteuren, wél gevolgen hebben voor de rechtsverhouding van de andere debiteur(en) jegens de crediteur. Het komt daarbij steeds aan op de vraag op wie men de gevolgen van de verstoorde rechtsverhoudingen afwentelt: op (enken van) de debiteuren of op de crediteur. Het antwoord moet mijns

inziens worden gevonden in de concrete oorzaak van de verstoring van de hoofdelijkheid en de concrete rechtsverhouding van de betrokken personen. Dit hoofdstuk gaat daarom met name over de invloed van die concrete oorzaken en rechtsverhoudingen op de ‘afwentelvingsvraag’.

De wetgever heeft geen alomvattende regeling getroffen voor de hier bedoelde problemen. Slechts art. 6:11 BW, dat de interne doorwerking van externe verweermiddelen betreft, biedt een aanknopingspunt. In paragraaf 6.2 wordt daarom art. 6:11 BW nader bestudeerd. Mede aan de hand van de uitkomsten van die studie zal ik vervolgens in de paragrafen 6.3 en 6.4 pogen meer algemene uitspraken te doen over de afwenteling van rechtshandelingen die de hoofdelijkheidsband verstoren respectievelijk de afwenteling van wettelijke en rechterlijke ingrepen in de hoofdelijkheidsband.

6.2 ALGEMENE ASPECTEN VAN DE INTERNE DOORWERKING VAN EXTERNE VERWEERMIDDELEN

6.2.1 *Art. 6:11 BW: flexibele werking, beperkt werkingsbereik?*

Eerder gaf ik aan dat in deze paragraaf art. 6:11 BW nader bestudeerd zal worden. In werkelijkheid is art. 6:11 BW niet zozeer het onderwerp van deze paragraaf, maar veeleer de aanleiding voor nadere studie naar de uitgangspunten en motieven die bij de totstandkoming van art. 6:11 BW hebben gespeeld. Die uitgangspunten en motieven kunnen namelijk ook buiten het tamelijk beperkte toepassingsgebied van art. 6:11 BW een rol spelen. Vandaar dat in deze paragraaf verschillende onderwerpen de revue passeren. In slotparagraaf 6.2.7 worden – waar mogelijk – verbanden gelegd tussen deze onderwerpen.

Art. 6:11 BW geeft een regeling voor de interne doorwerking van externe verweren; daarbij staat de vraag centraal of het verweermiddel dat een debiteur jegens de crediteur toekomt, ook tegen het regresrecht van een mededebiteur kan worden ingeroepen. Bij bestudering van de tekst van art. 6:11 BW valt op dat deze bepaling eigenlijk geen standaardantwoord biedt op de vraag of een extern verweermiddel interne doorwerking toekomt. Het artikel lijkt in temporeel opzicht in elk geval onderscheid te maken tussen vier soorten verweermiddelen: verweermiddelen die in tijd gezien ontstaan vóór of juist na het ontstaan van de hoofdelijkheid, en verweermiddelen die ontstaan vóór of na het tijdstip van het ontstaan van het regresrecht. Art. 6:11 BW formuleert vervolgens verschillende regels voor het intern tegenwerpen van externe verweermiddelen, maar de echte hoofdregel staat eigenlijk in het vierde lid: de regels van de leden 1 tot en met 3 over intern tegenwerpen van externe verweermiddelen zijn slechts van toepassing voor zover uit de rechtsverhouding tussen de schuldenaren niet anders voortvloeit. De regering drukt het aldus uit:

“ (...) bij ieder concreet geval moet worden nagegaan of de toepassing van de voorafgaande leden in het licht van de tussen de hoofdelijke schuldenaren bestaande rechtsverhouding gerechtvaardigd is.”¹

Opvallend in dit verband is dat het vierde lid geen ‘tenzij’ op het uitgangspunt in het eerste lid geeft, maar juist een directe beperking op het werkingsbereik: het eerste lid is slechts van toepassing voor zover uit de rechtsverhouding tussen de debiteuren niet anders voortvloeit.² In het licht van het vierde lid kan daarom worden vastgesteld dat de verweermiddelregeling de doorwerkingsvraag laat afhangen van de concrete rechtsverhouding van de debiteuren.

Dit lijkt een zwakte van art. 6:11 BW te zijn, maar ik geloof dat het integendeel de kracht van deze bepaling is: geen standaardantwoord, maar een op maat gesneden antwoord op de doorwerkingsvraag. Het ene verweermiddel is immers het andere niet, net zo goed als de ene interne rechtsverhouding de andere niet is. Verweermiddelen bestaan in alle soorten en maten, en zij vergen elk een eigen behandeling.³ Veeleer dan de aard van het verweermiddel beslissen aard en inhoud van de rechtsverhouding van de debiteuren onderling of een verweermiddel kan worden tegengeworpen.⁴

Art. 6:11 BW biedt dus de mogelijkheid om op maat gesneden antwoord te geven op de doorwerkingsvraag. In dit opzicht is art. 6:11 BW dus een flexibele bepaling, maar in andere opzichten is het dat bepaald niet. De totstandkomingsgeschiedenis van art. 6:11 BW lijkt te suggereren dat de wetgever uitging van een (in mijn ogen: te) beperkt werkingsbereik van het begrip ‘verweermiddel’. Volgens de Memorie van Antwoord bij het gewijzigde ontwerp wordt onder de werking van art. 6:11 BW niet begrepen het verweer dat geen regres kan worden genomen ten gevolge van de omstandigheid dat ten tijde van betaling aan de crediteur niet langer sprake was van hoofdelijkheid door ontbinding of vernietiging.⁵ Als we deze passage uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 6:11 BW serieus moeten nemen, dan worden de interne gevolgen van vernietiging of ontbinding dus niet door art. 6:11 BW bestreken. Weliswaar is voorstelbaar dat op grond van art. 6:11 BW aan de mededebiteur wordt tegengeworpen dat de aangesproken debiteur zich tegenover de crediteur *zou hebben beroepen* op een vernietigingsgrond, maar de situatie waarin een dergelijk beroep daadwerkelijk *heeft* plaatsgevonden, valt buiten het werkingsbereik van art. 6:11 BW. De wetgever is er kennelijk voor die gevallen van uitgegaan dat door de vernietiging de hoofdelijkheidsband inmiddels is geslaakt zodat van enig regres geen sprake kan zijn

1 Parl. Gesch. Boek 6, p. 116.

2 In zoverre is tegemoetgekomen aan de kritiek van Hofmann/Van Opstall 1976, p. 490-491 op de tenzij-formulering in het Ontwerp Meijers.

3 Aldus reeds Opzoomer V 1879, p. 238.

4 Vgl. Opzoomer V 1879, p. 238, Hofmann/Van Opstall 1976, p. 488-489.

5 Parl. Gesch. Boek 6, p. 115.

(en er dus ook geen behoefte is aan een verweermiddel). Blijkt door vernietiging of ontbinding niet langer sprake te zijn van hoofdelijkheid, dan komt men – zo is de redenering – aan toepasselijkheid van art. 6:6 e.v. BW niet toe.⁶ Naar mijn mening is evenwel niet uitgesloten dat in bepaalde gevallen deze bepalingen toch (al dan niet overeenkomstige) toepassing verdienen. Immers: niet zozeer de aard van het verweermiddel maar de interne verhouding bepaalt het antwoord op de doorwerkingsvraag.

In paragraaf 6.3 kom ik hier nog uitgebreid op terug. Wat er ook zij van de benadering die de wetgever heeft gekozen, hierna wordt onder ‘verweermiddel’ verstaan de bevoegdheid van één, meer of alle van de hoofdelijke debiteuren om tegen de aanspraken van de crediteur een wettelijk of contractueel verweer in te roepen dat geheel of gedeeltelijk aan verwezenlijking van die aanspraken in de weg staat. Daaronder versta ik uitdrukkelijk mede de problematiek die met ontbinding en vernietiging kan ontstaan.

6.2.2 *Gewekt vertrouwen en voorwaardelijke verbintenissen*

Een van de voorbeelden die de Toelichting Meijers geeft van het toepassingsbereik van art. 6:11 BW, betreft een geval waarin twee debiteuren zich bij één rechtshandeling hoofdelijk tegenover de schuldeiser verbinden, met dien verstande dat één hunner een opschortende voorwaarde of termijn bedingt. De Toelichting meent dat in beginsel mag worden aangenomen dat partijen dan hebben bedoeld dat het uit de voorwaarde of termijn voortspruitende verweermiddel niet slechts tegenover de crediteur kan worden ingeroepen, maar ook tegen een eventuele regresvordering van de onvoorwaardelijk gebonden debiteur. Ongetwijfeld kunnen partijen dit hebben bedoeld, en uit die bedoeling volgt dan ook de tegenwerpbaarheid. Art. 6:11 BW heeft men voor deze tegenwerpbaarheid evenwel niet nodig). Tegenwerpbaarheid is in dit voorbeeld immers niets anders dan het honoreren van vertrouwen dat bij de voorwaardelijk gebonden debiteur wordt gewekt op het moment dat hij zich samen met de onvoorwaardelijk gebonden debiteur in een meerpartijencontract hoofdelijk verbindt jegens de crediteur. Dat het verweer aan de mededebiteur kan worden tegengeworpen, vloeit dus niet noodzakelijk voort uit de hoofdelijkheidsband tussen debiteuren, maar uit het in de concrete situatie bestaande vertrouwen tussen de debiteuren.

Van meer belang is mijns inziens de vraag of de voorwaardelijk verbonden debiteur de voorwaarde *zonder meer* kan tegenwerpen aan een regreszoekende mededebiteur, ook als geen sprake is van gewekt vertrouwen of iets dergelijks. De Toelichting Meijers noemt in dit verband de situatie waarin aanvankelijk sprake is van één debiteur, en pas later een ander zich hoofdelijk medeverbindt.⁷ Deze hoofdelijkheidsfiguur, die ik in paragraaf 3.5.4 de bijtreding heb genoemd, kan ertoe leiden dat de oorspronkelijke debiteur later wordt

⁶ Van Buchem-Spapens 1982, p. 27.

⁷ Parl. Gesch. Boek 6, p. 92.

geconfronteerd met een regreszoekende mededebiteur, van wiens debiteurschap hij mogelijk niet afwist. Opmerkelijk is dit niet; het kan ook bij borgtocht gebeuren.⁸ Als de later 'toetredende' debiteur bij het aangaan van zijn schuld zich onder andere voorwaarden verbindt dan de oorspronkelijke debiteur, en als het ware van bepaalde verweermiddelen tegenover de crediteur 'afstand' doet, dan is dat uiteraard zijn zaak. Net zo goed als de ene debiteur zich onvoorwaardelijk kan verbinden en de andere onder voorwaarde of termijn, is denkbaar dat een 'toetredende' debiteur zich tot meer of anders dan de oorspronkelijke debiteur verbindt. Een dergelijke 'ongelijkheid' van de hoofdelijke verbintenissen kan de oorspronkelijke debiteur niet schaden, tenzij hij instemt met deze gang van zaken.⁹

Hiermee is impliciet ook de vraag beantwoord hoe in gevallen van 'ongelijkheid' het regres moet worden afgewikkeld.¹⁰ Is van twee debiteuren de ene onvoorwaardelijk gebonden en de andere onder opschortende voorwaarde of termijn, dan zal aan de eventuele regresvordering van de een het verweer van voorwaarde of termijn worden tegengeworpen. De regresvordering kan worden uitgeoefend als de voorwaarde waaronder zijn mededebiteur verbonden was, is vervuld of de termijn verstreken is. Belet de mededebiteur het intreden van de voorwaarde, dan werkt art. 6:23 BW ook ten behoeve van de andere debiteur.

De grond voor tegenwerpbaarheid van voorwaarden en termijnen is gelegen in de idee dat de positie van een debiteur niet kan worden verzwaard door afspraken die de crediteur niet met hem maar met een andere debiteur heeft gemaakt: de debiteur mag erop vertrouwen dat zijn positie niet buiten zijn instemming wordt verzwaard door het feit dat ook een ander zich tot dezelfde prestatie verplicht.¹¹ In wezen is dit een verschijningsvorm van het beginsel dat contracten alleen partijen binden.

Dat zijn positie niet mag worden verzwaard, wil overigens niet zeggen dat deze niet kan worden gewijzigd. Een dergelijke wijziging kan zijn dat de debiteur niet langer een bepaalde prestatie (anders dan betaling van geld) aan de crediteur verschuldigd is, maar integendeel een geldelijke regresvordering aan de mededebiteur dient te voldoen. Daarover kan de debiteur zich evenwel als regel niet beklagen; de regresvordering is immers het geldelijke equivalent van (een deel van) de oorspronkelijk verschuldigde prestatie.¹²

Vindt voldoening van de hoofdelijk verschuldigde prestatie plaats door een voorwaardelijk gebonden debiteur, dan rijst de vraag hoe het regres op een onvoorwaardelijk

8 Zie immers art. 7:850 lid 2 BW.

9 Zie ook het eerder behandelde voorbeeld uit de T.M.

10 Voor de ongelijkheid van de *bedragen* waarvoor de verschillende debiteuren verbonden zijn, heb ik in par. 3.5.5 en 5.4.4 uitvoerig bij deze vraag stilgestaan.

11 Dit neemt overigens niet weg dat uit de rechtsverhouding van de debiteuren onderling het tegendeel kan voortvloeien. Zie Hofmann/Van Opstall 1976, p. 488.

12 Bovendien zal er in een borgtocht('achtige') situatie veelal sprake van zijn dat de crediteur ook jegens de hoofdschuldenaar reeds aanspraak kan maken op vervangende schadevergoeding in geld op het moment dat de borg tot nakoming wordt aangesproken.

gebonden debiteur vorm dient te krijgen. Is sprake van een opschortende voorwaarde die op het moment van betaling nog niet is ingetreden, dan zou de onvoorwaardelijk gebonden debiteur het verweer kunnen voeren dat voldoening door de voorwaardelijk gebonden debiteur onverschuldigd geschiedde (art. 6:25 BW) en dat derhalve geen regres op hem mogelijk is.¹³ Deze redenering is op het oog sluitend, maar het resultaat lijkt op het eerste gezicht minder te bekoren. Welk belang heeft de onvoorwaardelijk gebonden debiteur immers bij het verweer? Het zal voor de onvoorwaardelijk gebonden debiteur in de regel toch niet uitmaken of hij door de crediteur tot nakoming wordt aangesproken of door zijn mededebiteur tot het doen van een regresbijdrage? Bij nadere beschouwing kan echter blijken dat de debiteur goede redenen heeft om het verweer in te roepen, bijvoorbeeld wanneer hij er op goede gronden van uitging dat de voorwaarde in de verbintenis van de andere debiteur voorlopig niet zou intreden en dat hij zelf jegens de crediteur een tegenvordering in verrekening zou brengen. Ik zou daarom willen vasthouden aan het uitgangspunt dat de onvoorwaardelijk gebonden debiteur het niet-intreden van de voorwaarde kan tegenwerpen aan het regres van de voorwaardelijk gebonden debiteur. In bijzondere gevallen kan van dit uitgangspunt worden afgeweken – zo men wil met behulp van analoge toepassing van art. 6:10 BW via art. 6:198 of 6:212 BW.

Wanneer voldoening plaatsvindt door een debiteur die onder ontbindende voorwaarde is gehouden tot de prestatie, en treedt daarna deze voorwaarde in, dan dient de prestatie ongedaan te worden gemaakt op grond van art. 6:24 BW. Heeft inmiddels regres plaatsgevonden, dan doet zich door het intreden van de voorwaarde een domino-effect voor: de betaling aan de crediteur moet worden teruggedraaid en vervolgens ook de regresbetalingen. Aan deze restitutie-draaimolen zijn voor alle betrokkenen de nodige financiële risico's verbonden (naast incassokosten uiteraard vooral het risico van insolventie), die overigens mogelijk verzacht kunnen worden met opschortingsrechten die zij uit hoofde van hun (meerpartijen)contractuele rechtsverhouding over en weer hebben. Voor een nadere behandeling van de gevolgen van intreden van de ontbindende voorwaarde verwijs ik naar hetgeen in paragraaf 6.3.2 over de gevolgen van ontbinding wordt opgemerkt.

6.2.3 *Anterieure en posterieure verweermiddelen*

Verweermiddelen kan men op diverse wijzen indelen. Zo wordt bijvoorbeeld een onderscheid gemaakt tussen persoonlijke en gemene verweermiddelen (daarover nader in de volgende paragraaf) en tussen anterieure en posterieure verweermiddelen (daarover in deze paragraaf). Uit deze indeling volgen op zichzelf uiteraard geen rechtsgevolgen; bovendien blijken de indelingen soms of in een bepaald opzicht onjuist te zijn of geen onderscheidend vermogen te hebben. Het gebruik van indelingen kan niettemin van waarde

¹³ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012, nr. 127.

zijn. In de genoemde paragrafen kom ik daarom nader terug op de zin en onzin van deze indelingen.

Kijken we eerst naar de anterieure en posterieure verweren. Strikt genomen zijn er, als we naar art. 6:11 BW kijken, *twee* varianten van het onderscheid tussen anterieur en posterieur en dus vier soorten verweermiddelen: verweermiddelen die in tijd gezien ontstaan vóór of juist na het ontstaan van de hoofdelijkheid, en verweermiddelen die ontstaan vóór of na het tijdstip van het ontstaan van het regresrecht. Om het eenvoudig te houden versta ik hier onder anterieur en posterieur de eerste variant: voor of na het ontstaan van de hoofdelijkheid.

In art. 6:11 lid 2 BW wordt de scheidslijn wat betreft de interne doorwerking tussen hoofdelijke debiteuren van de verweermiddelen die ontstaan uit een rechtshandeling tussen crediteur en de aangesproken debiteur, getrokken bij het moment van ontstaan van ‘hun beider verbintenis’, of korter gezegd: bij het ontstaan van de hoofdelijkheid van de debiteuren. Bij posterieure verweren in de zin van art. 6:11 lid 2 BW wordt voornamelijk gedacht aan verweren die voortvloeien uit afspraken die de crediteur met een van de debiteuren heeft gemaakt na het ontstaan van hoofdelijkheid, zoals betalingsregelingen en kwijtscheldingen. Voor deze gevallen van posterieure verweren zijn goeddeels specifieke regels gesteld in art. 6:9 en 6:14 BW. Zie daarover nader paragraaf 6.3.3.

Een afspraak met de crediteur, gemaakt na het ontstaan van hoofdelijkheid, kan door de desbetreffende debiteur niet worden tegengeworpen aan de andere debiteuren die niet zijn betrokken bij deze afspraak. Het beginsel dat hieraan ten grondslag ligt, is uiteraard dat een reeds ontstane (regres)rechtsverhouding nadien niet gewijzigd kan worden ten nadele van één van de bij deze rechtsverhouding betrokken personen, althans niet zonder diens instemming. Afspraken binden alleen partijen en kunnen de positie van derden behoudens instemming niet verzwaren. In art. 6:11 lid 2 BW is het hier bedoelde uitgangspunt ten aanzien van posterieure verweren neergelegd. Volgens de Toelichting Meijers kan de debiteur het verweermiddel dat hij aan een posterieure rechtshandeling ontleent, niet aan de andere debiteuren tegenwerpen:

“(...) indien het verweermiddel van de ene schuldenaar zonder goedvinden van de andere schuldenaar is ontstaan *nadat* die andere schuldenaar zich jegens de schuldeiser heeft verbonden; dus b.v. indien aanvankelijk beiden zich onvoorwaardelijk hadden verbonden en vervolgens de eerstgenoemde schuldenaar met de schuldeiser, zonder goedvinden van zijn medeschuldenaar, overeenkomt dat aan zijn verbintenis een opschortende voorwaarde verbonden zal zijn. De medeschuldenaar heeft dan immers van meet af aan er op kunnen rekenen dat hij na betaling onvoorwaardelijk regres kan nemen, en daaraan

behoren de beide andere betrokkenen buiten hem om niets te kunnen veranderen.”¹⁴

Deze toepassing van het beginsel van contractsvrijheid klinkt ook door in art. 6:14 BW. Dit beginsel staat overigens niet in de weg aan werking van afspraken tussen debiteur en crediteur *ten voordele* van de andere debiteuren. Deze werking klinkt door in art. 6:9 lid 1 BW. Bovendien kan de posterieure rechtshandeling ook een gemeen verweermiddel opleveren, bijvoorbeeld indien zij mede ten behoeve van de andere debiteuren is verricht (bij wijze van derdenbeding) of als de rechtshandeling mede afhankelijke of subsidiaire verbintenissen treft.¹⁵

De regel van art. 6:11 lid 2 BW doet denken aan de regeling van art. 6:154 BW voor de subrogatie.¹⁶ De crediteur is verplicht te voorkomen dat de debiteur die na betaling van de hoofdelijk verschuldigde prestatie wordt gesubrogeerd, feitelijk minder rechten toekomen dan waarin hij mocht menen te treden. De debiteur mag immers de (dus: gerechtvaardigde) verwachting koesteren te zullen subrogeren in de rechten van de crediteur jegens eventuele andere debiteuren. De crediteur mag dit vertrouwen niet beschamen; hij dient zich te onthouden van handelingen die de rechten verkorten van de debiteur die betaalt. Deze stelregel noopt bijvoorbeeld tot de conclusie dat het de crediteur niet is toegestaan om voorafgaand aan de subrogatie rechtshandelingen met de debiteur te verrichten die de vordering verminderen of teniet doen gaan.¹⁷ De ratio van art. 6:11 lid 2 BW en art. 6:154 BW is dus dezelfde, maar de uitwerking is anders: bij art. 6:11 lid 2 BW wordt de posterieure rechtshandeling werking ontzegd tegenover het zelfstandige regresrecht van de mededebiteur, terwijl bij art. 6:154 BW een schadevergoedingsplicht van de crediteur jegens de betalende debiteur ontstaat wegens verkorting van diens regresrecht uit subrogatie.¹⁸

Met het trekken van de scheidslijn tussen posterieure en anterieure rechtshandelingen zou de indruk kunnen ontstaan dat anterieure rechtshandelingen in tegenstelling tot de posterieure *wel* kunnen worden tegengeworpen. Maar ook een anterieure rechtshandeling kan in strijd zijn met het beginsel dat afspraken tussen partijen geen werking ten nadele van

14 Parl. Gesch. Boek 6, p. 114-115.

15 Zo zal de vernietiging van de overeenkomst door de hoofdschuldenaar waar diens schuld aan de crediteur uit is ontstaan, ook voor de borg een verweermiddel kunnen opleveren in zijn verhouding tot de crediteur (art. 7:852 BW). Vgl. over de vraag vanaf welk moment in dit verband van een verweermiddel gesproken kan worden HR 6 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8690, NJ 2010/12 (C.R. Bras/*The Satisfactorie BV*), waarover Koops 2009 en Van Boom & Vandenbogaerde 2009.

16 Zie over art. 6:154 BW Wibier 2009, p. 54-55.

17 Het verbod om handelingen te verrichten ten aanzien van de vordering die afbreuk kunnen doen aan het vorderingsrecht van de gesubrogeerde, treft men reeds aan in art. 1885 BW (oud) en art. 284 WvK.

18 Dat de uitwerking hiervan verschilt, is uiteraard terug te voeren op de techniek van de subrogatie: tot het moment van overgang van de vordering kan de gerechtigde beschikken over zijn vordering op een wijze die hem goedgeeft. Pas na rechtsovergang kan de gesubrogeerde beschikken over de vordering.

derden toekomt. Stel dat twee personen A en B hoofdelijk aansprakelijk zouden zijn geweest jegens C voor de door C geleden schade (art. 6:102 BW), maar dat A een anterieure rechtshandeling met C heeft verricht waarbij A zich exonereert voor eventuele toekomstige aansprakelijkheid. Als men stelt dat deze rechtshandeling een verweermiddel oplevert dat door A aan de eventuele regresvordering van B kan worden tegengeworpen, dan zou evenzeer sprake zijn van schending van het beginsel dat contracten geen werking ten nadele van derden toekomt. Uit niets blijkt dat de wetgever met art. 6:11 BW een dergelijke schending heeft willen toestaan. Zie voor de uitwerking van een en ander hierna paragraaf 6.3.4.

Ik concludeer dat de stelling dat een anterieure rechtshandeling wel afbreuk kan doen aan de positie van mededebiteuren zoals die zou zijn ontstaan als de betreffende rechtshandeling niet zou zijn verricht, niet juist is, want te algemeen geformuleerd is. Daarmee verliest het onderscheid tussen anterieure en posterieure verweren – tenminste voor zover deze voortkomen uit rechtshandelingen – betekenis, voor zover dit onderscheid zou zijn dat anterieure verweermiddelen altijd, en posterieure verweermiddelen nimmer kunnen worden ingeroepen door en tegen debiteuren. Een meer genuanceerde benadering is mogelijk, zo zal blijken in paragraaf 6.3.

6.2.4 *Gemene en persoonlijke verweermiddelen*

Een algemene regeling voor de interne doorwerking van verweermiddelen zoals thans in art. 6:11 BW is neergelegd, kende het oude wetboek niet.¹⁹ Wel bestond art. 1323 BW (oud), dat een algemene regeling gaf voor het invoeren van verweermiddelen tegenover de crediteur. Art. 1323 BW (oud) luidde:

“Een hoofdelijke mede-schuldenaar, in regten door de schuldeischer aangesproken zijnde, kan zich bedienen van alle exceptien die uit den aard der verbintenis voortvloeijen, en van alle die hem persoonlijk eigen zijn, mitsgaders van alle de zoodanige welke aan alle de medeschuldenaren gemeen zijn.
Hij kan zich niet bedienen van zoodanige exceptien die enkel aan de personen van sommige der overige mede-schuldenaren eigen zijn.”

Art. 1323 BW (oud) ging derhalve uit van drie verweren: verweren die uit de aard der verbintenis voortvloeiden, gemene verweren en persoonlijke verweren. Op de eerste twee

¹⁹ Een bijzondere verweermiddelenregeling bestond er voor de borgtocht (art. 1879 lid 2 BW (oud)).

verweermiddelen – die in wezen beiden gemene verweermiddelen betroffen²⁰ – konden alle debiteuren gelijkelijk een beroep doen jegens de crediteur. De persoonlijke verweermiddelen konden slechts door de debiteur worden ingeroepen ‘in wiens persoon’ het verweermiddel opkwam. Met de invoering van het nieuwe BW staat de zelfstandigheid van hoofdelijke verbintenissen centraal, aldus de Toelichting Meijers:

“(…) uiteraard zal een schuldenaar zich niet kunnen beroepen op verweermiddelen welke niet zijn verbintenis maar enkel die van een medeschuldenaar betreffen, zoals onbekwaamheid, een wilsgebrek, of een voorwaarde of tijdsbepaling waaronder alleen de medeschuldenaar zich verbond.”²¹

Dit neemt echter niet weg dat nog steeds een onderverdeling in gemene en persoonlijke verweermiddelen kan worden gemaakt. Er bestaan alleen geen verweermiddelen die *zonder meer* gemeen zijn; het antwoord op de vraag of een rechtsfeit een gemeen verweermiddel oplevert, moet niet in het leerstuk van de hoofdelijkheid worden gezocht, maar veeleer in de *inhoud en aard* van de concrete (hoofdelijke) verbintenissen en concrete rechtsverhouding tussen hoofdelijke debiteuren.²² Wanneer bijvoorbeeld van de verbintenis van de borg jegens de crediteur wordt gezegd dat deze afhankelijk is van het bestaan, de inhoud en geldigheid van de verbintenis van de hoofdschuldenaar (art. 7:852 BW), dan is daarmee gezegd dat nietigheid van de verbintenis van de hoofdschuldenaar tot ondergang van de verbintenis uit borgtocht leidt.²³ In een bepaalde optiek zou dit als uitzondering kunnen worden gezien op het uitgangspunt van de zelfstandigheid van hoofdelijke verbintenissen; zie ook mijn opmerkingen in paragraaf 3.5.3 en 4.3.3. Ik volsta hier met de opmerking dat het leerstuk van de hoofdelijkheid zich in elk geval niet verzet tegen hoofdelijkheid van afhankelijke verbintenissen, die naar hun aard gemene verweermiddelen delen. Dat de nietigheid van de verbintenis van de hoofdschuldenaar in die gevallen een ‘gemeen verweermiddel’ oplevert, is echter niet inherent aan hoofdelijkheid maar vloeit voort uit de specifieke regeling van de borgtocht. Het enige ‘verweermiddel’ dat alle debiteuren uit hoofde van hoofdelijkheid zonder meer gemeen hebben, is het verweer dat de hoofdelijke verbintenissen teniet zijn gegaan door betaling of daarmee gelijkgestelde handelingen zoals verrekening.²⁴ Zie daarover nader paragraaf 4.2.

20 De drieliding van art. 1323 werd door de meeste auteurs gereduceerd tot twee. Zie bijv. Diephuis 1886, p. 180, Opzoomer V 1879, p. 239, Hofmann 1932, p. 125, Asser/Rutten 1981, p. 98-99. Vgl. Völlmar 1952, p. 129.

21 Parl. Gesch. Boek 6, p. 95.

22 Hetzelfde geldt, zo bleek in hoofdstuk 4, voor de werking *erga omnes* van de daar behandelde rechtsfeiten.

23 Over afhankelijkheid van de borgtocht bijv. Asser/Van Schaick 7-VIII 2012 nr. 86 e.v. Over complicaties in dat verband Van Boom & Vandenbogaerde 2009, p. 556 e.v.

24 Vgl. Friedmann & Cohen 1991, § 11-37.

De uitoefening van gemene verweermiddelen kan tot complicaties in de verhouding van debiteuren onderling leiden als zij niet op de hoogte zijn van het voornemen van één hunner om een beroep te doen op het verweermiddel. In dat verband dient te worden aangenomen dat debiteuren in voorkomende gevallen verplicht zijn elkaar mededeling te doen van het voornemen om een verweermiddel in te roepen. Daar wil ik thans enige beschouwingen aan wijden.

6.2.5 *Mededelingsplichten bij gemene verweermiddelen*

De uitoefening van gemene verweermiddelen kan tot complicaties leiden in de verhouding van debiteuren onderling als zij niet op de hoogte zijn van het voornemen van één hunner om een beroep te doen op het verweermiddel. Een voorbeeld daarvan is naar mijn mening het opschortingsrecht. In de Toelichting Meijers wordt gesteld dat een opschortingsrecht van een der debiteuren jegens de crediteur ook aan het regresrecht van een mededebiteur kan worden tegengeworpen:

“De mogelijkheid het verweermiddel ook tegen een regresvordering in te roepen, dient eveneens te worden aangenomen ten aanzien van uit de wet voortspuitende verweermiddelen, zoals het opschortingsrecht (...); het zou niet redelijk zijn dat de in die exceptie gelegen zekerheid aan een schuldenaar uit handen zou kunnen worden geslagen doordat zijn medeschuldenaar de schuld voldoet en vervolgens regres neemt voordat de schuldeiser zijn contraprestatie heeft voldaan.”²⁵

Het betreft hier de werking van een gemeen verweermiddel. Het zal zich namelijk niet spoedig voordoen dat van twee hoofdelijk verbonden debiteuren er slechts één een beroep toekomt op een wettelijk opschortingsrecht.²⁶ Integendeel, het opschortingsrecht zal in het gros van de gevallen voortvloeien uit een contractuele rechtsverhouding tussen ten minste drie partijen, en de desbetreffende debiteuren hebben het opschortingsrecht *gemeen*. Als bijvoorbeeld de verhuurder nalaat het huurgenot te verschaffen, dan hebben medehuurders het opschortingsrecht gemeen; laat een hunner ten onrechte een beroep op het gemene verweermiddel na en voldoet deze de huurschuld, dan zal de andere medehuurder hem voorhouden dat hij ten onrechte tot betaling is overgegaan en dat hij niet mag verwachten dat de andere medehuurder meedraagt in de kosten van de onterechte huurbetaling. Dat

²⁵ Parl. Gesch. Boek 6, p. 114.

²⁶ Ik beperk mij hier tot de opschortingsrechten van art. 6:52 en 6:262 BW; betreft het een contractuele opschortingstermijn, dan is sprake van ófwel een gemeen verweermiddel ófwel ongelijke verbintenissen door een opschortende termijn of voorwaarde. Daarover nader par. 4.2.2.

zal zeker juist zijn indien de medehuurlers na onderling overleg hadden besloten om het opschortingsrecht in te roepen. Maar als de medehuurlers tegenover elkaar op geen enkele wijze over opschorting hebben gerept, dan ligt het niet aanstonds voor de hand om het verweer te honoreren dat de betalende debiteur zich ten onrechte niet op opschorting heeft beroepen. Daarvoor zal toch op zijn minst vereist zijn dat de medehuurler die van plan is (hetgeen aan de andere huurder bekend is) de huurschuld te voldoen, ervan op de hoogte is (gesteld) dat de andere huurder zich jegens de crediteur op opschorting wenst te beroepen?

De Toelichting Meijers geeft hierover geen uitsluitel, maar in een latere fase van het wetgevingsproces is wel – zij het in ander verband – over deze kwestie gesproken. Bij behandeling van art. 6:279 BW (meerpartijenovereenkomst) wordt namelijk het geval aan de orde gesteld waarin een hoofdschuldenaar een beroep op opschorting toekomt, maar de aangesproken ‘medeschuldenaar’ niettemin tot betaling overgaat. De minister stelt hierover:

“De ondergetekende wil in dit verband vooropstellen dat naar zijn mening de hoofdschuldenaar die verzuimt de nodige maatregelen te nemen, opdat zijn medeschuldenaar weet dat hij van de bevoegdheid tot opschorting gebruik dient te maken, zich tegenover diens regresvordering niet op dit opschortingsrecht zal kunnen beroepen; men zie de artikelen 6.1.2.2a en 6.1.2.5 lid 4 van het gewijzigd ontwerp [art. 6:8 resp. 6:11 lid 4 BW, WvB].”²⁷

Ik concludeer dat hoofdelijke debiteuren die op de hoogte zijn van elkaars debiteurschap, verplicht zijn om elkaar op de hoogte te stellen van het voornemen om een opschortingsrecht tegenover de crediteur in te roepen, opdat de andere debiteuren rekening kunnen houden met een eventuele blokkering van hun regresrechten jegens de betreffende debiteur die het verweer had willen tegenwerpen.²⁸ Een hoofdelijke debiteur mag er immers op vertrouwen dat zijn betaling aan de crediteur niet het onverwachte verwijt van een mededebiteur ontmoet dat deze, zo hij zelf tot betaling zou zijn aangesproken, zeker een beroep op opschorting zou hebben gedaan. Mijns inziens brengen de tussen hoofdelijke debiteuren – die in gevallen als deze bovendien veelal in een meerpartijencontractuele rechtsverhouding tot elkaar staan – geldende eisen van redelijkheid en billijkheid de plicht mee om mededeling te doen van het voornemen om, tot nakoming aangesproken, de opschorting in te roepen.

²⁷ Parl. Gesch. Boek 6, p. 1048.

²⁸ Vgl. ook art. 1879 lid 2 BW (oud), dat voor de borgtocht bepaalde: “Indien de borg betaald heeft, zonder daartoe in rechten te zijn aangesproken, en zonder den hoofdschuldenaar daarvan te hebben verwittigd, heeft hij op dezen geen verhaal, in geval die schuldenaar, op het oogenblik der betaling, gronden mogt hebben gehad om de schuld te doen vervallen verklaren; onverminderd de regtsvordering van den borg tot terugvordering tegen den schuldeischer” (curs. WvB).

Als gezegd bevestigt de parlementaire geschiedenis deze zienswijze.²⁹ De sanctie op niet-nakoming van de hier bepleite mededelingsplicht is dat het verweer niet aan de debiteur die tot betaling is overgegaan, kan worden tegengeworpen en dat het verweer niet aan diens eventuele regresrecht kan worden tegengeworpen. Bepalingen als art. 6:11 en 7:868 BW dienen mijns inziens met inachtneming van deze beperking te worden verstaan.

Overigens blijkt uit de parlementaire geschiedenis eveneens dat ook *de crediteur* onder omstandigheden gehouden kan zijn de ene debiteur ervan op de hoogte te stellen dat de andere zich op opschorting zou willen beroepen: voor terugvordering van het aan de crediteur betaalde is dan plaats

“(...) wanneer de schuldeiser, wetend dat de andere schuldenaar op opschorting prijs stelde, dit voor de betaler heeft verzwegen en hem zo op onbehoorlijke wijze de prestatie heeft ontfutseld.”³⁰

Hieruit kan worden afgeleid dat onder omstandigheden op de crediteur de verplichting rust om de hem bekende omstandigheden op grond waarvan een van de debiteuren weigert de gevorderde prestatie te voldoen, mede te delen aan de andere debiteur.³¹

Kan ook een mededelingsplicht worden aangenomen ten aanzien van het voornemen om de overeenkomst waaruit de hoofdelijkheid is voortgekomen, te vernietigen of ontbinden? Indien in een concreet geval twee debiteuren deze beëindigingswijzen gelijkelijk kunnen invoeren, dan zal reeds uit hun contractuele rechtsverhouding een dergelijke verplichting kunnen voortvloeien. Zij kan ook op de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid ex art. 6:8 BW worden gegrond. Ik kom op dit punt terug in paragraaf 6.3.2, alwaar de gevolgen van ontbinding en vernietiging aan de orde komen.

6.2.6 *Het gecompliceerde verrekeningsverweer*

In paragraaf 6.2.5 kwam het geval aan de orde waarin een debiteur die tot regresbetalingen wordt aangesproken, zich verweert met de stelling dat hij, zo *hij* door de crediteur tot betaling zou zijn aangesproken, zeker een beroep op opschorting zou hebben gedaan. Ik concludeerde dat het te ver voert om dit verweer dat in een denkbeeldige situatie zou zijn gevoerd, altijd te honoreren. Immers, zo stelde ik, wanneer het een gemeen verweermiddel

29 Vgl. ook Parl. Gesch. Boek 7, p. 432 voor het omgekeerde geval: de borg gaat tot betaling over terwijl hij weet dat de hoofdschuldenaar zich op opschorting wil beroepen. De borg kan in dat geval schadelijktig worden jegens de hoofdschuldenaar, aldus de T.M.

30 Parl. Gesch. Boek 6, p. 1049.

31 Bovendien kan uit het voorbeeld worden afgeleid dat het opschortingsrecht inderdaad als gemeen verweermiddel wordt gezien; men kan de crediteur immers alleen dan ‘ontfutseling’ verwijten als de aangesproken debiteur de mogelijkheid had om de opschorting te zijnen behoeve in te roepen.

betreft, dan zijn de debiteuren uit hoofde van hun bijzondere (contractuele) rechtsverhouding verplicht om elkaar op de hoogte te stellen van hun voornemen om het verweer in te roepen.

Gecompliceerder is de doorwerking van het *persoonlijke* verweer van de verrekening, zoals dat in de denkbeeldige situatie zou zijn gevoerd. Het is onbetwist dat *als* jegens de crediteur een beroep op verrekening *is* gedaan door een van de debiteuren, de verrekening wordt gelijkgesteld met (deel)betaling; ook de andere debiteuren worden jegens de crediteur bevrijd. Zie daarover paragraaf 4.2.3. Maar wat te denken van het geval dat een andere debiteur dan de verrekeningsbevoegde debiteur de hoofdelijk verschuldigde prestatie verrichtte? Stel bijvoorbeeld dat debiteur A de hoofdelijk verschuldigde geldsom betaalt, vervolgens regres wil nemen op de draagplichtige mededebiteur B, en deze zich verweert met de stelling dat hij, *als hij* door de crediteur tot betaling *zou* zijn aangesproken, zich op verrekening zou hebben beroepen.³² Mijns inziens is dit een verweer in de zin van art. 6:11 lid 1 BW.³³ Weliswaar is verrekening in de eerste plaats een wijze van betaling van een schuld, en in zoverre geen verweer tegen de nakomingsvordering, maar de bevoegdheid om te verrekenen is tegelijkertijd een wijze van inning van een vordering; daarin is de zekerheid en het inningsgemak van verrekening gelegen. Zou men de verrekeningsbevoegdheid niet kwalificeren als verweer in de zin van art. 6:11 BW, dan zou het bestaan van hoofdelijkheid en betaling door de andere hoofdelijke debiteur altijd tot verlies van verrekeningsbevoegdheid leiden. Dit lijkt mij een onwenselijk, want te algemeen luidend rechtsgevolg: het laat niet de mogelijkheid open om onderscheid te maken tussen interne rechtsverhoudingen waarin een verrekeningsverweer wel gevoerd zou moeten kunnen worden en die waarin het verweer ‘niet thuishoort’.

Gesteld dat verrekeningsbevoegdheid een verweer in de zin van art. 6:11 BW is, hoe werkt dat verweer vervolgens door in de interne verhoudingen? Als men ervan uitgaat dat de debiteur altijd het verweer kan voeren dat hij de verrekening zou hebben ingeroepen, dan raakt de debiteur die daadwerkelijk betaalde beklemd: hij heeft – zo lijkt het – verschuldigd betaald aan de crediteur, maar zijn regres op de draagplichtige debiteur stuit af op het verweer van de verrekeningsbevoegdheid. Aan die consequentie kan worden ontkomen door de hierna uiteen te zetten constructie, die weliswaar gekunsteld aandoet (en misschien niet altijd tot redelijke resultaten voert) maar in elk geval de gesignaleerde beklemming verhelpt. Men zou namelijk kunnen stellen dat de debiteur die het verrekeningsverweer wenst te voeren, tegenover de regreszoekende debiteur verplicht is om de verrekeningsverklaring als bedoeld in art. 6:127 BW tegenover de crediteur af te leggen. Deze verklaring heeft terugwerkende kracht (art. 6:129 BW), en in dat geval is het achteraf bezien niet de

32 Als B daadwerkelijk tot betaling is aangesproken en hij heeft zich niet op verrekening beroepen, dan kan hij het verrekeningsverweer m.i. niet voeren tegen de regreszoekende debiteur.

33 Vgl. Korthals Altes 1933, p. 46. Naar het lijkt in andere zin: Parl. Gesch. Boek 7, p. 431.

regreszoekende debiteur die de hoofdelijk verschuldigde prestatie heeft verricht, maar de verrekeningsbevoegde debiteur. De regreszoekende debiteur heeft in deze constructie achteraf gezien onverschuldigd betaald, en hij kan het betaalde als zodanig terugvorderen van de crediteur.³⁴ Hij alleen draagt in deze constructie dus het risico van insolventie van de crediteur.

Een soortgelijk resultaat zou worden bereikt als men niet zozeer aanknoopt bij de terugwerkende kracht van de verrekeningsverklaring, maar meer het accent legt op de ongerechtvaardigde verrijking van de crediteur die het gevolg is van de cumulatie van de ontvangst van de prestatie enerzijds en de bevrijding van zijn eigen schuld door de verrekening anderzijds. Hij wordt zonder enige rechtvaardiging ten koste van de beklemd debiteur verrijkt. Deze zou op grond van art. 6:212 BW schadevergoeding van de crediteur kunnen vorderen. Ook in deze constructie is het overigens de betalende debiteur die het risico van insolventie van de crediteur draagt.

Is het juist om de regreszoekende debiteur te belasten met de terugvorderingsperikelen die uit deze constructies kunnen voortvloeien? Ik denk dat het antwoord voornamelijk moet worden gezocht in de concrete rechtsverhouding tussen de debiteuren onderling; art. 6:11 lid 4 BW kiest dezelfde benadering. Zo kan worden gekeken naar de omstandigheden waaronder de betaling plaatsvond: was de verrekeningsbevoegde debiteur daadwerkelijk tot betaling aangesproken, en deed hij bij die gelegenheid geen beroep op de verrekeningsbevoegdheid, dan kan hij het verweer uiteraard niet achteraf aan de regreszoekende debiteur tegenwerpen. Dat zou ik in beginsel ook willen aannemen voor het geval de verrekeningsbevoegde debiteur ervan op de hoogte was (gesteld) dat de andere debiteur tot betaling werd aangesproken, en hij niettemin niet spontaan de crediteur betaling door verrekening aanbood.³⁵ In paragraaf 4.2.3 sprak ik al uitgebreider over deze en dergelijke plichten jegens mededebiteuren om tot verrekening met de crediteur over te gaan. Schending van dergelijke plichten leidt er in elk geval toe dat als een andere debiteur tot betaling is overgegaan, de verrekeningsbevoegde debiteur tegen het regres geen doorwerking van het verrekeningsverweer kan aanvoeren.

Voorts kan uit de bijzondere (contractuele) rechtsverhouding van de hoofdelijke debiteuren volgen dat het verrekeningsverweer geen interne doorwerking heeft, bijvoorbeeld omdat dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:8 jo art. 6:2 BW of art. 6:248 BW), of omdat dit in strijd zou zijn met de door de wetgever beoogde bijzondere bescherming van een der debiteuren (zie bijv. art. 6:170 lid 3 BW en art. 7:661 BW). Bovendien kan uit de bijzondere rechtsver-

³⁴ Vgl. Korthals Altes 1933, p. 46-47.

³⁵ Vergelijk in dit verband ook art. 7:852 lid 2 BW, dat de borg een korte opschortingstermijn tegenover de crediteur gunt teneinde ruggespraak met de hoofdschuldenaar te houden; deze kan dan beslissen of hij de vernietiging tegenover de crediteur inroept of niet.

houding tussen de debiteuren voortvloeien dat zij het risico dat de crediteur de betaling niet restitueert, moeten *verdelen*.

Ontbreekt een bijzondere rechtsverhouding tussen de debiteuren, dan kan – behoudens de hiervoor geschetste gevallen – het verrekeningsverweer naar mijn mening worden gevoerd. Als gezegd is het resultaat dat de debiteur die het verweer tegengeworpen krijgt, van de crediteur gedaan moet zien te krijgen dat deze tot restitutie overgaat. Hierin kan een gelijkenis worden gezien met de situatie die zich voordoet als de debitor cessus op grond van art. 6:130 BW aan de cessionaris de verrekening tegenwerpt met een vordering op de cedent: de cessionaris moet zijn schade maar zien te verhalen op de cedent. Ik maak deze vergelijking met de cessie (of ook: subrogatie), omdat naar mijn mening bij het ontbreken van een bijzondere rechtsverhouding onder de hoofdelijke debiteuren de werking van de verweermiddelregeling van art. 6:11 BW het sterkst is. De toevallige mededebiteuren die op grond van art. 6:102 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn, kunnen daarom naar mijn mening in beginsel het verrekeningsverweer voeren. Daarbij kan mijns inziens art. 6:130 BW analoog worden toegepast. De verrekeningsbevoegde debiteur die tot het doen van een regresbijdrage wordt aangesproken, kan het verrekeningsverweer voeren als hij de verrekening jegens de crediteur zou hebben kunnen invoeren op het moment van betaling door de andere debiteur.³⁶

Vermelding verdient nog dat naar mijn mening een debiteur die door de crediteur tot betaling wordt aangesproken, op grond van analoge toepassing van art. 6:139 BW de betaling mag opschorten indien de crediteur de bevoegdheid toekomt om de hoofdelijke prestatie te verrekenen met een schuld die hij heeft aan een andere hoofdelijke debiteur, indien en voor zover deze laatste intern draagplichtig is. Zie nader paragraaf 4.2.3.

6.2.7 *Conclusie: verweermiddelen en debiteurenbescherming*

De vraag naar interne doorwerking van externe verweermiddelen is in feite de vraag naar het rechtskarakter van het regresrecht. In paragraaf 5.2.1 werd benadrukt dat het regresrecht van art. 6:10 BW een zelfstandig wettelijk verhaalsrecht is, dat van origine ontstaat in het vermogen van de debiteur die de hoofdelijk verschuldigde prestatie verricht waarvoor hij niet of slechts gedeeltelijk draagplichtig is. De historische wortels van het regresrecht van art. 6:10 BW zijn weliswaar gelegen in cessie- en subrogatie-rechtsfiguren,³⁷ maar het is algemeen aanvaard dat het regresrecht van art. 6:10 BW een zelfstandig karakter toekomt. Zou men die zelfstandigheid evenwel onbeperkt doorvoeren, dan is veronachtzaming van

³⁶ Dat spoort ook met de terugwerkende kracht van art. 6:129 BW. Zou de verrekeningsbevoegdheid pas zijn ontstaan nadat de andere debiteur had betaald, dan zou de terugwerkende kracht er niet toe leiden dat de andere debiteur achteraf gezien onverschuldigd had betaald: zijn betaling was dan immers ‘de eerste’.

³⁷ Zie daarover Van Boom 1999, p. 90 e.v.

de belangen van de andere debiteuren het gevolg. In bepaalde gevallen zal een debiteur tegen het zelfstandige regresrecht van zijn mededebiteur moeten worden ‘beschermd’, bijvoorbeeld wanneer de hoofdelijkheid buiten zijn medewerking ontstond en uitoefening van het regresrecht hem in een nadeliger positie zou brengen dan hij tegenover de crediteur innam. In zekere zin belichaamt art. 6:11 BW deze beschermingsgedachte.³⁸ Zo mag de debiteur die van oorsprong de enige debiteur is, erop vertrouwen dat wanneer een andere persoon zich met hem blijkt te hebben verbonden en deze aan de crediteur heeft betaald, hij daardoor niet in een slechtere positie komt te verkeren dan wanneer hij zelf door de crediteur tot betaling zou zijn aangesproken. In paragraaf 6.2.2 kwam dit reeds naar voren.

Uiteraard is deze beschermingsgedachte ontleend aan hetgeen van oudsher uit hoofde van de ‘nemo plus’-regel bij cessie en subrogatie geldt,³⁹ maar meer dan bij deze figuren is de mate van bescherming van de hoofdelijke debiteur afhankelijk van zijn verhouding tot de mededebiteuren. Ontbreekt een bijzondere rechtsband tussen de hoofdelijke debiteuren, dan ligt het voor de hand aan te nemen dat de regreszoekende debiteur een positie inneemt die vergelijkbaar is met die van een cessionaris, tegen wie bepaalde verweren kunnen worden ingeroepen die aan de rechtsverhouding met de oorspronkelijke crediteur worden ontleend. Zie met name de complicaties die ik in paragraaf 6.2.6 schetste met betrekking tot het verrekeningsverweer.

De mededebiteur is echter lang niet altijd de ‘cessionaris’ die zich alle verweren moet laten welgevallen die de andere debiteur tegenover de crediteur kon voeren. Hebben de debiteuren zich bijvoorbeeld bij meerpartijencontract tegenover de crediteur verbonden, dan ligt een minder vergaande bescherming voor de hand. De debiteuren staan in dergelijke gevallen reeds uit hoofde van hun contractuele rechtsband in een bijzondere verhouding tot elkaar, die een grotere ‘lotsverbondenheid’ rechtvaardigt en daarmee een minder sterke doorwerking van verweermiddelen. In ieder geval leidt een dergelijke bijzondere rechtsverhouding tot bijzondere mededelingsplichten.⁴⁰ Over de gevolgen van ontbinding en vernietiging tussen ‘lotsverbonden’ hoofdelijke debiteuren zal ik hierna in paragraaf 6.3.2 komen te spreken.

Het beschermingsmes van art. 6:11 BW snijdt aan twee kanten: de regreszoekende debiteur kan een verweer tegengeworpen krijgen, maar soms kan hij er ook *zelf* een verweer aan ontlelen. De debiteur wordt namelijk beschermd in zijn regresrechten door het uitgangspunt dat afspraken tussen de crediteur en een andere debiteur geen werking ten nadele van derden kunnen hebben. Het is deze gedachte die in art. 6:11 lid 2 BW en art. 6:14 BW tot uitdrukking komt, daar waar deze bepalen dat posterieure rechtshandelingen verricht door een van de debiteuren met de crediteur, geen afbreuk kunnen doen aan

38 Vgl. art. 7:868 BW voor de borgtocht.

39 Zie art. 6:145 BW, waarover Wibier 2009, p. 31 e.v.; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, nr. 264.

40 Vergelijk in dat verband bijv. par. 6.2.5. Uit hetgeen in die paragraaf is beschreven, kan een verband worden afgeleid tussen het bestaan van een contractuele rechtsband en mededelingsplichten.

eventuele regresrechten van mededebiteuren. Dit kwam in paragraaf 6.2.3 naar voren. Ik zal hierna in paragraaf 6.3.3 nader ingaan op de interne doorwerking van de met de crediteur getroffen afstand, schikking of betalingsregeling.

6.3 VERSTORING VAN DE RECHTSVERHOUDINGEN DOOR EEN RECHTSHANDELING

6.3.1 *Inleiding*

Na deze algemene beschouwingen over verweermiddelen lijkt het zinvol een aantal specifieke rechtsfeiten onder de loep te nemen die tot verstoring van de rechtsverhoudingen bij hoofdelijkheid leiden. Daarbij zal ik de uitgangspunten toepassen die aan art. 6:11 BW ten grondslag lijken te liggen. Dat is overigens gemakkelijker opgeschreven dan uitgevoerd, want bij het opstellen van art. 6:11 BW is blijkens de parlementaire geschiedenis voornamelijk gedacht aan de tegenwerping aan een mededebiteur van contractuele verweermiddelen die de aangesproken debiteur aan de crediteur zou kunnen tegenwerpen, zoals ontbinding, opschorting, termijnen en voorwaarden. Onduidelijk is of de wetgever ook het oog heeft gehad op andere oorzaken van verstoring van de rechtsverhoudingen, zoals wettelijk of rechterlijk ingrijpen in de hoofdelijkheidsband. Rechterlijke matiging en wettelijke limitering of uitsluiting van aansprakelijkheid zullen onmiskenbaar gevolgen hebben voor de hoofdelijkheidsband; art. 6:11 BW geeft helaas niet duidelijk aan welke gevolgen. Gegeven deze onduidelijkheden zal ik in deze paragraaf de werking van verweermiddelen die uit een contract voortvloeien nader onderzoeken, en in paragraaf 6.4 de verstoring van de rechtsverhoudingen die volgt uit rechterlijk of wettelijk ingrijpen. Deze onderverdeling in rechtshandelingen enerzijds en wettelijk of rechterlijk ingrijpen anderzijds wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid – zoals ik hierna tracht aan te tonen – dat aan deze twee categorieën om uiteenlopende redenen bepaalde rechtsgevolgen zijn verbonden.

6.3.2 *Ontbinding en vernietiging*

Als de hoofdelijkheid voortvloeit uit een meerzijdige rechtshandeling waarbij meer personen zich tot dezelfde prestatie hebben verplicht, zoals het geval kan zijn bij een meerpartijencontract – dat bijvoorbeeld kan ontstaan na aanvaarding van een derdenbeding – dan is uiteraard de vraag welke gevolgen de ontbinding (of opzegging) dan wel vernietiging van het contract heeft voor de hoofdelijkheid. Als van twee contractueel hoofdelijk verbonden medehuurlers⁴¹ één de huurovereenkomst wegens wanprestatie van de verhuurder ontbindt,

41 In HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9519, NJ 1990/184 werd beslist dat contractuele medehuurlers hoofdelijk verbonden zijn jegens de verhuurder.

welke gevolgen heeft dat dan voor de rechtsverhouding tussen de ‘overblijvende huurder’ en de verhuurder? Stelt men de onafhankelijkheid van elk van de rechtsverhoudingen tegenover de verhuurder centraal, dan zal duidelijk zijn dat het huurcontract gewoon voortduurt tussen de ‘overblijvende’ partijen. De overblijvende huurder zal tot betaling van de gehele huursom verplicht blijven, tenzij ook hij door ontbinding zijn contractuele rechtsverhouding tot de verhuurder weet te beëindigen.⁴²

Bij de hoofdelijkheidsfiguur is weliswaar gekozen voor onafhankelijkheid van verbintenissen, maar de vraag of na ontbinding door de ene medehuurder het huurcontract voortduurt tussen verhuurder en de andere huurder, is in veel gevallen niet zozeer een vraag van hoofdelijkheid. Veeleer is het antwoord gelegen in de aard, inhoud en strekking van de betreffende meerpartijenovereenkomst. Het uitgangspunt van de onafhankelijkheid der verbintenissen moet in elk geval worden verlaten indien de verbintenissen van de hoofdelijke debiteuren in een zodanig onverbrekelijk verband met elkaar staan dat het wegvallen van de ene verbintenis de andere aantast. Dat verband is het duidelijkst aanwezig bij de afhankelijke verbintenis, zoals bij borgtocht.⁴³ Maar ook buiten de gevallen van strikte afhankelijkheid kan de verbintenis met het oog op de andere (hoofdelijke) verbintenis zijn aangegaan, zodat zij zonder elkaar ondenkbaar zijn. In dat geval moet het wegvallen van de ene verbintenis mede beëindiging van de andere tot gevolg hebben.⁴⁴ Of van een dergelijke verbondenheid sprake is, zal aan de hand van de uitleg van de betreffende rechtsverhoudingen in het licht van de omstandigheden moeten worden vastgesteld.⁴⁵ Bij huur is die verbondenheid wel aangenomen.⁴⁶ In voorkomende gevallen heeft ontbinding of vernietiging in de ene rechtsverhouding hetzelfde rechtsgevolg in de andere rechtsverhouding.⁴⁷ Is geen sprake van een zodanige verbondenheid, dan wil dat niet zeggen dat het tenietgaan van de ene verbintenis zonder gevolgen blijft voor de verbintenissen tussen de crediteur en de andere debiteuren. Het tenietgaan kan namelijk wijziging van de over-

42 Vgl. Stein 1990. Het is overigens niet ondenkbaar dat het ‘wegvallen’ van de ene huurder een onvoorziene omstandigheid in de zin van art. 6:258 BW voor de andere huurder oplevert in zijn rechtsverhouding tot de verhuurder.

43 Dit volgt uit het stelsel van art. 7:851-853 BW.

44 Hier kan men m.i. een vergelijking maken met de onverbrekelijkheidstoets van art. 3:41 BW.

45 Zie HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2555, NJ 1999/97 (*Jans/Fiat Credit Nederland*). Vgl. verder HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4279, NJ 2000/307; HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3408, NJ 2012/496; HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3162, NJ 2012/60 (*AgfaPhoto*); HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4907 (*Eureto/Naeije*); HR 10 augustus 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4992, NJ 2012/486 (*Pocorni/Defam Financieringen*) en terughoudend HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1627, NJ 2015/2. Voor wettelijke voorbeelden van dergelijke doorwerking zie bijv. art. 7:66 lid 5 BW en art. 7:67 BW.

46 Bijv. HR 9 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3255, NJ 2006/153. Wel is onschuld van de wettelijk medehuurder, die op grond van art. 7:266 BW toetreedt *nadat* de huurder tekortgeschoten is in de nakoming van zijn verbintenis maar *voor* de ontbinding van de overeenkomst is uitgesproken, een omstandigheid die meegewogen kan worden bij de vraag of de tekortkoming de ontbinding ten aanzien van de medehuurder rechtvaardigt. Zie aldus HR 3 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH0762, NJ 2009/319 (*Stichting Wonenbreburg*).

47 Zo ook Loeff 1891, p. 185-187, ten aanzien van de gevolgen van vernietiging wegens handelingsonbekwaamheid van een der debiteuren voor de overige verbintenissen.

eenkomst op grond art. 6:258 BW of een beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid rechtvaardigen.

Welke gevolgen de vernietiging en ontbinding voor de verhouding tussen de debiteuren onderling hebben, is wederom veeleer een kwestie die thuishoort in een verhandeling over de meerpartijenovereenkomst dan in een die hoofdelijkheid betreft. Bij de totstandkoming van art. 6:10 en 6:11 BW verdedigt de regering niettemin de opvatting dat hoofdelijke debiteuren onderling het verweer kunnen voeren dat er geen hoofdelijkheid bestond ten tijde van betaling als gevolg van een eerdere ontbinding of vernietiging van de overeenkomst waarop de gebondenheid van de aangesproken debiteur jegens de schuldeiser berustte.⁴⁸ Mijns inziens is dit een te algemene uitspraak. Waarschijnlijk heeft de wetgever gemeend dat ontbinding en vernietiging de rechtsband tussen debiteuren en crediteur (al dan niet met terugwerkende kracht) slaken en dat dientengevolge, bij gebreke van hoofdelijkheid, een regresverhouding tussen debiteuren onderling ontbreekt. Bij nadere beschouwing blijkt deze opvatting slechts gedeeltelijk hout te snijden. Zo heeft vernietiging weliswaar terugwerkende kracht (art. 3:53 BW), en worden de door de vernietiging getroffen verbintenissen geacht nooit te hebben bestaan, maar dat wil geenszins zeggen dat het bestaan van de rechtsverhouding die zich in de periode tussen ontstaan van de verbintenissen en vernietiging heeft voorgedaan, geheel kan worden ontkend. Hetgeen in de tussengelegen periode krachtens de desbetreffende verbintenissen aan de crediteur is gepresteerd, moet bijvoorbeeld ongedaan gemaakt worden (art. 6:271 resp. 6:203 e.v. BW). Deze fundamentele regel werkt door in hoofdelijkheidsverhoudingen. Zoals partijen na ontbinding en vernietiging tot ongedaanmaking verplicht zijn, zijn hoofdelijke debiteuren onderling ook tot 'ongedaanmaking' gehouden.

In de klassieke opvatting – die ook door de regering wordt aangehangen – leidt terugwerkende kracht van de vernietiging ertoe dat tussentijdse betaling door een hoofdelijke debiteur achteraf bezien onverschuldigd plaatsvond en dat die debiteur geen regresrechten toekwam. Strikte doorvoering van deze terugwerkende kracht leidt tot evenzoveel restitutieverbintenissen als er betalingen aan de crediteur en regresbetalingen onder debiteuren onderling hebben plaatsgehad. De betalende debiteur moet de actie uit onverschuldigde betaling jegens de crediteur instellen; de mededebiteur op wie nog geen regres was genomen, blijft echter geheel buiten schot en draagt bijvoorbeeld niet mee in het risico dat de crediteur niet tot restitutie overgaat.⁴⁹ In paragraaf 5.6.7 gaf ik reeds aan dat deze benadering niet in alle gevallen de meest efficiënte en rechtvaardige oplossing biedt; in die paragraaf betrof het de betaling door een pseudo-debiteur die ten onrechte meende tot betaling te zijn

48 Parl. Gesch. Boek 6, p. 113, p. 115. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012, nr. 127 en Schoordijk 1979, p. 87-88.

49 Parl. Gesch. Boek 6, p. 112, p. 115. Vgl. ook art. 7:852 lid 2 BW, dat in verband met dit incassorisico aan de borg een tijdelijk opschortingsrecht toekent. Zie Parl. Gesch. Boek 7, p. 431-432.

gehouden. Hier betreft het betaling gevolgd door vernietiging, maar het probleem is vergelijkbaar. Stel dat twee contractuele mededebiteuren A en B voor $1/3$ respectievelijk $2/3$ intern draagplichtig zijn; na voldoening door A van de hoofdelijk verschuldigde prestatie, maar voordat regres op B kan worden genomen, wordt de overeenkomst vernietigd. De wederpartij blijkt insolvent en restitutie blijft uit. Zou A nu voor $2/3$ regres willen nemen op B, dan zou deze zich in de klassieke benadering kunnen verweren met de stelling dat bij gebreke van hoofdelijkheid er geen regres bestaat. Dit verweer steunt slechts op de terugwerkende kracht van de vernietiging. Het gaat dan ook niet op als in plaats van vernietiging ontbinding heeft plaatsgevonden. Dat is opmerkelijk, omdat het in de verhouding tussen de hoofdelijke debiteuren betrekkelijk onverschillig dient te blijven of vernietiging dan wel ontbinding heeft plaatsgevonden. De regering tracht de verschillende uitkomsten enigszins weg te poetsen door ten aanzien van de ontbinding te overwegen dat uit de onderlinge, veelal contractuele rechtsverhouding tussen de debiteuren wel zal volgen dat de debiteur die de schuld heeft voldaan, na ontbinding eerst zal moeten trachten het betaalde van de crediteur terug te krijgen voordat hij zijn regresrecht op de mededebiteuren kan uitoefenen.⁵⁰ Ik kan mij in zoverre in deze gedachtegang vinden, dat men de oplossing van de geschetste problemen beter niet kan zoeken in de al dan niet terugwerkende kracht van de beëindiging van het contract. Doorslaggevend moet zijn hetgeen tussen (contractueel) medeverbonden debiteuren op grond van hun specifieke rechtsverhouding betaamt. Deze rechtsverhouding kan met zich brengen dat ook in het geval van vernietiging – en dus niet alleen bij ontbinding! – van de overeenkomst B meedraagt in de gevolgen van insolventie van de crediteur.⁵¹ Heeft A eerst getracht de restitutievordering op de crediteur geldend te maken, dan kan hij mogelijk daarna ‘regres’ op B nemen.

Soortgelijke overwegingen gelden in het geval een van de debiteuren kosten voor het gemenebest heeft gemaakt, en daarna vernietiging plaatsvindt. Stel bijvoorbeeld dat twee personen een zaak kopen en uit hoofde van de overeenkomst hoofdelijk tot betaling van de koopprijs gehouden zijn. De zaak voldoet niet en de kopers gaan over tot buitengerechtelijke vernietiging van de overeenkomst; zij weigeren betaling van de koopprijs. De verkoper betwist de vernietiging en vordert van een hunner in rechte nakoming van de overeenkomst. Een van de hoofdelijke debiteuren neemt de kosten en moeite van een rechtszaak op zich. De rechtszaak eindigt met verklaring voor recht dat terecht vernietiging heeft plaatsgevonden. De debiteur die (het onverhaalbare deel van) de proceskosten heeft voldaan, wil deze op zijn mededebiteur verhalen op grond van art. 6:10 lid 3 BW. Deze verweert

50 Parl. Gesch. Boek 6, p. 112. Blijkbaar geldt dit niet bij borgtocht: de borg kan, indien hij voor ontbinding heeft betaald, ook nog na ontbinding gewoon regres nemen op de hoofdschuldenaar; die zal maar moeten proberen om restitutie van de crediteur te krijgen, aldus Parl. Gesch. Boek 7, p. 432.

51 Vgl. ten aanzien van het ‘regres’ van de borg op de hoofdschuldenaar in geval van ontbinding van de overeenkomst tussen hoofdschuldenaar en crediteur Parl. Gesch. Boek 7, p. 468 en Blomkwist 2012, p. 93. Vgl. ook Parl. Gesch. Boek 7, p. 432.

zich met de stelling dat door de terugwerkende kracht van de vernietiging (art. 3:53 BW) nimmer sprake is geweest van hoofdelijkheid en dat derhalve geen sprake kan zijn van enig recht uit art. 6:10 BW. Zou men dit verweer inderdaad honoreren, dan plaatst men de ficties van een dogmatisch leerstuk, dat van de terugwerkende kracht der vernietiging, boven de realiteit dat voorafgaande aan de vernietiging wel degelijk een hoofdelijkheids-verhouding heeft bestaan tussen de debiteuren die ook nadien tot toepassing van art. 6:10 lid 3 BW noopt. Die realiteit wordt voor wat betreft de verhouding tussen debiteuren en crediteur in het wettelijk stelsel voldoende recht gedaan met restitutieverbintenissen (art. 6:202 e.v. BW), maar voor de verhouding tussen debiteuren onderling is eigenlijk geen regeling getroffen. In paragraaf 5.5.3 en 5.6.7 kwamen vergelijkbare problemen, zij het in andere context, aan de orde. Daar stelde ik vast dat art. 6:10 BW bij gebreke van hoofdelijkheid weliswaar niet rechtstreeks kan werken,⁵² maar dat het – eventueel met behulp van verrijkings- of zaakwaarnemingsactie – overeenkomstig toegepast zou moeten worden. Hier moet hetzelfde worden bepleit voor de interne verhouding van debiteuren na vernietiging van de overeenkomst waar de hoofdelijkheid uit voortvloeide.⁵³

Een ander probleem dat met ontbinding en vernietiging samenhangt, is de vraag of hoofdelijke debiteuren verplicht zijn om aan elkaar mededeling te doen van het voornemen om de ontbinding of vernietiging in te roepen. Ook hier zal het antwoord gevonden kunnen worden in de specifieke (meerpartijen)contractuele rechtsverhouding tussen de debiteuren; ik denk overigens dat er veel voor te zeggen valt om een dergelijke verplichting aan te nemen.⁵⁴ Stel dat de debiteuren A en B het gemene verweermiddel van de vernietiging kunnen inroepen, en dat alleen A overweegt dit te doen. Zou B, tot betaling aangesproken, hiertoe overgaan en zou A de overeenkomst nadien vernietigen, dan zou in de benadering van de wetgever B ófwel ook tot vernietiging moeten overgaan⁵⁵ en het betaalde als onverschuldigd betaald moeten terugvorderen van de crediteur, ófwel trachten om, niettegenstaande de vernietiging door A, regres op A te nemen (zie mijn betoog eerder in deze paragraaf). Beide wegen zijn niet zonder gevaar: de eerste weg legt het risico van insolventie van de crediteur bij B, de mogelijkheid van de tweede weg is geheel afhankelijk van hetgeen tussen A en B op grond van hun specifieke rechtsverhouding geldt. Had B evenwel voor betaling geweten dat A tot vernietiging zou overgaan, dan zou hij mogelijk hebben besloten

52 Mogelijk doelt ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012, nr. 127 op zodanige mitigering van de terugwerkende kracht, waar wordt gewezen op art. 3:53, 3:54, 3:198 en (lees:) 6:202 BW.

53 In vergelijkbare zin Von Olshausen 1988, p. 171-173.

54 Zie ook art. 7:852 lid 2 BW.

55 Tenzij sprake is van afhankelijkheid of verbondenheid als bedoeld in HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2555, NJ 1999/97 (*Jans/Fiat Credit Nederland*), die ertoe leidt dat vernietiging door de ene debiteur van rechtswege verval van de verplichtingen van de ander teweegbrengt. Vgl. HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3162, NJ 2012/60 (*AgfaPhoto*); HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4907 (*Euretco/Naeije*).

om betaling te weigeren en ook tot vernietiging over te gaan. Het aannemen van een mededelingsplicht van A zou ertoe strekken te voorkomen dat B met deze problemen wordt opgezadeld. Of een debiteur in voorkomende gevallen tot dergelijke mededelingen is gehouden, wordt, als gezegd, bepaald door (uitleg van) de (meerpartijen)contractuele rechtsverhouding tussen de debiteuren.

6.3.3 *Kwijtschelding, schikking en betalingsregeling*

Algemeen

Mededebiteuren kunnen geen rechten ontleen aan een kwijtschelding, schikking of betalingsregeling (hierna gezamenlijk te noemen: afstand) die de crediteur heeft getroffen met één van de hoofdelijke debiteuren. De verbintenissen van de mededebiteuren die niet in de afstand zijn betrokken, blijven in beginsel ongewijzigd voortbestaan. Zij mogen echter evenmin benadeeld worden door de afstand, omdat zij nu eenmaal niet betrokken waren bij de totstandkoming ervan. Beide uitgangspunten zijn verwoord in art. 6:14 BW en art. 6:11 lid 2 BW. Uitzonderingen kunnen zich voordoen als de verbintenissen van de resterende debiteuren subsidiair of afhankelijk van aard zijn, of als de afstand ten behoeve van alle debiteuren plaatsvond (art. 6:9 BW). Zie daarover uitgebreid paragraaf 4.3.3.

Onder oud recht bleven de resterende verbintenissen volgens de letter van de wet niet ongewijzigd voortbestaan, maar vervielen geheel (art. 1460 BW (oud)) of werden eventueel verminderd in evenredigheid met de interne bijdrageplicht van de bevrijde debiteur (art. 1476 BW (oud)).⁵⁶ In 1988 oordeelde de Hoge Raad niettemin *contra legem*.⁵⁷ De Hoge Raad stelde voorop dat uitleg van de afstand en eventueel daardoor gewekt vertrouwen doorslaggevend zijn.

Betreft de afstand slechts één van de verbintenissen, dan ontstaat een verstoring van de rechtsverhoudingen: de crediteur heeft tegenover één van de debiteuren afstand van zijn vorderingsrecht gedaan, terwijl de andere verbintenissen ongewijzigd blijven voortbestaan. Het gevolg hiervan is dat de crediteur na de afstand alsnog van de resterende debiteuren nakoming kan vorderen van hetgeen nog niet is betaald.⁵⁸ De aangesproken debiteuren zouden na betaling op hun beurt weer regres kunnen nemen op de al eerder bevrijde

⁵⁶ Ook in andere landen is dat rechtsgevolg niet onbekend. Zie Van Boom 1999, p. 188-189. Dit stelsel wordt omarmd in art. III-4:109 DCFR, waarover Von Bar & Clive 2010, p. 990-992. Het stelsel wordt gecontinueerd in het nieuwe Franse verbintenissenrecht: voor de afstand van een vorderingsrecht tegen betaling (de 'remise de solidarité') geldt als regel dat de vordering tegen de andere debiteur(en) blijft bestaan, zij het onder aftrek van het aandeel van de bevrijde debiteur (art. 1316 CC (nieuw); vgl. art. 1210 CC).

⁵⁷ Zie daarover par. 4.3.2.

⁵⁸ HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837, NJ 2015/255 (*Bia Beheer*).

debiteur. Dit uitgangspunt is neergelegd in art. 6:14 BW, eerste volzin. De afstand tegenover één debiteur heeft dus een zeer beperkte werking. Dit is echter niet het geval indien men met mij in de afstand in beginsel de verplichting van de crediteur besloten gelegen acht om al datgene achterwege te laten wat aan de strekking van de afstand afbreuk zou doen. Als bijvoorbeeld een hoofdelijke debiteur een tot hem gericht aanbod tot kwijtschelding aanvaardt, dan ligt in die aanvaarding de verwachting besloten dat hij daar beter van wordt: hij wordt van een prestatieplicht bevrijd. Ook de wetgever gaat er om die reden van uit dat vrijwel elke debiteur blij zal zijn met kwijtschelding; zo geeft art. 6:160 lid 2 BW het vermoeden van aanvaarding van het aanbod tot kwijtschelding.⁵⁹ Zou de bevrijde debiteur echter via een omweg alsnog tot de kwijtscheldende prestatie verplicht zijn, dan is hij blij gemaakt met een dode mus. Daarom volgt naar mijn mening uit de aard en strekking van elke overeenkomst waarbij afstand plaatsvindt, dat de crediteur in beginsel zijn rechten jegens de overige debiteuren niet mag uitoefenen voor zover hij daarmee aanleiding zou geven tot uitoefening van een regresrecht jegens de debiteur met wie hij afstand overeenkwam op een wijze die zich niet verdraagt met de afstand. Anders geformuleerd: in de aard en strekking van de afstand ligt besloten dat de crediteur zijn rechten jegens de andere debiteuren in beginsel slechts mag uitoefenen onder aftrek van de bijdrage die de bevrijde debiteur intern draagplichtig is.⁶⁰ Art. 6:14 BW geeft de mogelijkheid waarmee de crediteur dit resultaat kan bereiken:

“Afstand door de schuldeiser van zijn vorderingsrecht jegens een hoofdelijke schuldenaar bevrijdt deze niet van zijn verplichting tot bijdragen. De schuldeiser kan hem niettemin van zijn verplichting tot bijdragen jegens een medeschuldenaar bevrijden door zich jegens deze laatste te verbinden zijn vordering op hem te verminderen met het bedrag dat als bijdrage gevorderd had kunnen worden.”

Het artikel geeft als helder uitgangspunt dat de afstand geen wijziging brengt in de interne draagplicht van de hoofdelijke debiteuren.⁶¹ In de tweede volzin is echter een alternatief neergelegd: de crediteur kan de afstand de gewenste werking geven in de verhouding van de debiteuren onderling door zich jegens de andere debiteur(en) te verbinden de vordering op deze(n) te verminderen met het aandeel dat de bevrijde debiteur intern draagplichtig is.

⁵⁹ Parl. Gesch. Boek 6, p. 588.

⁶⁰ Eender: Vandenbogaerde 2015, p. 481. Vgl., zij het op andere gronden, Spier 1996, p. 104. Van Kessel 2013, p. 102 merkt terecht op dat dit niet volgt uit de wettekst. Het volgt m.i. uit de aard van de overeenkomst van afstand. Van Kessel lijkt overigens verderop (p. 103) met ruimhartige uitleg van de afstand tot een vergelijkbaar resultaat te komen.

⁶¹ Dit is begrijpelijkerwijs anders als afstand tegenover de ene debiteur tevens het vorderingsrecht tegenover de andere debiteur teniet doet gaan, zoals bij afhankelijke verbintenissen het geval zal zijn.

Hieruit volgt mijns inziens dat art. 6:14 tweede volzin BW geen toepassing kan vinden indien de hoofdelijk verschuldigde prestatie ondeelbaar is. Er kan dan geen sprake zijn van ‘vermindering van de vordering’ op de ‘medeschuldenaar’. Hooguit kan het resultaat van art. 6:14 BW worden bereikt door met deze ‘medeschuldenaar’ een schuldvernieuwing aan te gaan met als object een andere prestatie dan de ondeelbare prestatie.

Een dergelijke verbintenis kan overigens bij wijze van derdenbeding in het leven worden geroepen in de overeenkomst van afstand met een van de debiteuren.⁶²

Door zich te verplichten tot een evenredige vermindering jegens de resterende debiteur(en), voldoet de crediteur aan zijn plicht die hij uit hoofde van de afstand heeft jegens de bevrijde crediteur.

In deze opvatting dient de crediteur bij het aangaan van een afstand tegenover een van de debiteuren zich goed te realiseren waar hij aan begint. Niet alleen doet hij afstand tegenover zijn wederpartij, maar hij belooft ook dat hij zijn rechten jegens de andere debiteuren in beginsel slechts zal uitoefenen onder aftrek van de bijdrage die de bevrijde debiteur intern draagplichtig is. Dat kan problematisch zijn als hij niet weet wat de omvang van die interne draagplicht is en zich daar ook geen goede voorstelling van kan maken.⁶³

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 6:14 BW volgt overigens dat de bedoelde evenredige vermindering jegens de resterende debiteuren geen meerzijdige rechtshandeling is, maar integendeel een eenzijdige rechtshandeling die de crediteur zelf verricht en waar de resterende debiteuren zich niet aan kunnen onttrekken.⁶⁴ Het is dus niet een overeenkomst van afstand in de zin van art. 6:160 BW. De crediteur heeft het dus zelf in zijn macht de afstand jegens een van de debiteuren te vervolmaken door gebruik te maken van zijn recht uit art. 6:14 BW. Daarmee kan de evenredige vermindering ook eenvoudig in andere

62 Het lijkt erop dat de door de wetgever gekozen constructie van art. 6:14 BW een expliciete wilsverklaring vergt en zich dus slecht verdraagt met een ‘impliciet’ derdenbeding (art. 6:253 BW) waarbij de debiteur tegenover wie afstand wordt gedaan, bedingt dat niet alleen hij maar ook (een) derde-debiteur(en) een beroep toekomt op de afstand. Onmogelijk is een derdenbeding zeker niet. Anders: Van Kessel 2013, p. 102 nt. 63, die meent dat van een derdenbeding geen sprake kan zijn omdat de vermindering een eenzijdige rechtshandeling is. Dat is juist (Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1211), maar de *verplichting* om te verminderen als bedoeld in art. 6:14 BW kan m.i. wel een prestatie zijn als bedoeld in art. 6:253 BW.

63 Zie over dat probleem bijv. Bentele 2006, p. 157 e.v.

64 Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1211. Zo ook Van Kessel 2013, p. 100. Kritisch Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012, nr. 115.

handelingen besloten liggen, zoals het vorderen van de resterende debiteur(en) onder aftrek van het aandeel van de bevrijde debiteur.⁶⁵

Geeft de crediteur op die wijze uitvoering aan art. 6:14 tweede volzin BW, dan wordt de bevrijde debiteur in die zin beschermd dat een eventueel regres tegen hem wordt voorkomen. Het betekent dus ook dat de aangesproken debiteur in zoverre geen regres heeft op de bevrijde debiteur en dus ook geen belang heeft bij een vrijwaringsvordering tegen deze debiteur, zij het dat een bijdrage in eventuele (na)kosten als bedoeld in art. 6:10 lid 3 BW nog wel tot de mogelijkheden blijft behoren.

Naar mijn mening rust in de regel op de crediteur uit hoofde van de overeenkomst inhoudende afstand de verplichting tegenover de bevrijde debiteur tot gebruikmaking van dit recht jegens de andere debiteuren.⁶⁶ Laat de crediteur na gebruik te maken van dit recht en vordert hij de onverminderde prestatie van een van de overige debiteuren, dan schiet de crediteur tekort in de nakoming van zijn 'verminderingsplicht' die hij heeft jegens de bevrijde debiteur. Een dergelijke tekortkoming verplicht mijns inziens de crediteur tegenover de bevrijde debiteur tot schadevergoeding (art. 6:74 BW) indien deze laatste door een regresgerechtigde mededebiteur wordt aangesproken op grond van art. 6:10 BW voor een bijdrage in de betaling die deze mededebiteur vervolgens heeft gedaan aan de crediteur.⁶⁷

Conclusie moet zijn dat het uitgangspunt van art. 6:14 BW is dat een afstand die niet mede strekt tot bevrijding van de overige debiteuren, dezen ook niet bevrijdt ten belope van het aandeel dat de bevrijde debiteur intern draagplichtig is. In het voorgaande bleek dat het niet uitgesloten is om, behoudens uitdrukkelijke bepaling van het tegendeel, in de afstand jegens de ene debiteur mede een uitoefening van het recht uit art. 6:14 BW jegens de andere

65 Art. 3:37 BW. Vgl. de casus die Keirse & Jongeneel 2013, p. 143 behandelen (d.w.z. als de crediteur eerst van A diens aandeel in de schuld vordert (1/3) en dan van B de resterende schuld (2/3), heeft B dan nog regres op A in overeenstemming met de onderlinge draagplicht (1/3 van 2/3 = 2/9)?). Ik zou deze niet snel via art. 6:2 lid 2 BW (of: art. 6:8 BW) oplossen. Ik zou aannemen dat in de gedraging van de crediteur (d.w.z. B aanspreken onder aftrek van het deel dat A draagplichtig is) de verminderingshandeling van art. 6:14 BW besloten ligt.

66 Zo ook Kortmann 2010, p. 1175.

67 Van Kessel 2013, p. 101 oppert het alternatief van de vordering tot nakoming (art. 3:296 BW) van de bevrijde debiteur jegens de crediteur. In theorie lijkt me dat zeker mogelijk, maar in het geval waarin de bevrijde debiteur pas van de tekortkoming door de crediteur in diens 'verminderingsplicht' op de hoogte raakt op het moment dat hij door een regresgerechtigde mededebiteur wordt aangesproken, is nakoming van de 'verminderingsplicht' blijvend onmogelijk.

debiteur besloten gelegen te achten. Dat zou mijns inziens in elk geval met de aard en strekking van de afstand stroken; een dergelijke uitleg verdient daarom de voorkeur.⁶⁸

WCAM-schikking

De gedachte dat in de afstand jegens de ene debiteur mede een uitoefening van het recht uit art. 6:14 BW jegens de andere debiteur besloten ligt, is in 2005 ten grondslag gelegd aan de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM). De WCAM-schikking is, kort gezegd, een vaststellingsovereenkomst die is gesloten tussen een of meer aangesproken partijen en een belangenbehartiger (dat is een stichting of vereniging die opkomt voor de gelijksoortige belangen van benadeelde personen). De WCAM-procedure maakt het mogelijk om de rechter te verzoeken om de WCAM-schikking algemeen verbindend te verklaren (met een opt-out mogelijkheid voor benadeelden).

De WCAM-bedragen die toegekend worden, zullen in de regel minder dan 100% van de werkelijk geleden schade vergoeden. In die zin leidt de vaststellingsovereenkomst dus tot afstand c.q. schuldvernieuwing. Als nu benadeelden eerst de uitkering uit de WCAM-schikking genieten en daarna eventuele hoofdelijke mededebiteuren die niet tot de aanbieders van de WCAM-schikking behoorden, aanspreken voor de resterende schade, dan kan de aansprakelijke partij die de WCAM-schikking had gesloten, alsnog in regres worden aangesproken voor een aansprakelijkheidsrisico dat hij met de vaststellingsovereenkomst juist probeerde in te dammen.⁶⁹

Om die reden ligt het voor de hand dat gebondenheid van de benadeelde aan de WCAM-schikking mede ertoe leidt dat de benadeelde zich verbindt om de eventuele resterende vordering(en) die hij heeft op niet-betrokken mededebiteur(en) te verminderen met het bedrag dat van de WCAM-aanbieder(s) als bijdrage gevorderd had kunnen worden in de interne verhouding tussen de niet-betrokken mededebiteur(en) en de WCAM-aanbieder(s). Aldus bepaalt nu art. 7:910 lid 4 BW: “Zijn naast de partij of partijen die zich bij de overeenkomst hebben verbonden tot de vergoeding van schade, andere schuldenaren hoofdelijk aansprakelijk, dan is artikel 14 van Boek 6 van overeenkomstige toepassing. Tenzij van een andere bedoeling blijkt, wordt de overeenkomst geacht mede een beding in te houden als in die bepaling bedoeld.”⁷⁰

Een voorbeeld kan de werking verduidelijken: A en B veroorzaken massaschade, waarvoor zij hoofdelijk aansprakelijk zijn (art. 6:102 BW). De interne draagplicht van A is $1/3$, en die van B is $2/3$. B komt met een belangenbehartiger een

68 Zo ook Kortmann 2010, p. 1175. Vgl. Spier 1996, p. 105.

69 Zie Van Boom 2004 over deze materie in het licht van het oorspronkelijke wetsvoorstel. Vgl. Kortmann 2010, p. 1176.

70 Het artikel werd in het wetsvoorstel ingevoerd bij Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 8; zie Nota naar aanleiding van het Verslag, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 7.

WCAM-schikking overeen, die algemeen verbindend wordt verklaard. Uit die schikking vloeit voort dat benadeelde C recht heeft tegenover B op 50, terwijl de schade van C in werkelijkheid 200 is. Na betaling uit de schikking rest nog 150 aan schade. Deze probeert hij te verhalen op A. Om nu te voorkomen dat A deze 150 volledig moet vergoeden en vervolgens voor 83 regres kan nemen op B (B heeft al 50 voldaan, de $2/3$ draagplicht van B voor de oorspronkelijke 200 is 133, en dus is B nog 83 verschuldigd aan regresgerechtigde A), moet de vordering van C gereduceerd worden zodanig dat het aandeel van B afgetrokken wordt van de hoofdelijke schuld van A. Tenzij van een andere bedoeling blijkt, wordt de WCAM-schikking geacht mede een afstand in te houden die dat bewerkstelligt. In ons voorbeeld houdt de gebondenheid van C aan de WCAM-schikking in dat hij partieel afstand doet van de hoofdelijke restantschuld van A van 150, zodanig dat A nog maar 67 (= $1/3$ van 200) verschuldigd is aan C.

Schikking inbreukplegers mededingingsrecht

In Richtlijn 2014/6.3.3 (Richtlijn privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht)⁷¹ is een bijzondere regeling opgenomen voor de gevolgen van ‘schikkingsovereenkomsten’ voor de verschillende rechtsverhoudingen tussen benadeelde en hoofdelijk aansprakelijke inbreukplegers.⁷²

Het uitgangspunt van de richtlijn is te waarborgen dat de benadeelden van inbreuken op het mededingingsrecht een recht op volledige schadevergoeding kunnen realiseren. Daartoe wordt de lidstaten opgedragen om doeltreffende en gelijkwaardige maatregelen te treffen om het mogelijk te maken dat benadeelden hun recht op volledige schadevergoeding realiseren.⁷³ Een van die maatregelen is de hoofdelijke aansprakelijkheid van ondernemingen die door een ‘gemeenschappelijk optreden’ inbreuk hebben gemaakt;⁷⁴ daaronder vallen in elk geval de deelnemers aan een verboden geheim kartel.⁷⁵ Zij zijn hoofdelijk

71 Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, Pb EU L 349/1.

72 Het begrip ‘schikkingsovereenkomst’ (‘consensual settlement’, ‘Vergleich’, ‘règlement consensual’) is waarschijnlijk equivalent aan de buitengerechtelijke vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 BW). Het begrip ‘buitengerechtelijke schikkingen’ in art. 19 lid 3 tweede volzin Richtlijn 2014/104/EU heeft geen andere betekenis, zo blijkt uit de andere taalversies van de richtlijn.

73 Zie art. 3 (‘full compensation’, ‘vollständigen Schadenersatz’, ‘reparation integrale’, ‘volledige vergoeding’) en 4 Richtlijn 2014/104/EU (beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid).

74 Het betreft hier dus hoofdelijke aansprakelijkheid voor schade van benadeelden van de inbreuk, niet de hoofdelijke gehoudenheid tot betaling van eventuele boetes. Daarover uitgebreid Körner 2016.

75 Karteldeelnemers zijn inbreukplegende ondernemers (art. 6:193k onder b BW) die aan een kartel als bedoeld in art. 6:193k onder d BW deelnemen.

aansprakelijk voor de schade die de gedragingen hebben veroorzaakt.⁷⁶ Hun interne draagplicht wordt vastgesteld aan de hand van de normale criteria van art. 6:102 jo art. 6:101 BW.⁷⁷

“Om inbreukplegers en benadeelde partijen minder in het ongewisse te laten, is het wenselijk voor verweerders tot een ‘voor-eens-en-altijd’-schikking te komen”, aldus de Preamble (onder 48). De uitwerking van deze gedachte sluit aan bij de hiervoor ontvouwde gedachte dat in de afstand jegens de ene debiteur mede een uitoefening van het recht uit art. 6:14 BW jegens de andere debiteur besloten ligt.⁷⁸ In art. 6:193o BW,⁷⁹ de implementatie van art. 19 Richtlijn 2014/104/EU, is namelijk bepaald:

“1. Na een schikking wordt de vordering tot schadevergoeding van de bij de schikking betrokken benadeelde verminderd met het aandeel dat de bij de schikking betrokken inbreukpleger heeft gehad in de schade die de benadeelde door de inbreuk op het mededingingsrecht heeft geleden.

2. Een bij een schikking betrokken benadeelde kan alleen een niet bij de schikking betrokken inbreukpleger aanspreken voor de vergoeding van de na de schikking resterende vordering tot schadevergoeding. De niet bij de schikking betrokken inbreukpleger kan met betrekking tot deze vordering tot schadevergoeding geen bijdrage vorderen van de bij de schikking betrokken inbreukpleger.

3. Indien niet bij een schikking betrokken inbreukplegers na een schikking niet bij machte zijn om de met de resterende vordering tot schadevergoeding overeenstemmende schade van een bij de schikking betrokken benadeelde te vergoeden, is de bij de schikking betrokken inbreukpleger ook aansprakelijk voor deze schade.

4. Lid 3 mist toepassing indien uitdrukkelijk anders is bepaald in de voorwaarden van de schikking.”

76 Art. 11 lid 1 Richtlijn (= art. 6:193m lid 1 BW; *Kamerstukken II* 2015/16, 34 490, nr. 2); Preamble Richtlijn 2014/104/EU, onder 37. Het implementatie-wetsvoorstel spreekt van aansprakelijkheid voor het geheel, maar bedoeld is hoofdelijkheid zoals in art. 6:102 BW neergelegd. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34 490, nr. 3, p. 14.

77 Preamble Richtlijn 2014/104/EU, onder 37, verwijst naar nationaal recht; art. 11 lid 5 eerste zin Richtlijn spreekt van ‘relatieve verantwoordelijkheid’. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 490, nr. 3, p. 8. Vgl. eerder al Zippro 2009, p. 389 e.v.

78 Zie in verband met kartelschade vooral Kortmann 2010.

79 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 490, nr. 2.

Het wetsartikel volgt min of meer de tekst van de richtlijn, maar die is verre van helder.⁸⁰ Ik noem een paar problemen met de tekst.⁸¹

Art. 6:193o lid 1 BW geeft als hoofdregel de reductie van rechtswege, waarbij opvalt dat de reductie, naar het schijnt, plaatsvindt ‘na een schikking’, ongeacht de vraag of het schikkingsbedrag metterdaad is betaald door de schikkende inbreukpleger. Logischer lijkt het mij om de reductie te verbinden aan de daadwerkelijke betaling voortvloeiende uit de schikking.

Het artikel geeft voorts aan dat ‘de vordering’ van de schikkende benadeelde op de andere inbreukplegers wordt gereduceerd met ‘het aandeel’ van de schikkende inbreukpleger in de schade. In verband daarmee is het van belang om te weten wat wordt bedoeld met ‘de na de schikking resterende vordering tot schadevergoeding’. De bewoordingen lijken niet helemaal op elkaar aan te sluiten. Ik houd het er maar op dat ‘het aandeel’ betekent ‘de interne bijdrageplicht uitgedrukt in breukdelen van de werkelijk geleden schade’, en dat de resterende vordering(en) op de andere inbreukplegers verminderd worden met het aldus berekende bedrag.

De leden 3 en 4 zijn opmerkelijk. Het regelendrechtelijke uitgangspunt dat de benadeelde weer kan terugkomen bij de schikkende inbreukpleger om alsnog de restantschade te vergoeden, verhoudt zich slecht met het concept van de ‘voor-eens-en-altijd’-schikking. Ik vermoed dan ook dat in de praktijk de afwijkende afspraak als bedoeld in lid 4 de hoofdregel zal zijn.

6.3.4 *Contractuele uitsluiting, limitering en verlichting*

Welke gevolgen voor de verschillende rechtsverhoudingen heeft het bestaan van een contractsbeding tussen crediteur en één van de debiteuren dat het karakter heeft van een gehele of gedeeltelijke beperking (in omvang, zwaarte of tijd)⁸² van de aansprakelijkheid van de betreffende debiteur (hierna kortheidshalve: exoneration)? Beantwoording van deze vraag wordt veelal gezocht in het rechtskarakter van de exoneration. Volgens sommige schrijvers is het gevolg van de exoneration dat de exonerant in het geheel geen deel uitmaakt van het

80 De tekst van deze paragraaf ontleen ik aan Van Boom 2016*.

81 Art. 19 lid 4 Richtlijn 2014/104/EU, een van de minst duidelijke bepalingen, werd niet nader geïmplementeerd. De wetgever volstond met verwijzing naar de procesrechtelijke mogelijkheden van de rechter om rekening te houden met eerdere schikkingsovereenkomsten. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34 490, nr. 3, p. 10.

82 Ik begrijp hier mede onder uitsluiting, limitering, verlichting van aansprakelijkheid en het contractueel verkorten van wettelijke verjarings- en vervaltermijnen.

hoofdelijkheidsverband: door de exoneration ontstaat in zoverre immers geen samenloop van verbintenissen,⁸³ de overige debiteuren blijven onverkort aansprakelijk.⁸⁴

Afgezien van de vraag of hiermee het rechtskarakter van exonerationen juist is gekenschetst,⁸⁵ leidt het logischerwijs tot de conclusie dat bij gebreke van hoofdelijkheid geen interne rechtsverhouding kan ontstaan tussen exonerant en ‘mededebiteuren’ en derhalve regres op grond van art. 6:10 BW is uitgesloten. Dit moge – mits men ervan uitgaat dat een exoneration tot ondergang van de desbetreffende verbintenis leidt, hetgeen voor mij niet vaststaat – op zichzelf beschouwd een sluitende redenering zijn, zij is onverenigbaar met het beginsel dat contracten alleen tussen partijen gelden en dat een exoneration de positie van de mededebiteuren derhalve niet negatief kan beïnvloeden. Men zou aan deze derdenwerking ten nadele van een derde kunnen ontkomen door te argumenteren dat de exoneration weliswaar het ontstaan van hoofdelijkheid verhindert, maar dat het niet-ontstaan van hoofdelijkheid niet kan worden tegengeworpen aan de derde-aansprakelijke die regres zoekt, of dat hoofdelijkheid moet worden gefingeerd teneinde toch regres mogelijk te maken.

Erg overtuigend acht ik dat soort redeneringen niet. De eenvoudigste oplossing is aan te nemen dat een exoneration de verbintenis niet teniet doet gaan (en dus ook niet bij voorbaat). Een exoneration is in mijn optiek een contractueel verweermiddel dat in beginsel aan *uitoefening* van de rechten uit een schadevergoedingsverbintenis in de weg staat.⁸⁶ Dat de exoneration de verbintenis waarop zij ziet, niet teniet doet gaan of aan het ontstaan daarvan in de weg staat, blijkt ook uit het feit dat de exoneration aan allerhande inhoudstoetsing pleegt te worden onderworpen. In een concreet geval kan blijken dat de exoneration niet kan worden ingeroepen of zelfs vernietigd kan worden; het zou gekunsteld zijn om aan te nemen dat de schadevergoedingsverbintenis alsdan zou herleven of alsnog zou ontstaan. Het is dan ook onjuist om te veronderstellen dat de exoneration aan het ontstaan van hoofdelijkheid in de weg staat.⁸⁷ Hieruit volgt, *a contrario* geredeneerd, dat een exoneration een verweermiddel *kan* zijn voor de werking van art. 6:11 BW.⁸⁸ Meer dan theoretische

83 Spier 1992, p. 31; Van Wassenae van Catwijck & Jongeneel 1995, p. 167; Krans 1999, p. 220-221 (zij het dat Krans tegelijk wel spreekt over de exoneration als verweermiddel als bedoeld in art. 6:11 BW).

84 Zo uitdrukkelijk Asser/Hartkamp-Sieburgh 6-I 2012, nr. 118 i.f.: “Een door één der schuldenaren bedongen exoneration staat niet aan de aansprakelijkheid van de overigen in de weg, uiteraard tenzij de exoneration mede in hun belang is overeengekomen en dus een derdenbeding ten gunste van hen inhoudt.” Deze zin is sinds de twaalfde druk van 2004 opgenomen.

85 Zie over het rechtskarakter van exonerationen bijv. Rijken 1983, p. 14 e.v.; Duyvensz 2003, p. 7 e.v.; Jongeneel 2010, p. 313 e.v.

86 Zo ook Keirse & Jongeneel 2013, p. 139.

87 Denkbaar is dat dit anders is daar waar men niet te maken heeft met contractuele afwijking van hetgeen anders rechtens was geweest tussen partijen, maar met de afbakening van de primaire prestatieplicht, zoals het geval is bij kernbedingen in verzekeringsovereenkomsten die de dekking omschrijven. Vgl. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1678, NJ 2014/427 (*Goudse/Aegon*).

88 Zo ook Krans 1999, p. 225 e.v.; Keirse & Jongeneel 2013, p. 139-142.

waarde heeft deze vaststelling evenwel niet. Naar mijn overtuiging kan een exoneration als zodanig onmogelijk eventuele regresrechten van de debiteuren negatief beïnvloeden. Derden worden niet geraakt door bedingen in een contract waar zij geen partij bij zijn. Niets wijst erop dat de wetgever met de verweermiddelregeling van art. 6:11 BW in dit opzicht een afwijking voor ogen stond van het contractenrechtelijk beginsel dat overeenkomsten aan de positie van derden geen afbreuk kunnen doen.⁸⁹

Gegeven dit noodzakelijk beperkte werkingsbereik van de exoneration kan zij waarschijnlijk nog het beste worden vergeleken – althans wat betreft *effect* – met een afstand als bedoeld in art. 6:14 BW. Zij strekt zich niet uit over het rechtskarakter: anders dan bij de afstand het geval is, gaat de verbintenis door de exoneration mijns inziens niet ten onder. De effecten van afstand en exoneration zijn evenwel gelijk: de exoneration bevrijdt de exonerant niet van diens verplichting tot bijdragen jegens zijn mededebiteuren (vergelijk art. 6:14 eerste volzin BW).

Uiteraard is denkbaar dat de exoneration door partijen uitdrukkelijk mede ten behoeve van de andere hoofdelijke debiteuren is opgesteld. Zij behelst dan een derdenbeding in de zin van art. 6:253 BW. Na aanvaarding door de derde kan deze overeenkomstig de exonerationclausule evenmin worden aangesproken.

Hoe echter te oordelen over het geval waarin de derde het derdenbeding *verwerpt*?⁹⁰ Diens aansprakelijkheid blijft ongewijzigd, terwijl die van de stipulerende exonerant juist vervallen of verminderd is. Als nu de crediteur de derde aanspreekt en deze inderdaad de verschuldigde prestatie voldoet,⁹¹ zou dan de derde een eventueel regresrecht jegens de stipulerende exonerant geldend kunnen maken? Ik denk dat dit in de regel inderdaad het geval zal zijn en dat de gevolgen hiervan tussen stipulator en promissor ‘uitgevochten’ zullen moeten worden. Het derdenbeding mag immers door de derde worden verworpen; hij is niet verplicht om het te aanvaarden, tenzij uit zijn (contractuele) rechtsverhouding tot de stipulator volgt dat hij tot aanvaarding verplicht is. Indachtig de strekking van de exoneration zal mijns inziens de promissor de stipulator in beginsel van de gevolgen van het regres moeten vrijwaren wanneer de derde het beding verwerpt.

89 De Kok 1965, p. 146; vgl. Krans 1999, p. 234-235. Kennelijk anders: Van Wassenae van Catwijck & Jongeneel 1995, p. 169-170, p. 187-188; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012, nr. 129.

90 Ik zou hier geen analoge toepassing van art. 6:9 BW willen bepleiten. Deze bepaling, die vertegenwoordiging mogelijk maakt bij kwijschelding, zou men overeenkomstig op exonerationen kunnen toepassen. Vanwege het uitzonderlijke karakter van art. 6:9 BW (waartegen Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012, nr. 115) lijkt mij een dergelijke extensieve interpretatie niet wenselijk.

91 M.i. is het voldoen van de prestatie ook dan verschuldigd: evenmin als de afstand dat kan, kan de exoneration de derde ongewenste voordelen opdringen. Daarvoor is zijn instemming nodig. Vgl. daarover in verband met afstand Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, nr. 315.

Buiten het geval waarin de exoneratione uitdrukkelijk mede ten behoeve van derden is opgesteld, kan zij deze derdenwerking ook hebben indien de verbintenis van de derde afhankelijk is van, of subsidiair is ten opzichte van de verbintenis waarop de exoneratione van toepassing is.⁹² Bovendien kan een derde op grond van een wettelijke bepaling een beroep toekomen op de exoneratione.

Een bekend voorbeeld daarvan biedt art. 6:257 BW⁹³ de werknemer kan de exoneratione die zijn werkgever bedong, inroepen tegen aansprakelijkstelling door de wederpartij van de werkgever. Door met art. 6:257 BW de zogenoemde paardensprong naar de ondergeschikte te blokkeren, wordt enerzijds voorkomen dat de wederpartij van de exonererende debiteur de exoneratione waarmee zij heeft ingestemd, ontloopt, en wordt tegelijkertijd recht gedaan aan de ratio van art. 6:170 lid 3 BW (c.q. art. 7:661 BW).⁹⁴ Zou de paardensprong namelijk niet geblokkeerd worden door art. 6:257 BW, dan zou de ondergeschikte ex art. 6:170 lid 3 BW (c.q. art. 7:661 BW) regres kunnen nemen op de exonerant. De wederpartij van de exonerant zou aldus haar contractuele positie kunnen ontlopen, hetgeen onwenselijk is. Even onwenselijk, zo niet nog onwenselijker zou zijn dat de ondergeschikte geen regres zou kunnen nemen op de exonerant. Denkbaar is dat de exonerant jegens de ondergeschikte een beroep doet op art. 6:11 BW, maar het resultaat hiervan veroordeelt zichzelf. Het kan niet zo zijn dat een exoneratione die kan worden tegengeworpen aan de crediteur, om het enkele feit dat sprake is van hoofdelijkheid, ook kan worden tegengeworpen aan een regreszoekende mededebiteur. Uit de rechtsverhouding tussen exonerant en ondergeschikte, die primair door art. 6:170 lid 3 BW en art. 7:661 BW wordt beheerst, vloeit in elk geval voort dat de verweermiddelenregel van art. 6:11 lid 1 BW niet geldt (zie art. 6:11 lid 4 BW).⁹⁵

Komt de exoneratione – anders dan in de hiervoor behandelde gevallen – geen rechtstreekse werking toe ten voordele van een derde, dan leidt zij tot een verstoring van de rechtsverhoudingen bij hoofdelijkheid. De strekking van de exoneratione wordt op deze wijze uiteraard niet volledig recht gedaan: een crediteur die twee debiteuren heeft, waarvan er één een exoneratione kan tegenwerpen, spreekt uiteraard de andere debiteur tot betaling aan. Het gevolg is dat hoofdelijkheid ontwijking van de exoneratione mogelijk maakt: de crediteur

⁹² Zie over dergelijke verbintenissen nader par. 3.5.3.

⁹³ Vgl. ook art. 8:363, 364 en 365 BW.

⁹⁴ Zie uitgebreider over het werkingsbereik van art. 6:257 BW: Van Boom 1996, p. 619-620.

⁹⁵ Dit geldt naar mijn mening overigens ook in het (uitzonderlijke) geval dat de werknemer te goeder trouw nalaat jegens de benadeelde een beroep te doen op de exoneratione, bijv. omdat hij niet op de hoogte is van het bestaan van de exoneratione zelf of van de wettelijke derdenwerking daarvan.

spreekt gewoon de andere debiteur aan en laat de exonerant links liggen. Dat is in veel gevallen een ontwijkende manoeuvre. Bovendien ontstaat de volgende vreemde tegenstelling: indien de exonerant de enige persoon is die voor de schade aansprakelijk is, dan leidt de exoneratie ertoe dat de crediteur de schade volledig zelf moet dragen; zou daarentegen naast de exonerant een derde aansprakelijk zijn voor de schade, dan zou de crediteur de schade volledig kunnen verhalen op de derde-aansprakelijke. Deze manoeuvre is met name dan ontwijkend van aard wanneer deze derde regres kan nemen op de exonerant voor het aandeel in de schade dat aan deze kan worden toegerekend. Aldus ontloopt de crediteur het exoneratiebeding waarmee hij zelf heeft ingestemd en bereikt hij via een omweg hetgeen rechtstreeks niet is toegestaan. Dergelijke ontwijkingsmanoeuvres zijn in de regel onwenselijk.

Er zijn diverse manieren denkbaar waarop men de beschreven ontwijkingsmanoeuvre kan bestrijden. In de Duitse literatuur wordt wel verdedigd dat de exoneratie moet worden uitgelegd als mede inhoudende een vrijwaringsplicht van de crediteur.⁹⁶ De gedachte is als volgt. De crediteur heeft door in te stemmen met de exoneratie als het ware het risico van schade op zich doen overgaan. Wanneer de crediteur de derde-aansprakelijke – aan wie geen beroep toekomt op de exoneratie – tot vergoeding van de gehele schade aanspreekt, dan kan deze derde vervolgens de exonerant uit regres tot bijdrage aanspreken. Een beroep op de exoneratie staat tegenover de derde niet open; vervolgens kan echter de exonerant de crediteur aanspreken tot schadeloosstelling of op andere wijze de crediteur tot ongedaanmaking van de regresvordering bewegen.

Een soortgelijke uitleg van exoneraties, namelijk dat deze mede een *vrijwaringsrecht* inhouden, acht ik verdedigbaar voor Nederlands recht. Een dergelijke uitleg is uiteraard geen wet van Meden en Perzen: elke exoneratie zal op grond van de concrete omstandigheden moeten worden beoordeeld, maar mijns inziens zullen doel en strekking van de exoneratie in veel gevallen een vrijwaringsplicht met zich brengen.⁹⁷

Een andere wijze waarop de ontwijkingsmanoeuvre zou kunnen worden bestreden is door aan te nemen dat de crediteur de derde-aansprakelijke slechts kan aanspreken onder aftrek van het aandeel van de exonerant in de interne draagplicht. Ik noem dit de ‘evenredige verminderingsgedachte’.

Deze ‘evenredige verminderingsgedachte’ is in Duitsland bepleit onder de noemer ‘Kürzungslösung’.⁹⁸ Sommigen zien de grondslag voor vermindering in ‘Treu und Glauben’, maar de meeste schrijvers lezen in de exoneratie een ‘Vertrag zugunsten Dritter’ in de zin van § 328 BGB of menen dat sprake is

96 Zie de verwijzingen bij Van Boom 1999, p. 195 e.v.

97 Zie nader Van Boom 1996, p. 617-618 (met verdere verwijzingen), met reactie Groefsema 1997, p. 160 en naschrift.

98 Zie de verwijzingen bij Van Boom 1999, p. 195 e.v.; zie ook Schmieder 2009.

van ‘Schutzwirkung für Dritte’. Er is in dat geval, grof vertaald, sprake van een derdenbeding, althans van werking van het beding ten gunste van een derde.⁹⁹ De Duitse rechtspraak is bereid gebleken een dergelijke derdenwerking aan te nemen, met name in die gevallen waarin de exonerant belang heeft bij deze derdenwerking. Dat doet zich uiteraard met name dan voor wanneer de derde op grond van diens rechtsverhouding tot de exonerant, recht heeft op vrijwaring door de exonerant van de gevolgen van aansprakelijkstelling. De evenredige vermindering voorkomt alsdan een kringloop van aanspraken, een ‘Anspruchskreisel’.

Voor ons recht zou ook sprake kunnen zijn van een derdenbeding dat tot ‘evenredige vermindering’ noopt, maar daarvoor is de uitleg van de exoneratie doorslaggevend. Als partijen die vermindering niet uitdrukkelijk bedingen, zal de rechter niet snel tot die uitleg komen. Toch is in deze situaties veel te zeggen voor derdenwerking van de exoneratie, ook als deze niet uitdrukkelijk is gewild. De *strekking* van de exoneratie is namelijk dat de exonerant niet of slechts tot een bepaald bedrag schade behoeft te dragen in zijn verhouding tot de wederpartij.

Een zinvolle uitleg van de exoneratie zou daarom kunnen zijn een evenredige vermindering van de omvang van de aansprakelijkheid van de derde-aansprakelijke. Aanknopingspunten voor een dergelijke benadering van exoneraties treft men aan bij de wettelijke regeling van de afstand. In art. 6:14 BW wordt aangegeven dat de afstand jegens één van de debiteuren de regresrechten van de andere debiteuren niet beïnvloedt, maar dat de crediteur anderzijds de mogelijkheid heeft om de begunstigde debiteur ook van zijn regresplicht te bevrijden door ook *in zoverre* van de andere hoofdelijke verbintenissen afstand te doen als overeenkomt met de interne draagplicht van de begunstigde debiteur in de hoofdelijk verschuldigde prestatie.

Een ‘evenredige verminderingsgedachte’ kan dus worden gegrond op analoge toepassing van de afstand-constructie van art. 6:14 BW.¹⁰⁰ Intussen is de praktische toepassing van deze ‘evenredige verminderingsgedachte’ allerm minst eenvoudig. Zo kan het voorkomen dat de derde-aansprakelijke helemaal geen weet heeft van het bestaan van de exoneratie in de andere rechtsverhouding, terwijl de crediteur niet geneigd zal zijn hem erop te wijzen. Het kan zich dan voordoen dat de derde-aansprakelijke wordt veroordeeld tot betaling van het gehele bedrag zonder dat hij het verweermiddel van de evenredige vermindering in stelling heeft kunnen brengen. In een dergelijk geval bestaat het gevaar dat de exonerant zich er vervolgens jegens de derde-aansprakelijke op beroept dat de derde niet was gehouden om meer te voldoen dan zijn eigen interne aandeel – immers: de derde had een

⁹⁹ Over deze beide rechtsfiguren bijv. Markesinis et al. 2006, hfdst. 4.

¹⁰⁰ Vgl. over de ‘evenredige verminderingsgedachte’ de literatuur genoemd bij Van Boom 1999, p. 195 e.v.

beroep kunnen doen op vermindering van de omvang van zijn aansprakelijkheid met het aandeel dat de exonerant intern draagplichtig was, en dat regres daarom niet mogelijk is.

In de Duitse literatuur is een simpele doch adequate oplossing aangereikt voor dit informatieprobleem.¹⁰¹ Voorgesteld wordt om de derde-aansprakelijke de keuze te laten om ófwel aan de exoneratie een verweermiddel te ontleen jegens de crediteur opdat de vordering jegens hem verminderd wordt met dat aandeel in de schuld dat aan de exonerant kan worden toegerekend, ófwel de volledige hoofdelijke schuld te voldoen met het recht van onbelemmerd regres op de exonerant. Deze keuzemogelijkheid biedt ook een oplossing voor het geval dat de derde-aansprakelijke niet op de hoogte is van het bestaan van de exoneratie: na betaling aan de crediteur blijft het regres op de exonerant gewoon mogelijk. Na voldoening van de regresvordering dient de exonerant het op te nemen met zijn wederpartij.¹⁰²

6.4 VERSTORING VAN DE RECHTSVERHOUDINGEN DOOR WET OF RECHTER

6.4.1 *Inleiding*

Wettelijke uitsluiting en limitering van aansprakelijkheid kunnen de hoofdelijkheidsverhoudingen verstoren. De crediteur kan de debiteur die een limiet of aansprakelijkheidsuitsluiting inroept, niet of slechts tot een lager bedrag aanspreken dan de ongelimiteerd aansprakelijke persoon. Gesteld dat deze betaalt, komt hem dan eventueel een regresrecht toe, en zo ja, hoe wordt de omvang van dat recht bepaald? Of heeft de verstoring reeds gevolgen voor de omvang van de aansprakelijkheid van de ongelimiteerd aansprakelijke persoon? Daarover nader in paragraaf 6.4.2 voor wat betreft wettelijke uitsluiting, en in paragraaf 6.4.3 voor wat betreft wettelijke limitering. Een vergelijkbaar probleem rijst als verjaring in een van de verbintenissen heeft plaatsgevonden. Dit probleem wordt behandeld in paragraaf 6.4.4. Vergelijkbaar is ook het geval waarin door de rechter in een van de hoofdelijke verbintenissen wordt gematigd of een andere rechterlijke ingreep heeft plaatsgevonden. Wat is de weerslag daarvan op de rechtsverhoudingen? Daarover nader in paragraaf 6.4.5 en volgende.

101 Van Boom 1999, p. 197; Meier 2010, p. 969 e.v.

102 Zie over het vrijwaringskarakter van de exoneratie hiervoor.

6.4.2 *Wettelijke uitsluiting van aansprakelijkheid*

Anders dan in andere landen het geval is,¹⁰³ kent ons recht maar een handvol wettelijke uitsluitingen van aansprakelijkheid.¹⁰⁴ Dat zal verklaren waarom de vraag hoe een wettelijke uitsluiting uitwerkt op hoofdelijke aansprakelijkheid, nog niet eenduidig is beantwoord. De vraag is wel al aan de orde gekomen in verband met het wettelijk verhaalsrecht bij sociale verzekeringen. De rechtspraak oordeelt voor die gevallen dat de wettelijke uitsluiting leidt tot een evenredige reductie van de aanspraak van de crediteur op de resterende debiteuren.

Zie bijvoorbeeld *Bedrijfsvereniging Overheidsdiensten/Brok & Van de Graaf*, waarin de Hoge Raad oordeelde over een wettelijke regresvordering van bedrijfsvereniging BVO op Brok tot betaling van de schade zoals die vergoed is door BVO aan Van de Broek.¹⁰⁵ Van de Broek, militair, reed mee met Van de Graaf in diens auto. Van de Graaf was net als Van de Broek, de benadeelde, in militaire dienst ten tijde van het ongeval. De auto kwam in botsing met de door Brok bestuurde auto. In een door de bedrijfsvereniging tegen Brok ingestelde procedure is komen vast te staan dat de schade voor 80% aan Brok, en voor 20% aan Van de Graaf te wijten is. Van de Graaf is als ‘collega’ op grond van de verhaalswetgeving ‘immuun’ voor het verhaal van de bedrijfsvereniging. Dit heeft volgens de Hoge Raad tot gevolg dat Brok slechts kan worden aangesproken tot vergoeding van dat deel van de schade dat aan zijn schuld kan worden toegerekend. Die reductie is in overeenstemming met de wet, aldus de Hoge Raad, want deze “strekt ertoe te voorkomen dat een naar burgerlijk recht aansprakelijke persoon als gevolg van voormelde verhaalsrechten in totaal tot een hoger bedrag dan naar burgerlijk recht aansprakelijk zou zijn. Het strookt met deze strekking dat de aangesprokene jegens het verhaal nemend orgaan een beroep kan doen op het ontbreken van verhaal zijnerzijds op een medeschuldige als Van de Graaf, omdat deze jegens hem het voormelde verweer uit [de verhaalswet] kan voeren.”

103 Van Boom 1999, p. 199.

104 Deze uitsluitingen staan veelal in het teken van juridische kanalisatie van aansprakelijkheid naar een centrale persoon (producent, reder, exploitant c.q. werkgever). Ik noem art. 7:24 lid 2 BW, art. 8:623 lid 5 BW, en van de bijzondere regelgeving: art. 42 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren, art. 3 lid 5 Wet aansprakelijkheid olietankschepen. In Van Boom 1999, p. 204-205 wordt nog vermeld het inmiddels ingetrokken art. 12 van de Wet op de Telecommunicatievoorzieningen.

105 HR 20 mei 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4596, NJ 1984/649 (*Bedrijfsvereniging Overheidsdiensten/Brok & Van de Graaf*). Vgl. HR 13 januari 1967, ECLI:NL:HR:1967:AD7998, NJ 1967/60 (*Eerste Rotterdamsche/Dijkzeul*). Daarover Van Boom 1999, p. 201 e.v.; Van Boom 2000*, p. 89 e.v.

De tendens van deze oudere rechtspraak is duidelijk: de derde-aansprakelijke kan zich jegens de sociale verzekeraar beroepen op vermindering van de omvang van het verhaalsrecht in evenredigheid met het aandeel (in de veroorzaking van het ongeval) van de persoon wiens aansprakelijkheid is uitgesloten. Dat hangt samen met doel en strekking van de desbetreffende sociale verzekering; die strekt ertoe de verzekerde en zijn werkgever tegen betaling van premie te ontlasten van de financiële gevolgen van arbeidsongeschiktheid, maar heeft uiteraard niet ten doel de interne verhoudingen tussen hoofdelijke debiteuren zodanig te veranderen dat een derde-aansprakelijke opeens voor meer zou moeten opdraaien dan het geval zou zijn als de sociale verzekering niet bestond.

In de hierboven behandelde rechtspraak heeft de Hoge Raad de methode van de ‘evenredige vermindering’ toegepast op het verhaal van sociale verzekeraars. Niets staat er aan in de weg om deze rechtspraak ook toe te passen op gevallen van verstoorde verhoudingen bij hoofdelijkheid, zij het dat steeds moet worden gelet op de aard en strekking van de concrete wettelijke uitsluiting van aansprakelijkheid. Die bepalen namelijk wie de lasten moet dragen van de verstoring. De behandelde rechtspraak is wat dit betreft ‘gekleurd’ door de draagkracht van de specifieke benadeelde: de sociale verzekeraar is nu eenmaal draagkrachtiger dan de gemiddelde benadeelde.

Het resultaat van evenredige vermindering mag in bepaalde gevallen aanspreken, de inpassing in het wettelijk systeem is echter minder eenvoudig. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad lijkt een benadering te volgen waarin het aandeel van een der aansprakelijken als het ware wordt toegerekend aan de benadeelde (c.q. de sociale verzekeraar). Hieraan zou naar thans geldend recht een extensief beroep op art. 6:101 BW ten grondslag kunnen worden gelegd. Naar analogie met het Hangmat-arrest zou mogelijkserwijs ook de ‘redelijke wetstoepassing’ als grondslag kunnen worden gezien.¹⁰⁶ Een beroep op de strekking van de wetsbepaling waarin de uitsluiting van aansprakelijkheid is neergelegd, behoort ook tot de mogelijkheden.

Zo werd in de zaak *Hendriksen & Achmea/Menzis* de strekking van art. 7:962 lid 3 BW ten grondslag gelegd aan de evenredige reductie van de gesubrogeerde ziektekostenverzekeraar die door subrogatie in de rechten was getreden van de verzekerde benadeelden. Een derde en een gezinslid van de benadeelden waren hoofdelijk aansprakelijk voor de schade van de benadeelden, maar door het regresverbod van art. 7:962 lid 3 BW was het de gesubrogeerde ziektekostenverzekeraar niet toegestaan om het gezinslid aansprakelijk te stellen. Dit had tot gevolg, aldus de Hoge Raad, dat de ziektekostenverzekeraar de derde slechts aansprakelijk kon stellen onder aftrek van het gedeelte dat het gezinslid

¹⁰⁶ HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, NJ 2011/465 (*Hangmat*). Vgl. over de analogie met het Hangmat-arrest ook Ruitenbeek-Bart 2013, p. 50.

aanging in de onderlinge verhouding met de derde. Immers, zou volledige aansprakelijkstelling mogelijk zijn, dan zou dat meebrengen dat de derde op grond van art. 6:102 lid 1 jo 6:101 lid 1 BW regres zou kunnen nemen op het gezinslid, waardoor langs indirecte weg alsnog het resultaat zou worden bereikt dat de wetgever met art. 7:962 lid 3 BW beoogt te voorkomen. Hierbij past, aldus de Hoge Raad, dat art. 7:962 lid 3 BW het verhaalsrecht van de gesubrogeerde schadeverzekeraar tegenover de overige medeschuldenaren dienovereenkomstig beperkt.¹⁰⁷

Een geheel andere benadering dan die van de ‘evenredige vermindering’ zou zijn waarin men de omvang van de aansprakelijkheid van de derde-aansprakelijke ongemoeid laat, en het op de omstandigheden van het geval laat aankomen wat betreft de vraag wie de gevolgen van de uitsluiting moet dragen, de mede-aansprakelijke(n) of de crediteur. De uitsluiting kan dan als omstandigheid worden meegewogen bij beantwoording van de vraag of de omvang van de (in beginsel volledige) aansprakelijkheid van de resterende debiteur(en) bij wijze van matiging ex art. 6:109 BW moet worden gereduceerd. Dat is voor veel gevallen geen ideale oplossing; beter zou het zijn als de wetgever zelf aangeeft wat de gevolgen van de uitsluiting zijn en wie die gevolgen moet dragen. Bij gebreke van een wettelijke regeling of een richtinggevende totstandkomingsgeschiedenis van de desbetreffende wettelijke regeling moet mijns inziens in beginsel de evenredige verminderingsgedachte ten laste van de crediteur worden toegepast.¹⁰⁸ In beginsel, want uitzonderingen zijn uiteraard denkbaar. Steeds zullen doel en strekking van de betreffende wettelijke uitsluiting moeten worden gewogen. Het is bijvoorbeeld niet uitgesloten dat de wetgever heeft beoogd – zonder het met zoveel woorden te zeggen – dat de resterende debiteuren onverkort aansprakelijk blijven én er intern geen verhaal mogelijk is op de partij die van de wettelijke immuniteit geniet.

Deze vraag doet zich duidelijk voor bij gevallen die in de buurt komen van wettelijke uitsluiting van aansprakelijkheid, te weten die gevallen waarin een wettelijke drempelverhoging is aangebracht. Denk bijvoorbeeld aan gevallen waarin aansprakelijkheid behoudens opzet of grove schuld is uitgesloten, zoals bij financieel toezicht (art. 1:25d Wft).¹⁰⁹ Het is de vraag of de evenredige verminderinggedachte daar ook kan worden toegepast. Zou een financiële

107 HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5880, NJ 2013/274 (*Hendriksen & Achmea/Menzis*). In dezelfde zin Van Boom 1999, 137-138, 199-205; Van Boom 2000**, p. 84 e.v.; Engelhard 2003, par. 9.2; Van Zwieten 2015, p. 132 e.v.

108 Zie verder Van Boom 1999, p. 205-207.

109 Art. 1:25d Wft werd ingevoerd bij Wet van 7 juni 2012, Stb. 2012, 265 (i.wtr. 1 juli 2012). Deze materie houdt meer dan zijdelings verband met die van de zijdelingse veroorzaker; daarover Van Boom 1997; Van Boom & Giesen 2001 en Giesen 2005, p. 37 e.v.

onderneming en haar bestuurders bijvoorbeeld aansprakelijk zijn voor een bepaalde schade van beleggers en valt de wettelijk toezichthouder nalatigheid te verwijten in het houden van toezicht, dan bepaalt art. 1:25d Wft dat de toezichthouder niet aansprakelijk kan worden gehouden op grond van art. 6:162 BW (behoudens kort gezegd opzet of grove schuld). En dan ontstaat er dus ook geen samenloop van verbintenissen als bedoeld in art. 6:102 BW.

Bij invoering van art. 1:25d Wft heeft de wetgever overigens wel expliciet de persoonlijke aansprakelijkheid van werknemers en bestuurders van DNB en AFM voorzien van een gelijke hoge drempel. De reden hiervoor was dat, zo wordt overwogen, art. 6:170 BW onverlet laat dat als de aansprakelijkheid van de werkgever wordt beperkt, de werknemer aansprakelijk blijft voor zijn eigen fouten.¹¹⁰

6.4.3 *Wettelijke limitering van aansprakelijkheid*

Wettelijke limitering van de omvang van aansprakelijkheid komt in het Nederlandse vermogensrecht nauwelijks voor. Wel kennen wij limieten in het vervoerrecht; die zijn grotendeels op verdragsverplichtingen terug te voeren. Voor het gemene vermogensrecht bestaat het tot op heden nauwelijks gebruikte art. 6:110 BW.¹¹¹ De omstandigheid dat er nauwelijks voorbeelden van wettelijke limitering zijn, maakt het lastig om aan te geven wat daarvan de gevolgen zijn voor hoofdelijkheid. Een belangrijk verschil tussen uitsluiting en limitering van aansprakelijkheid is dat limitering slechts een ‘plafond’ in de omvang van aansprakelijkheid aanbrengt. Blijft het verschuldigde bedrag onder de limiet, dan ontstaan er geen complicaties voor de toepassing van de hoofdelijkheidsregels. Slechts boven de limiet worden de hoofdelijkheidsverhoudingen verstoord. De gelimiteerd aansprakelijke debiteur kan niet boven de limiet worden aangesproken, terwijl de andere debiteuren ten gevolge van de zelfstandigheid van de hoofdelijke verbintenissen in beginsel ongelimiteerd aansprakelijk blijven. Dit leidt uiteraard tot de vraag of de externe limiet interne doorwerking toekomt, en zo ja, of de resterende debiteuren dan de rekening van de limitering betalen.

De wetgever heeft deze lastige vragen bij de vervoerrechtelijke limitering goeddeels opgelost door de limitering van aansprakelijkheid mede uit te laten strekken over de verbintenissen van bepaalde ‘resterende’ debiteuren.¹¹² Dit komt er praktisch gesproken op neer dat het veelal de benadeelde (en diens schadeverzekeraar) is die de gevolgen van de

¹¹⁰ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 058, nr. 3, p. 4.

¹¹¹ Zie Tijdelijk besluit limitering aansprakelijkheid voor terrorismeschade luchtvaart, Stb. 2014, 203.

¹¹² Zie art. 8:750 jis 752, 758 BW.

limitering draagt. Voor het gemene vermogensrecht bestaat geen algemene bepaling inzake derdenwerking van wettelijke limieten. Wel kan worden gedacht aan een specifieke bepaling als art. 6:257 BW, dat de werknemer van de gelimiteerd aansprakelijke beroep op de limiet toekent. Deze bepaling wordt – net als de vergelijkbare vervoerrechtelijke bepalingen – gerechtvaardigd door de omstandigheid dat de gelimiteerd aansprakelijke in zijn interne verhouding tot de in beginsel onbeperkt aansprakelijke geheel draagplichtig is. Dat pleit ervoor om in voorkomende gevallen ook buiten de wettelijk geregelde gevallen derdenwerking van de limitering toe te staan.¹¹³

Afgezien van de wettelijke derdenwerking van de limitering zijn er drie mogelijkheden om de gevolgen van de limitering af te wikkelen. In de eerste plaats is denkbaar dat de resterende debiteuren weliswaar ongewijzigd aansprakelijk blijven tegenover de crediteur, maar dat de limiet niet aan eventuele regresrechten kan worden tegengeworpen, zodat de externe limitering zonder betekenis blijft in de interne rechtsverhoudingen. Deze oplossing laat zich nauwelijks verenigen met de strekking van de wettelijke limiet, te weten bescherming van de debiteur tegen de potentieel desastreuze (want: onverzekerbare) omvang van aansprakelijkheid.¹¹⁴ Die beschermingsstrekking verdraagt zich dus slecht met de ongewijzigde mogelijkheid van regres. In beginsel zal daarom het regres niet boven de limiet kunnen uitstijgen. De limiet kan als verweermiddel in de zin van art. 6:11 BW worden tegengeworpen aan het regres, tenzij uit de specifieke interne verhouding volgt dat de gelimiteerd aansprakelijke ook het surplus dient te dragen (bijv. als deze zich tegenover de andere debiteur tot vrijwaring heeft verplicht).

In de tweede plaats is denkbaar dat de aansprakelijkheid van de resterende debiteuren ongewijzigd blijft en dat zij de onverhaalbaarheid van het surplus omslaan op grond van art. 6:13 BW. Het zijn dan de debiteuren die de rekening van de limitering betalen. Dat is een verzwaring van de draagplicht van deze debiteuren, waar de wetgever die de limitering in het leven roept, toch ten minste bij stil moet hebben gestaan. Als de wetgever dat voor ogen stond, moet zulks uit de totstandkomingsgeschiedenis van de desbetreffende limiteringsmaatregel blijken, hetgeen voor zover mij bekend tot op heden nimmer het geval is geweest. Denkbaar zou voorts zijn dat het door de limitering onverhaalbaar gebleken bedrag gelijkelijk wordt gedragen door de debiteuren enerzijds en de crediteur anderzijds, maar deze ‘Halbe-Halbe’-oplossing stuit mijns inziens af op dezelfde bezwaren als er bestaan tegen de omslagvariant.

Dan blijft een laatste, mijns inziens de meest verkieslijke mogelijkheid over; ik refereerde er al eerder aan: de limitering in de ene verbintenis moet in beginsel leiden tot een evenredige vermindering in de resterende verbintenissen.

¹¹³ Een zekere derdenwerking van de limitering doet zich ook voor bij afhankelijke en subsidiaire verbintenissen.

¹¹⁴ Vgl. over een en ander De Vries 1990, p. 70 e.v.

Dat werkt aldus uit. Stel dat A en B – de wettelijke limitering weggedacht – hoofdelijk tot schadevergoeding van 100.000 verplicht zijn. In hun interne verhouding zijn zij draagplichtig voor $\frac{2}{3}$ respectievelijk $\frac{1}{3}$. A komt beroep toe op een wettelijke aansprakelijkheidslimiet van 50.000. Gesteld dat B 100.000 aan de benadeelde voldoet en vervolgens 66.600 tracht te verhalen op A. A is draagplichtig voor $\frac{2}{3}$ van 100.000, met als maximum verhaalbaar bedrag 50.000. Het is dus uitdrukkelijk niet zo dat A slechts voor $\frac{2}{3}$ van 50.000 in regres kan worden aangesproken. De limitering is een plafond dat zo nodig als ‘correctie’ op een rekenkundige uitkomst van 66.600 ($\frac{2}{3}$ van 100.000) wordt aangebracht. Hierin verschilt mijns inziens de wettelijk gelimiteerde aansprakelijkheid van de gevallen die ik behandelde in paragraaf 5.4.4 onder de noemer ‘draagplicht naar rato van het aansprakelijkheidsrisico’. Het bedrag van 16.600, dat B te veel blijkt te hebben betaald aan de benadeelde, kan hij van deze als onverschuldigd terugvorderen. Efficiënter zou het uiteraard zijn als B op voorhand op de hoogte is van A’s beroep op de wettelijke limiet; aangenomen kan worden dat A onder omstandigheden een mededelingsplicht ter zake heeft. Ik volsta hier met verwijzing naar paragraaf 6.2.5.

De Hoge Raad lijkt terughoudend wat betreft de doorwerking van de wettelijke limitering in een van de hoofdelijke verbintenissen, zeker als de betreffende limiteringsbepaling en haar totstandkomingsgeschiedenis geen aanknopingspunt biedt voor die benadering. In de zaak *Groningse prostitutie-inrichting* betrof het de samenloop van een gehoudenheid tot vergoeding van gemaakte proceskosten in een bestuursrechtelijke procedure.¹¹⁵ Zowel de gemeente, die het vernietigde besluit had genomen, als de Staat, die verweten werd een onrechtmatig Bibob-advies in de zaak te hebben uitgebracht, werd aangesproken. Vóór inwerkingtreding van het forfaitsysteem van art. 8:75 Awb zouden beide partijen volgens de gewone maatstaven van art. 6:162 jo 6:96 BW tot vergoeding van de in redelijkheid gemaakte, redelijke kosten kunnen worden veroordeeld. De introductie van art. 8:75 Awb heeft die samenloop verstoord, omdat de gemeente daardoor nog maar voor een forfaitair deel van de werkelijke kosten aangesproken kon worden. De vraag die voorlag, was of de Staat nog voor het restant kon worden aangesproken. De Staat meende dat zijn schadevergoedingsplicht vervallen was door de betaling ex art. 8:75 Awb. De Hoge Raad verwierpt dit standpunt:

“De regeling van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding in Afdeling 10 van Titel 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek biedt geen aanknopingspunt om aan te nemen dat de schadevergoedingsplicht van de Staat zou vervallen

¹¹⁵ HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1212, NJ 2014/387 (*Groningse prostitutie-inrichting*).

op de grond dat de gemeente op de voet van art. 8:75 Awb kosten aan de benadeelde heeft moeten vergoeden. Ook art. 8:75 Awb biedt daarvoor geen aanknopingspunt. Met deze bepaling is weliswaar beoogd het oordeel omtrent de vergoeding van kosten bij uitsluiting op te dragen aan de bestuursrechter (...), maar dat betreft een oordeel in het door partijen aan de bestuursrechter voorgelegde geschil. De bepaling houdt niet in dat een procespartij haar aanspraak op schadevergoeding jegens een hoofdelijk aansprakelijke derde, die geen partij is in het aan de bestuursrechter voorgelegde geschil, niet meer zou kunnen effectueren indien de bestuursrechter de wederpartij in de kosten heeft veroordeeld.”¹¹⁶

6.4.4 Verjaring en verval

De hoofdelijke verbintenissen zijn in beginsel zelfstandig aan verjaring onderworpen, zo constateerde ik reeds in paragraaf 5.2.1. Het antwoord op de vraag of voltooiing van de wettelijke verjaring in een van de hoofdelijke verbintenissen mede doorwerking in de interne verhouding toekomt, wordt in art. 6:11 lid 3 BW beantwoord.¹¹⁷ Art. 6:11 lid 3 BW luidt:

“Een beroep op verjaring van de rechtsovereenkomst van de schuldeiser komt de tot bijdragen aangesprokene slechts toe, indien op het tijdstip van het ontstaan van de verplichting tot bijdragen zowel hijzelf als degene die de bijdrage verlangt, jegens de schuldeiser de voltooiing van de verjaring had kunnen inroepen.”

Terwijl het eerste lid als uitgangspunt lijkt te nemen dat verweermiddelen van de ene debiteur tegengeworpen kunnen worden aan de andere debiteur, gaat het derde lid er vanuit dat verjaring in de externe verhouding in de regel *niet* kan worden tegengeworpen aan het regres van een mededebiteur.

Toepassing van art. 6:11 lid 3 BW noopt tot beantwoording van de vraag op welk moment een regresrecht ontstaat: bij het ontstaan van de hoofdelijkheid of bij het betalen op de hoofdelijke verbintenis? Zoals hiervoor in paragraaf 5.2.1 uitgebreid werd besproken, heeft de Hoge Raad in *Melis en ASR/Achmea* geoordeeld dat de regresvordering ontstaat en opeisbaar wordt zodra de regresgerechtigde de hoofdelijk verschuldigde prestatie heeft geleverd. In de regel zal dat ook het aanvangsmoment zijn voor de verjaring van een eventuele regresvordering.

¹¹⁶ HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1212, NJ 2014/387 (*Groningse prostitutie-inrichting*).

¹¹⁷ Voor een contractuele verjarings- of vervalafspraken verwijst ik naar par. 6.3.4.

De regresplichtige kan de verjaring in de externe verhouding dus alleen maar tegenwerpen aan de regresgerechtigde indien deze laatste een reeds verjaarde vordering heeft voldaan. Dat is waar art. 6:11 lid 3 BW in de kern toe leidt.¹¹⁸ Het zal zich niet snel voordoen dat een debiteur betaalt op een verjaarde vordering. En zou zich het geval wel voordoen, dan is het verweer zoals dat in art. 6:11 lid 3 BW wordt gehonoreerd, zeer begrijpelijk: degene die regres neemt, was ten tijde van zijn betaling aan de crediteur niet gehouden tot betaling, evenmin als degene die in regres wordt aangesproken dat was. De debiteur wiens schuld was verjaard, kan na voldoening van de verjaarde en dus natuurlijke verbintenis dus wél regres toekomen indien de aangesproken debiteur ten tijde van de betaling aan de crediteur nog *geen* beroep op verjaring toekwam tegenover de crediteur.¹¹⁹

Uit de rechtsverhouding van de debiteuren kan iets anders voortvloeien dan hetgeen uit art. 6:11 lid 3 BW volgt, aldus in essentie art. 6:11 lid 4 BW. Dat is belangrijk, want ik meen dat men de uiteenlopende gevallen van hoofdelijkheid wat dit betreft niet over één kam mag scheren.

Ik noem een aantal situaties die tot verschillende uitkomsten leiden.¹²⁰ A en B hebben zich gelijktijdig en gezamenlijk hoofdelijk verbonden tegenover C, terwijl A intern geheel draagplichtig is; beide hoofdelijke verbintenissen zijn aan dezelfde verjaringstermijn onderworpen. C laat zijn vordering op A verjaren, terwijl hij de vordering op B op tijd heeft gestuit. B wil na betaling aan C regres nemen op A. Terecht staat art. 6:11 lid 3 BW in dit geval regres toe. De verjaring van de vordering jegens A is zonder betekenis in de bijzondere rechtsverhouding tussen de hoofdelijke debiteuren, die *ab initio* van elkaars bestaan afwisten en die mede met het oog op elkaars debiteurschap de hoofdelijke verbintenissen aangingen: B mocht er jegens A op vertrouwen dat hij na betaling aan C verhaal kon nemen op A.

Een andere situatie. A is gebonden tegenover C; buiten medeweten van A verbindt B zich als hoofdelijk medeschuldenaar tegenover C. B stemt tegenover C in met een aanzienlijk langere verjaringstermijn dan die welke voor de schuld van A geldt. B betaalt en maakt zijn identiteit bekend aan A op een moment waarop diens schuld aan C is verjaard. Art. 6:11 lid 3 BW staat niet in de weg aan het regres van B, terwijl A er juist op mocht vertrouwen dat zijn verplichtingen geheel verjaard waren. A was geheel onbekend met (de verbintenis van) B, en door het regres toe te staan zou de positie van A – die alleen rekende met

118 Aldus ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 94.

119 Daar moet dus logischerwijs uit volgen dat een natuurlijke verbintenis welke resteert na verjaring, hoofdelijk verbonden blijft met samenlopende verbintenissen die nog niet zijn verjaard.

120 Zie ook Hofmann/Van Opstall 1976, p. 489-490.

de omvang van zijn verplichtingen tegenover C – aanmerkelijk worden verzaamd. Hier zou niet art. 6:11 lid 3 BW moeten gelden, maar zou veeleer moeten worden gekozen voor de benadering die ook ten grondslag ligt aan art. 7:868 BW, te weten dat de oorspronkelijke debiteur A het verjaringsverweer ook aan mededebiteur B kan tegenwerpen.

Honorering van het verjaringsverweer is mijns inziens afhankelijk van de specifieke rechtsverhouding van de hoofdelijke debiteuren – of concreter: de specifieke (strekking van) hun afspraken – en bijvoorbeeld ook van de vraag of het niet honoreren van het verweer een van de hoofdelijke debiteuren in een onverwacht slechtere positie brengt dan waarin deze tegenover de crediteur verkeerde. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet dat deze genuanceerde benadering onverenigbaar zou zijn met hetgeen de wetgever voor ogen stond. Het derde lid van art. 6:11 BW is slechts bedoeld als verduidelijking van hetgeen reeds zou volgen uit het oude art. 6:1.2.5 Ontwerp Meijers;¹²¹ in dat ontwerp werd ook reeds de rechtsverhouding van de hoofdelijke debiteuren onderling als doorslaggevend geacht voor de interne doorwerking van externe verweren. Een afwijking van het derde lid is derhalve mogelijk en in bepaalde gevallen mijns inziens ook bepaald wenselijk.

6.4.5 *Beperkende werking van redelijkheid en billijkheid*

Debiteur en crediteur staan tot elkaar in een door redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding (art. 6:2 en 6:248 BW). Dit kan ertoe leiden dat de inhoud van de verbintenis na het ontstaan ervan door een handeling van de crediteur wordt gewijzigd. Betreft het een *rechtshandeling* met of jegens de debiteur verricht, dan is art. 6:11 lid 2 BW van toepassing. Wat is echter het effect van een *gedraging* die tot wijziging van de verbintenis leidt? Ik denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin de debiteur zijn recht op de prestatie tegenover een van de debiteuren verwerkt. In beginsel blijven de andere hoofdelijke verbintenissen ongewijzigd voortbestaan, tenzij uiteraard de rechtsverwerking ook die verbintenissen (be)treft. Heeft de rechtsverwerking ook gevolgen voor het regres op de desbetreffende debiteur? Zou bijvoorbeeld de debiteur tegenover wie rechtsverwerking plaatsvond, intern geheel draagplichtig zijn, dan zou doorwerking van de rechtsverwerking betekenen dat de resterende debiteuren de gevolgen dragen van de rechtsverwerking. Zou de rechtsverwerking niet doorwerken en zou dus het regres ongestoord kunnen plaatshebben, dan zou de crediteur via een omweg de gevolgen van rechtsverwerking ontlopen. De meest

¹²¹ Deze bepaling luidde: “Verweermiddelen die een hoofdelijke schuldenaar kan invoeren tegen de schuldeiser, kan hij ook invoeren tegen een hoofdelijke medeschuldenaar die de in het vorige artikel bedoelde bijdrage van hem verlangt, tenzij uit hun rechtsverhouding het tegendeel voortvloeit of het verweermiddel na de verbintenis van de medeschuldenaar zonder diens goedvinden was ontstaan.”

voor de hand liggende weg is dus ook hier om de vorderingen van de crediteur op de resterende debiteuren evenredig te verminderen met de omvang van de draagplicht van de debiteur in wiens verbintenis de rechtsverwerking heeft plaatsgevonden.

Een vergelijkbaar probleem doet zich voor bij rechterlijke wijziging van de overeenkomst op grond van art. 6:258 BW. De hoofdelijkheid hangt in dergelijke gevallen veelal samen met de (meerpartijen)contractuele rechtsverhouding tussen partijen, zodat in de gevolgen van een rechterlijke wijziging door de rechter of door het contract zelf wordt voorzien, dan wel in de andere contractuele verbintenissen aanleiding geeft tot toepassing van art. 6:258 BW.

6.4.6 *Matiging*

Bij rechterlijke matiging op grond van art. 6:109 BW (of bijv. art. 2:138/248 lid 4 BW) komt het aan op de concrete omstandigheden: die bepalen of tussen *déze* debiteur en *déze* crediteur grond bestaat voor matiging van de schadevergoedingsplicht. Om deze reden wordt aangenomen dat matiging geen afbreuk doet aan de omvang van de aansprakelijkheid van de andere debiteuren.¹²² Kan de matiging wel als verweermiddel in de zin van art. 6:11 BW worden tegengeworpen aan het regres van deze andere debiteuren? Ik denk wel dat het een verweermiddel is, maar niet dat het per definitie altijd kan worden tegengeworpen.¹²³ Het is de interne rechtsverhouding die bepaalt of de matiging in een van de hoofdelijke verbintenissen ook interne doorwerking heeft. Doorwerking zou kunnen betekenen dat de debiteur die zich met succes op matiging beriep, niet verder hoeft bij te dragen – als daar al sprake van was¹²⁴ – dan ten belope van diens gematigde schadevergoedingsplicht.¹²⁵ Hetgeen aldus onverhaalbaar blijkt, zal met overeenkomstige toepassing van art. 6:13 BW over de resterende debiteuren worden omgeslagen.¹²⁶ Het is echter niet uitgesloten dat ook de crediteur dient bij te dragen in hetgeen aldus onverhaalbaar blijkt, en wel door evenredige vermindering van de aanspraken jegens de resterende debiteuren. Daartoe kan bijvoorbeeld aanleiding zijn als de matiging mede werking toekomt ten behoeve van de resterende debiteur(en) – ik denk aan art. 6:257 BW – of als de matiging in de ene hoofde-

122 Asser/Hartkamp-Sieburgh 6-I 2012, nr. 120; Spier 1992, p. 33. Spier 1982, p. 232, lijkt ervan uit te gaan dat de eventualiteit van matiging in een van de hoofdelijke verbintenissen relevant kan zijn in een procedure tegen een van de andere hoofdelijke debiteuren.

123 Anders: Clavareau 1938, p. 396. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, nr. 179 en Boonekamp 2013, p. 162 zijn van mening dat überhaupt geen sprake is van een verweermiddel in de zin van art. 6:11 BW. Castermans 1996, p. 190 meent dat het zonder meer wél een verweermiddel is dat kan worden ingeroepen.

124 Vgl. voor een geval waarin matiging in de ene verbintenis door de rechter afhankelijk werd gesteld van de vraag of een andere persoon draagplichtig werd bevonden Hof 's-Hertogenbosch, te kennen uit HR 6 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2569, NJ 1998/350 (Paulissen/Tilburg en Brabocon).

125 Voor mogelijke berekeningsperikelen verwijs ik naar het voorbeeld dat ik gaf bij de limitering (zie par. 6.4.3).

126 Vgl. De Kok 1965, p. 145 en Spier 1982, p. 232.

lijke verbintenis tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen in de andere verbintenis(sen) leidt (hetgeen weer aanleiding kan geven tot toepassing van art. 6:109 BW).

6.4.7 *Cou lance en clementie bij schending mededingingsrecht*

In Richtlijn 2014/104/EU (Richtlijn privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht)¹²⁷ is een bijzondere aansprakelijkheidsregeling opgenomen voor twee gevallen: cou lance en clementie. Deze hebben een versturende werking op de verschillende rechtsverhoudingen tussen benadeelde en hoofdelijk aansprakelijke inbreukplegers.¹²⁸

De eerste verstoring van de rechtsverhoudingen tussen de benadeelde en de hoofdelijk aansprakelijke inbreukplegers doet zich voor als een van de inbreukplegers een kleine of middelgrote onderneming is die door de hoofdelijkheid in zijn bestaan wordt bedreigd.¹²⁹ Die onderneming kan een beroep doen op cou lance indien haar marktaandeel minder dan 5% bedroeg, de toepassing van de hoofdelijkheidsregels de economische levensvatbaarheid onherstelbaar in gevaar zou brengen en haar vermogensbestanddelen al hun waarde zou doen verliezen.¹³⁰ Het recht op cou lance bestaat overigens niet als de bedreigde ondernemer al eerder schuldig is bevonden aan inbreuk of een leidinggevende of uitlokkende rol bij de inbreuk heeft gespeeld.¹³¹ De cou lance houdt in dat de onderneming niet hoofdelijk aansprakelijk is voor alle schade van alle benadeelden, maar alleen voor de schade van haar eigen directe of indirecte afnemers.¹³² Strikt genomen ontvalt daarmee de aansprakelijkheid van de bedreigde onderneming tegenover andere benadeelden dan de eigen directe of indirecte afnemers. De Richtlijn regelt niet de gevolgen daarvan voor de aansprakelijkheid van de overige inbreukplegers. Gezien doel en strekking van de Richtlijn lijkt het mij waarschijnlijk dat zij onverminderd aansprakelijk blijven tegenover die andere benadeelden, zonder regresmogelijkheden op de bedreigde onderneming. En hoewel er niet in is voorzien in de richtlijn, lijkt het mij dat de overige inbreukplegers onverminderd hoofdelijk aansprakelijk blijven (naast de bedreigde ondernemer) voor de schade van de afnemers in de kolom van de bedreigde ondernemer.

127 Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, Pb EU L 349/1. Zie over de achtergrond van de richtlijn kort par. 6.3.3.

128 Zie Van Boom 2016, waar deze paragraaf aan is ontleend.

129 Voor de definitie van 'kleine en middelgrote ondernemingen' wordt verwezen naar Aanbeveling 2003/361/EG van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen (PB L 124 van 20-5-2003, p. 36).

130 Art. 11 lid 2 Richtlijn 2014/104/EU (= art. 6:193m lid 2 BW; *Kamerstukken II* 2015/16, 34 490, nr. 2).

131 Art. 11 lid 3 Richtlijn 2014/104/EU (= art. 6:193m lid 3 BW; *Kamerstukken II* 2015/16, 34 490, nr. 2).

132 Zie voor de definitie van 'directe afnemer' en 'indirecte afnemer' art. 6:193k sub h en i BW (*Kamerstukken II* 2015/16, 34 490, nr. 2). Merk op dat de bedreigde onderneming kennelijk niet aansprakelijk kan worden gesteld door leveranciers in de eigen kolom.

De tweede verstoring betreft de doorwerking van clementie die wordt gegeven door een mededingingsautoriteit aan één van meerdere karteldeelne­mers. Er kan zich een verstoring voordoen van de rechtsverhoudingen tussen de benadeelde en de hoofdelijk aansprakelijke karteldeelne­mers indien een van de inbreukplegers tot inkeer komt en vrijwillig medewerking verleent aan de mededingingsautoriteit, en daarvoor met clementie wordt beloond. Die clementie heeft allereerst de vorm van een immuniteit voor de geldboete wegens betrokkenheid bij het kartel, of vermindering van de boete.¹³³ In de tweede plaats heeft de clementie ook gevolgen voor de hoofdelijke verbintenissen van de karteldeelne­mers. Die gevolgen zijn verre van duidelijk vormgegeven in de Richtlijn.

Allereerst bepaalt art. 11 lid 4 Richtlijn dat de ‘ontvanger van immuniteit’ hoofdelijk aansprakelijk is jegens zijn directe of indirecte afnemers of leveranciers, én tegenover andere benadeelde partijen, maar dat laatste slechts indien geen volledige schadevergoeding kan worden verkregen van de andere inbreukplegers. In de eigen kolom is de ontvanger van immuniteit dus gewoon aansprakelijk (hoofdelijk, met de andere inbreukplegers) en in de andere kolommen is zijn aansprakelijkheid subsidiair.

Vervolgens bepaalt art. 11 lid 5 Richtlijn dat de lidstaten zorgdragen voor de mogelijkheid van onderling regres van de inbreukplegers, maar dat de bijdrage van de ‘ontvanger van immuniteit’ niet groter mag zijn “dan de omvang van de schade die zij haar directe of indirecte afnemers of leveranciers heeft berokkend”.¹³⁴ Dat lijkt te wijzen op het ontbreken van draagplicht van de ‘ontvanger’ voor de schade in de andere kolommen en een beperking van zijn draagplicht tot de eigen kolom.

In art. 11 lid 6 Richtlijn is echter een regel toegevoegd die daar haaks op lijkt te staan: “De lidstaten zorgen ervoor dat, voor zover de inbreuk op het mededingingsrecht schade heeft veroorzaakt voor andere benadeelde partijen dan de directe of indirecte afnemers of leveranciers van de inbreukplegers, de grootte van de bijdrage van de partij aan wie immuniteit is verleend ten behoeve van andere inbreukplegers wordt bepaald op basis van de relatieve [verantwoordelijkheid] van die inbreukpleger voor [verantwoordelijkheid voor] die schade.”¹³⁵

In de Preambule (onder 38) lezen we voorts: “Indien een kartel schade heeft berokkend aan andere partijen dan de afnemers of leveranciers van de inbreukpleger, mag het aandeel van de partij aan wie immuniteit is verleend

133 Zie de definities in art. 6:193k onder d (kartel), e (ontvanger van immuniteit) en f (clementieregeling) BW (*Kamerstukken II* 2015/16, 34 490, nr. 2).

134 Art. 11 lid 5 Richtlijn 2014/104/EU (= art. 6:193n lid 3 BW; *Kamerstukken II* 2015/16, 34 490, nr. 2).

135 De Nederlandstalige versie van art. 11 lid 6 Richtlijn is niet correct. Gezien de anderstalige versies denk ik dat het moet luiden zoals in de hoofdtekst is weergegeven.

niet hoger zijn dan haar relatieve verantwoordelijkheid voor de door het kartel veroorzaakte schade. Dit aandeel moet worden bepaald volgens dezelfde regels als voor de bijdragen onder inbreukplegers. De partij aan wie immuniteit is verleend moet jegens de benadeelde partijen die niet haar directe of indirecte afnemers of leveranciers zijn, alleen volledig aansprakelijk blijven indien deze geen volledige vergoeding kunnen krijgen van de andere inbreukplegers.”

Hoewel ik er mijn hand niet voor in het vuur durf te steken, denk ik dat art. 11 lid 6 Richtlijn ziet op de draagplicht van de subsidiair aansprakelijke ontvanger van immuniteit wat betreft de schade van de andere benadeelden (buiten de eigen kolom). Afgezien van de vraag of het realistisch is om bij subsidiaire aansprakelijkheid nog enig regres op de andere inbreukplegers te verwachten, vraag ik me af wat de toegevoegde waarde van art. 11 lid 6 Richtlijn is. De regel dat de bijdrage naar rato van de relatieve verantwoordelijkheid moet worden bepaald, volgt namelijk al uit art. 11 lid 5 Richtlijn. Ook overigens is de strekking van het zesde lid niet duidelijk. De aansprakelijkheid van de ontvanger van immuniteit voor schade geleden in andere kolommen was extern gezien subsidiair; geeft het zesde lid nu alsnog een regresrecht aan de andere inbreukplegers om de extern subsidiair aansprakelijke intern gewoon te laten bijdragen? Of ziet het zesde lid alleen op een eventueel regres van de subsidiair aansprakelijke op de primair aansprakelijke inbreukplegers? De wetgever heeft ter gelegenheid van de implementatie ervoor gekozen om art. 11 lid 6 Richtlijn niet te implementeren “omdat dit reeds op basis van artikel 6:102 juncto artikel 6:101 juncto 6:10 BW geldend recht is”.¹³⁶ Daarmee blijft in het midden of regres mogelijk is van de inbreukplegers op de subsidiair aansprakelijke ontvanger van immuniteit.

6.5 CONCLUSIE: DEBITEURENBESCHERMING

Het is bij verstoorde hoofdelijkheidsverhoudingen steeds de vraag: wie moet de gevolgen van de verstoring ervaren? Daarvoor zijn drie mogelijkheden denkbaar: ófwel de persoon in wiens verbintenis de verstoring is opgetreden, ófwel de resterende debiteuren, ófwel de crediteur.¹³⁷ Deze drie mogelijkheden sluiten elkaar niet uit; zij kunnen elk afwisselend worden gebruikt, al naargelang de uitkomst van de afweging van de drie betrokken belangen – te weten die van de crediteur, de debiteur in wiens verbintenis de verstoring plaatsvond en de resterende debiteuren –, een en ander in het licht van strekking van de rechtshandeling, gedraging of wetbepaling die tot de verstoring leidde.

¹³⁶ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 490, nr. 3, p. 9.

¹³⁷ Zie over de ‘leer’ van de drie alternatieven in Duitsland de verwijzingen bij Van Boom 1999, p. 214.

In veel gevallen is de verstoring echter terug te voeren op ófwel een uitdrukkelijke instemming van de crediteur met reductie of verval van zijn aanspraken jegens een der debiteuren, ófwel een uitdrukkelijke keuze van de wetgever om de aanspraken jegens een bepaalde debiteur geheel of gedeeltelijk te laten vervallen. Om deze reden ben ik van mening dat het in die gevallen het minst wenselijk is om de resterende debiteuren te belasten met de gevolgen van de verstoring; het lijkt integendeel juist om de crediteur te belasten met de gevolgen van zijn eigen handeling dan wel de keuze van de wetgever. Zo moet de verstoring ten laste worden gebracht van de crediteur wanneer deze instemde met de schikking, afstand of exoneration, omdat het hem verboden is de gevolgen van de afstand of exoneration te ontlopen en via een omweg toch neer te leggen bij de desbetreffende debiteur. Zie paragraaf 6.3. Soms ook moet de crediteur de gevolgen van de verstoring dragen vanwege de bijzondere aard van de wettelijke aansprakelijkheidsuitsluiting van een der debiteuren en de daarmee samenhangende positie van de crediteur. Vergelijk paragraaf 6.4.

Ik concludeer dat de resterende debiteuren worden beschermd tegen aantasting van hun regresrechten door een verstoring ten gevolge van een rechtshandeling die buiten hun medewerking of medeweten plaatsvond of ten gevolge van een wettelijke ingreep die niet tot verslechtering van hun regresrechten strekt. De idee dat de debiteuren en hun regresrechten bescherming verdienen tegen handelingen waar zij niet bij betrokken zijn, kwam ook reeds in paragraaf 6.2 op veel plaatsen naar voren. Die debiteurenbescherming heeft, zo bleek op veel plaatsen in dit hoofdstuk, tevens een keerzijde. Debiteuren worden namelijk in zekere zin ook beschermd tegen de gevolgen van hoofdelijkheid die buiten hun medeweten ontstaat. Het beschermingsmes snijdt dus om uiteenlopende redenen aan twee kanten.

7 PROCESRECHTELIJKE ASPECTEN

7.1 BALANS EN KRACHT VAN GEWIJSDE

In dit hoofdstuk komen enkele procesrechtelijke aspecten van hoofdelijke verbintenissen aan de orde.¹ Daarbij beperk ik mij gemakshalve tot de vorderingsprocedure (vóór KEI: de dagvaardingsprocedure).² Ons burgerlijk procesrecht is in de eerste plaats gericht op beslechting van geschillen tussen twee partijen. Hoofdelijkheid is echter een samenstel van rechtsverhoudingen waarbij ten minste drie partijen zijn betrokken; het gevolg is dat de materieelrechtelijke uitgangspunten van hoofdelijkheid soms botsen met of niet goed tot hun recht komen in dit 'tweepartijenmodel'.³ Die botsing is onvermijdelijk. In een ideale, 'kostenloze' wereld zou een rechter wellicht graag alle betrokken partijen in één samenhangende procedure willen horen en 'ieder het hare geven'. Maar in werkelijkheid neemt de complexiteit van civiele procedures toe met elke extra partij die gevoegd wordt, zich voegt, tussenkomt of in vrijwaring opgeroepen wordt. Het is dus de vraag of het altijd in het belang van procederende partijen en de rechtspleging als geheel is om dit ideaal na te streven. Een stelsel van procesrecht zal daarom naar een optimale balans moeten streven.

In veel landen is men het erover eens dat in de *ideale* civiele procedure alle bij de hoofdelijkheid betrokken personen tegelijk in een en dezelfde procedure bijeen worden gebracht, zodat een 'voor-eens-en-altijd'-uitspraak wordt gedaan over alle betrokken rechtsbetrekkingen.⁴ Minder eensgezindheid bestaat er over de vraag hoe men deze ideale procedure zou moeten vormgeven, mede omdat de ideale procedure ook minder ideale trekjes heeft: zij is gecompliceerder, duurt langer en is daardoor kostbaarder dan een tweepartijen-procedure. In veel rechtsstelsels heeft de rechter de bevoegdheid om, al dan niet op verzoek van een procespartij, een derde tot gedwongen deelname aan de procedure op te roepen.⁵ Maar er zijn ook rechtsstelsels waar 'the need for joinder of parties'

1 De complicatie van arbitrage tussen twee van meerdere partijen die betrokken zijn bij de hoofdelijke rechtsverhoudingen, laat ik buiten beschouwing.

2 Onder KEI is de terminologie van 'dagvaarding' en 'dagvaardingsprocedure' gewijzigd in 'procesinleiding' en 'vorderingsprocedure'; zie art. 30a Rv nieuw (Wetsvoorstel Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht; *Kamerstukken I* 2015/16, 34 059, nr. A).

3 Vgl. Van Boom 1996, p. 620.

4 Bijv. over de risico's van tegenstrijdige vonnissen Vandenbogaerde 2015, p. 541 e.v.

5 Zie daarover bijv. De Folter 1996, p. 202.

met materieelrechtelijke prikkels wordt aangemoedigd.⁶ Zo zijn er rechtsstelsels waarin regres alleen mogelijk is tussen debiteuren die bij gezamenlijk vonnis veroordeeld zijn. Dit is voor gedaagde debiteuren weliswaar een prikkel om zoveel mogelijk mededebiteuren in het geding te betrekken, maar kan er wel toe leiden dat debiteuren liever met mededebiteuren in de rechtszaal tegenover de crediteur komen te staan dan dat zij aan schikkingsonderhandelingen beginnen. Een geheel andere prikkel gaat uit van het rechtsstelsel dat alleen hoofdelijke aansprakelijkheid toestaat indien en voor zover de crediteur de desbetreffende debiteuren in één en dezelfde procedure heeft gedaagd. Laat de crediteur dit na, dan is de sanctie het vervallen van hoofdelijkheid en opdeling van de verschuldigde prestatie in evenzovele deelaanspraken als er debiteuren zijn. Een dergelijk stelsel lijkt ideaal, maar afgezien van de niet geringe praktische en processuele complicaties die het stelsel met zich brengt, leidt het er enerzijds toe dat de crediteur zoveel mogelijk personen tegelijk zal dagvaarden en anderzijds dat de gedaagde personen zich zullen verweren met de stelling dat allerlei andere personen ten onrechte niet zijn gedaagd. Beide effecten leiden onvermijdelijk tot vertraging en verhoogde (proces)kosten, en mogelijk zelfs tot chicanes. Bovendien ontnemt het stelsel de crediteur één van de voornaamste voordelen die hoofdelijkheid te bieden heeft, het inningsgemak. Ook zijn er rechtsstelsels waarin ter stimulering van ‘joinder of parties’ de vergoeding van (proces)kosten van de crediteur in een eventuele tweede procedure tegen andere debiteuren is uitgesloten, of waarin het bedrag aan schade(vergoeding) zoals dat in de eerste procedure werd vastgesteld, tevens als plafond geldt in eventuele volgende procedures.⁷

De balans die ons procesrecht heeft gevonden, begint met een eerste gewicht: het gezag van gewijsde. Een in kracht van gewijsde gegaan vonnis over een bepaalde rechtsbetrekking heeft tussen dezelfde partijen bindende kracht, ook in andere procedures (art. 236 Rv).⁸ Hoofdkenmerk van hoofdelijkheid is dat van elke debiteur afzonderlijk de prestatie kan worden gevorderd die door elk verschuldigd is (art. 6:7 BW). Dit materieelrechtelijke uitgangspunt leidt ertoe dat de crediteur evenzovele rechtsvorderingen kan instellen als er debiteuren zijn.⁹ De crediteur kan dus elk van de hoofdelijke debiteuren afzonderlijk in een gerechtelijke procedure betrekken, onafhankelijk van eventuele rechtsvorderingen

6 Met name in de Verenigde Staten van Amerika is hier veel wetgevende creativiteit in gestopt. Zie de opsomming bij Schwartz 2010, p. 330 e.v. Vgl. ook ALI 2000, p. 99 e.v., waar maar liefst vijf verschillende ‘tracks’ worden geanalyseerd.

7 Voor bronnen zie de verwijzingen bij Van Boom 1999, p. 220 e.v.

8 Nader over gezag van gewijsde bijv. Snijders et al. 2011, p. 73 e.v.

9 Gras 1994, p. 342.

jegens de andere debiteuren.¹⁰ Wordt de vordering jegens de ene debiteur af- of toegewezen, dan komt dit vonnis geen gezag van gewijsde toe ten opzichte van de andere debiteuren.¹¹ Ons stelsel van hoofdelijkheid gaat immers uit van de onafhankelijkheid van de hoofdelijke verbintenissen en dus van de regel dat “bij hoofdelijke verbondenheid van meer schuldenaren de toewijzing van een vordering tegen de ene schuldenaar de andere schuldenaar niet de mogelijkheid ontnemt tegen de vordering verweer te voeren”.¹²

Dit geldt uiteraard ook voor het geval een veroordelend vonnis wordt verkregen door de crediteur tegen debiteur A en deze vervolgens door betaling van de betreffende vordering gesubrogeerd wordt in de vordering van de crediteur tegen debiteur B. Immers, de vordering waar de executoriale titel op ziet, betreft de verhouding van de crediteur tot A, niet tot B. Maar hoe te denken over het volgende geval: de crediteur verkrijgt een executoriale titel tegen A, en B gaat over tot betaling aan de crediteur. Dan verkrijgt B in theorie door subrogatie de vordering van de crediteur op A, en daarmee de executoriale titel. Dat brengt de hoofdregel, te weten dat een veroordelend vonnis gezag van gewijsde toekomt in de verhouding van de procespartijen én hun rechtsopvolgers (hier: onder bijzondere titel), met zich. Zie art. 6:142 BW jo art. 6:12 BW. Ik meen echter dat in de verhouding tussen A en B de regresversterkende subrogatie van art. 6:12 BW het zelfstandig regresrecht van art. 6:10 BW dient te volgen. Dat betekent dat de subrogatie van art. 6:12 BW zonder effect blijft als tussen A en B niet komt vast te staan dat er hoofdelijke gehoudenheid van A en B bestond (en dus ook geen regresrecht).

Dat betekent dus dat als van drie hoofdelijke debiteuren A, B en C, alleen A in rechte wordt aangesproken tot nakoming van de hoofdelijk verschuldigde prestatie, de partijen B en C

10 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012, nr. 112; vgl. Boonekamp 2013, p. 157 e.v. Zie bijv. HR 26 april 1968, ECLI:NL:HR:1968:AC4852, NJ 1969/19 (*Rietbroek/Alkemade*); HR 9 mei 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC0846, NJ 1969/307 (*vof Rotterdam-Limburg Beurtvaart c.s./La Neuchâtelaise*); HR 2 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2733, NJ 2002/24.

11 Zie Gras 1994, p. 298 e.v. In deze zin ook de bij Hofmann/Van Opstall 1948, p. 176 nt. 5 en Asser/Rutten 1981, p. 108 genoemde schrijvers, alsmede Van Weel 1863, p. 308, De Kok 1965, p. 25, p. 155 en Asser/Hartkamp 4-I 1992, nr. 104p. Zie voor het gezag van gewijsde in verband met hoofdelijkheid bijv. HR 1 december 1939, NJ 1940/445 (*Turfstrooiselfabriek 'Klazienaveen'/Smit en NV Purit Maatschappij*), HR 15 februari 1963, NJ 1964/423 (*Houtappel/Velthuyzen*), HR 3 december 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB6789, NJ 1972/144 (*Groningen & Lloyd/Kerssies*), HR 5 januari 1973, ECLI:NL:HR:1973:AB6970, NJ 1973/106 (*Gerwers/Seigers*), HR 21 januari 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC5875, NJ 1977/386 (*Heijmans/Raaijmakers*), Hof 's-Hertogenbosch 17 november 1993, ECLI:NL:GHSHE:1993:AD1984, NJ 1994/493 (*Quickprime Finance Ltd/Limbutex BV*), HR 2 mei 1997, NJ 1997/663 (*Kip en Sloetjes/Boerenleenbank Winterswijk*), HR 25 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2716, NJ 1998/892 (*Haefner/ABN-Amro Bank*). Voor een atypische uitzondering op art. 236 Rv zie men art. 9 lid 2 WAM.

12 HR 13 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9261, NJ 2004/212 (*Hitz c.s./Theunissen*).

niet formeel procespartij zijn en dus ook niet gebonden zijn aan de vaststelling van de rechtsbetrekking tussen de crediteur en A. Hetzelfde geldt voor procedures tussen debiteuren onderling; daar staat de crediteur weer buiten.¹³ Een andere rechtsregel, die niet-procederende partijen onherroepelijk zou binden aan de uitkomst van een procedure waar zij wellicht geen weet van hebben, zou ook snel in strijd komen met het fundamentele recht op rechterlijk gehoor.¹⁴

Hoofdelijke verbintenissen zijn dus zowel in materiaalrechtelijk als in procesrechtelijk opzicht onafhankelijk van elkaar en de debiteuren zijn niet – althans niet uit hoofde van de hoofdelijkheid – tot wederzijdse (proces)vertegenwoordiging gerechtigd.¹⁵ Als een hoofdelijke debiteur verdediging voert in een door de crediteur aangespannen procedure, dan verdedigt hij zichzelf, niet ook mede de andere debiteuren. Dit betekent dat de andere debiteuren derden zijn ten opzichte van het gewijsde en dat zij enerzijds het vonnis dus niet tegen zich hoeven te laten gelden, maar er anderzijds evenmin rechten aan kunnen ontlelen. Derden kunnen in beginsel evenmin rechtsmiddelen tegen het vonnis instellen.¹⁶ Hooguit kunnen in een verwant geding ‘vermoedens’ worden ontleend aan het vonnis.¹⁷

Er zijn verschillende procesrechtelijke figuren die nuanceringsaanbrengen op het ‘tweepartijenkarakter’ van de civiele procedure; deze figuren vormen wat betreft de hoofdelijkheid als het ware het tegenwicht voor het beperkte personele bereik van het gezag van gewijsde. Allereerst kunnen meerdere partijen gezamenlijk als eiser optreden en kunnen meerdere partijen worden gedaagd. Daarnaast is er de vrijwillige voeging en tussenkomst in de procedure door derden (art. 217-218 Rv), en ten slotte is er de gedwongen deelname door de gedwongen voeging (art. 30g Rv nieuw; art. 118 Rv) en de oproeping in vrijwaring (art. 210-216 Rv). Deze incidenten komen hierna in paragraaf 7.3 aan de orde; eerst wordt de vraag beantwoord of hoofdelijkheid een ondeelbare rechtsverhouding is.

13 Vgl. art. III-4:110 DCFR. Zie ook het rechtsvergelijkende overzicht bij Meier 2011, p. 458 e.v.

14 Vgl. Van der Wiel 2011, p. 793; Harryvan 2012, p. 26. In het algemeen over hoor en wederhoor, waaronder het recht op rechterlijk gehoor, Asser Procesrecht/Giesen 1 2015, nr. 308 e.v. Uitzondering op deze regel is bijv. het ‘ex parte’ gegeven verlot tot conservatoire beslaglegging, daarover Asser Procesrecht/Giesen 1 2015, nr. 329-330.

15 Voor de Franse ‘solidarité’ geldt een dergelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid wel (zie Malaurie et al. 2013, p. 716-717), maar de rechtspraak neigt er inmiddels toe om die beperkt uit te leggen.

16 HR 1 december 1939, NJ 1940/445 (*Turfstrooifabriek ‘Klazienaveen’/Smit en NV Purit Maatschappij*). Anders: Van Weel 1863, p. 241.

17 HR 1 december 1939, NJ 1940/445 (*Turfstrooifabriek ‘Klazienaveen’/Smit en NV Purit Maatschappij*). Vgl. De Nerée tot Babberich 1923, p. 84-85. Boonekamp 2016, p. 52 spreekt van ‘reflexwerking’ van feitelijke vermoedens die maken dat de elementen voor aansprakelijkheid voorshands bewezen worden geacht, behoudens tegenbewijs.

7.2 IS HOOFDELIJKHEID EEN ONDEELBARE RECHTSVERHOUDING?

De crediteur die een vorderingsprocedure inleidt, kan ervoor kiezen om ‘één tegen één te spelen’ (art. 6:7 BW), maar als hij het zinvol vindt om twee of meer debiteuren tegelijk in één procedure te betrekken, dan is dat toegestaan. De crediteur die overweegt om meer dan één debiteur op te roepen in dezelfde vorderingsprocedure, zal in zijn afweging de waarschijnlijkheid dat zijn vorderingen tegen de gedaagde debiteuren zullen worden toe- of afgewezen, de extra proceskosten en de procedurele vertragingen die het gevolg kunnen zijn, moeten meewegen.¹⁸

Die afweging kan ook aan de zijde van de debiteuren worden gemaakt. Zo brengt het uitgangspunt van onafhankelijkheid van de vorderingsrechten die de crediteur op elk van de debiteuren heeft, ook mee dat het in een eventueel hoger beroep niet nodig is dat alle partijen die bij eerste aanleg betrokken waren, ook in appel verschijnen. Als in eerste aanleg twee hoofdelijke debiteuren A en B worden opgeroepen en hoofdelijk worden veroordeeld om een geldsom te betalen aan de crediteur, waarna A hoger beroep instelt en B in het vonnis berust, dan zal de procedure in hoger beroep tussen de crediteur en A spelen. Het vonnis in eerste aanleg verkrijgt kracht van gewijsde tussen de crediteur en B. Het feit dat B in het vonnis berust, ontnemt A niet het recht om van het vonnis, voor zover het tegen hem is gewezen, in hoger beroep te komen.¹⁹

In uitzonderingsgevallen is de crediteur *verplicht* om meer of alle debiteuren in dezelfde procedure te betrekken, namelijk als de vordering een zogenoemd processueel ondeelbare rechtsverhouding betreft en er daarom ‘noodzakelijk strijdgenootschap’ bestaat. Laat de crediteur na om alle debiteuren bij een dergelijke rechtsverhouding te dagvaarden, dan wordt zijn rechtsovereenkomst op vordering van de gedaagde niet-ontvankelijk verklaard. Men spreekt wel van het beroep van de gedaagde op de zogeheten ‘exceptio plurium litis consortium’.²⁰ Deze exceptio is echter een buitengewoon schimmige rechtsfiguur;²¹ de wet regelt haar niet en de Hoge Raad doet er zelden algemene uitspraken over. Wel is duidelijk dat de Hoge Raad een restrictieve uitleg van het begrip ‘ondeelbaar’ voorstaat:

18 De grootte van de kans dat het een debiteur wordt toegestaan zich vrijwillig te voegen, kan de crediteur niet beïnvloeden.

19 HR 13 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9261, NJ 2004/212 (*Hitz c.s./Theunissen*); HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3637, NJ 2016/32: “De schuldenaren van een hoofdelijke verbintenis zijn immers zelfstandig verbonden tegenover de schuldeiser. De omstandigheid dat de omvang van de verbintenis ten opzichte van één van hen (als gevolg van het onherroepelijk worden van de in eerste aanleg uitgesproken veroordeling) definitief is komen vast te staan, ontnemt aan de andere hoofdelijk veroordeelde schuldenaren niet de bevoegdheid of het belang om die omvang in hun eigen relatie tot de schuldeiser in hoger beroep te betwisten.”

20 Zie hierover m.n. Snijders et al. 2011, p. 169-170; Harryvan 2012.

21 Voor de meest recente poging om deze rechtsfiguur te ordenen zie Harryvan 2012, m.n. p. 87 e.v.

“Van ondeelbaarheid van een rechtsverhouding in die zin dat daaromtrent door de rechter slechts *kan* worden beslist in een geding waarin alle bij deze rechtsverhouding betrokkenen partij zijn, is sprake indien het *rechtens noodzakelijk* is dat de beslissing ten aanzien van al die betrokkenen in dezelfde zin luidt. Dit mag slechts worden aangenomen indien aard en inhoud van de rechtsverhouding daartoe nopen, hetgeen meebrengt dat de vraag of van zodanige ondeelbaarheid kan worden gesproken, zich niet altijd leent voor beantwoording in algemene zin, aangezien de bijzonderheden van het gegeven geval van doorslaggevende betekenis kunnen zijn.” (cursivering WvB)²²

Hoofdelijke verbintenissen staan als zodanig niet tot elkaar in een verhouding van procesuele ondeelbaarheid; elk van de hoofdelijke verbintenissen is in procesrechtelijk opzicht zelfstandig van aard en de rechter *kan* dus elke verbintenis los van de andere verbintenissen beoordelen.²³ Aldus de Hoge Raad in een geval van hoofdelijkheid ex art. 6:102 BW:

“Het hof heeft de exceptio plurium litis consortium verworpen op grond van zijn oordeel dat geen sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding als bedoeld in het arrest van de Hoge Raad van 21 mei 1999, nr. 16821, NJ 2000, 291. Dat oordeel is juist, nu het hier gaat om een geval waarin een benadeelde een schadevergoedingsvordering stelt te hebben tegen twee personen. In een dergelijk geval staat het de benadeelde vrij zijn vordering tot een van deze personen te beperken. Dat brengt mee dat geen sprake is van een rechtsverhouding waarin het rechtens noodzakelijk is dat de beslissing op de vordering ten aanzien van alle bij de rechtsverhouding betrokkenen in dezelfde zin luidt. De omstandigheid dat tegen het vonnis van de rechtbank door NNB niet en door [eiser] wel hoger beroep is ingesteld, maakt de rechtsverhouding niet alsnog processueel ondeelbaar.”²⁴

Daarmee is overigens niet gezegd dat een geïsoleerde processuele beoordeling altijd bevredigend is:²⁵ zij roept het risico van tegenstrijdige vonnissen in het leven en het nadeel

22 HR 26 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0911, NJ 1993/489 (*Clarijs/Van Goethem*); de formulering gaat goeddeels terug op HR 9 december 1938, NJ 1939/714 (*Baart/Posch e.a.*). Zie A-G Hartkamp, conclusie sub 6 bij HR 8 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0405, NJ 1992/34 (*Brassé c.s./Merckelbagh*).

23 Aldus ook Gras 1992, p. 192. Vgl. ook Wezeman 1997, p. 9. In deze richting wijzen ook HR 26 april 1968, ECLI:NL:HR:1968:AC4852, NJ 1969/19 (*Rietbroek/Alkemade*) en HR 21 januari 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC5875, NJ 1977/386 (*Heijmans/Raaijmakers*). Ondeelbaarheid is m.i. evenmin synoniem voor de ondeelbare prestatie als bedoeld in art. 6:6 lid 2 BW.

24 HR 2 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU5661, NJ 2006/444 (*Goltix*).

25 Zie voor een opsomming van de talrijke gevaren die in dit verband op de loer liggen Spier 1991, p. 41-43. Vgl. ook Wezeman 1998, p. 234 e.v.

van processuele inefficiëntie. Gevallen waarin wel ondeelbaarheid werd aangenomen, betroffen veelal gemeenschapsperikelen.²⁶ Gevallen waarin geen ondeelbaarheid werd aangenomen, betroffen bijvoorbeeld de vordering tot ontbinding van een arbeidsovereenkomst, gericht tegen één van drie werkgevers, en de procedure tussen cessionaris en debitor cessus waarin de geldigheid van een cessie centraal stond.²⁷ Maar het is goed mogelijk dat dergelijke rechtsverhoudingen in andere omstandigheden *wel* processueel ondeelbaar zijn.

Bijvoorbeeld: als een verhuurder de huurovereenkomst met twee hoofdelijk verbonden medehuurders wil vernietigen, zal hij beide huurders moeten oproepen in de vorderingsprocedure (art. 3:51 BW).²⁸

Er bestaat dus enerzijds veel onduidelijkheid over de aard en inhoud van de processueel ondeelbare rechtsverhouding, terwijl anderzijds de gevolgen van een geslaagd beroep op de exceptio verstrekkend zijn. De crediteur is dan namelijk terug bij af: hij wordt niet-ontvankelijk verklaard in zijn rechtsvordering, hij wordt in de proceskosten veroordeeld en hij dient opnieuw een geding aanhangig te maken waarin hij ook de andere debiteuren betreft. Dit is op zijn minst een omslachtige en kostbare wijze om een dergelijke ‘misslag’ van de crediteur te corrigeren. Het verbaast dan ook niet dat in de literatuur wordt gepleit voor minder rigoureuze oplossingen, niet alleen voor die gevallen waarin het rechtens *noodzakelijk* is om derden in het geding te betrekken, maar ook voor de veelvuldig voorkomende gevallen waarin dit gewoonweg *wenselijk* is uit oogpunt van proceseconomie en ter voorkoming van tegenstrijdige rechterlijke uitspraken.²⁹

7.3 VRIJWILLIGE EN GEDWONGEN DEELNAME

7.3.1 Voeging en tussenkomst

Een derde die het standpunt van één van de procederende partijen wil ondersteunen en daarbij een eigen belang heeft – bijvoorbeeld omdat hij krachtens rechtsverhouding met deze partij de nadelige gevolgen van het verliezen van de procedure zal moeten dragen –

26 Zie bijv. HR 13 mei 1966, ECLI:NL:HR:1966:AB4655, NJ 1967/221 (*Schreiner/Heidenreich*) en HR 24 december 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4511, NJ 1983/370 (*Schoonbrood/Schoonbrood c.s.*). De procesbevoegdheid van deelgenoten (zie art. 3:171 BW) staat hier los van.

27 HR 26 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0911, NJ 1993/489 (*Clarijs/Van Goethem*) resp. HR 9 december 1938, NJ 1939/714 (*Baart/Posch e.a.*).

28 Vgl. Rueb et al. 2015, p. 221.

29 Zie m.n. Wiersma 1952, p. 391 e.v.; Haardt 1971.

kan zich vrijwillig voegen in de procedure (art. 217-218 Rv).³⁰ Tussenkost wordt toegestaan als een derde wil voorkomen dat hij nadelige gevolgen ondervindt van een vonnis.

Hoewel de wettekst het niet doet vermoeden, heeft de rechter een zekere beoordelingsmarge om te beslissen of de voeging dan wel tussenkost toegelaten moet worden, mede in het licht van de goede procesorde. Compliceert of vertraagt de voeging of tussenkost te zeer, dan kan de rechter de vordering afwijzen.³¹ De laatste jaren staat in de rechtspraak van de Hoge Raad, zo is althans mijn indruk, een ruimer gebruik van deze middelen ter bescherming van derden voorop; een afzonderlijke procedure, ‘die veelal tot vertraging aanleiding zal geven en gevaar voor tegenstrijdige beslissingen kan opleveren’, wordt zo voorkomen.³² Een van de voornaamste vereisten is dat de derde een feitelijk en voldoende belang heeft bij de uitkomst van de procedure.³³ De mogelijkheid dat de gedaagde partij na veroordeling regres heeft op een derde, brengt mee dat deze derde een belang heeft bij voeging teneinde de gedaagde te steunen in het verweer.³⁴ Hoofdelijke debiteuren die niet partij zijn, kunnen zich dus voegen met het oog op hun eigen, rechtens relevante belang. Een derde-debiteur kan bijvoorbeeld de zijde van de crediteur kiezen om er zeker van te zijn dat de hoofdelijke veroordeling van de procederende debiteur in stand blijft, zodat regres op deze debiteur mogelijk blijft.³⁵ Tussenkost impliceert dat de tussenkomende partij een eigen positie kiest; zij moet helder maken dat zij een vordering wenst in te stellen, tegen wie en waarom.³⁶

30 De verwijzing en voeging van zaken bedoeld in art. 220-222 Rv is een ander incident, dat hier buiten beschouwing kan blijven. Op grond van die bepalingen kan verwijzing van zaken tussen dezelfde partijen naar een andere rechter plaatsvinden en voeging (op vordering of ambtshalve) als de zaken verknocht zijn. Deze bepalingen scheppen dus niet de mogelijkheid om derden in de procedure te betrekken.

31 Voor wat betreft de onredelijke vertraging van de hoofdzaak besliste aldus HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:768, NJ 2015/206 (*Fiar c.s./Stichting De Thuiskopie c.s.*); Rueb et al. 2015, p. 230. Krans, noot sub 31-32 onder NJ 2015/206 noemt nog andere gronden voor afwijzing zoals misbruik van recht of het ontbreken van belang.

32 Aldus HR 14 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2833, NJ 2003/313 (*Cremers/Cremers*).

33 HR 14 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC6692, NJ 2008/168 (*Heijmans/Heijmans*).

34 Zie HR 22 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0612, NJ 1992/512 (*Oorthuizen/Huige en Staat*).

35 Vgl. HR 8 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8898, NJ 2001/55 (*Scob/BP en Apeldoorn*). Zie Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 46, die ook als belang noemt dat het gezag van gewijsde zich ook uitstrekt over de voegende partij.

36 Vgl. HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:768, NJ 2015/206 (*Fiar c.s./Stichting De Thuiskopie c.s.*). Voeging en tussenkost zijn niet per se hetzelfde (zie Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 47); in verband met hoofdelijkheid kan voeging bijv. betekenen dat een hoofdelijke mededebiteur de kant kiest van de aangesproken debiteur om de vordering van de crediteur te bestrijden, terwijl tussenkost kan betekenen dat de hoofdelijke mededebiteur vooral de regresverhoudingen vastgesteld wil zien.

7.3.2 Oproeping en vrijwaring

Er kan grond zijn voor oproeping van een derde in de procedure (ook wel: gedwongen tussenkomst) op grond van art. 30g Rv nieuw (art. 118 Rv). Het enkele feit van het bestaan van hoofdelijkheid is daarvoor onvoldoende. Is sprake van een ondeelbare rechtsverhouding, dan zal de eiser in de gelegenheid worden gesteld om de ontbrekende derden in het geding op te roepen.³⁷ Als de crediteur per abuis niet alle debiteuren heeft opgeroepen in de vorderingsprocedure, dan biedt art. 30g Rv nieuw (art. 118 Rv) de mogelijkheid aan de rechter om deze ‘vergeten’ gedaagden alsnog op te roepen.³⁸ De oproeping leidt ertoe dat de derde partij wordt in het geding, aan de zijde van eiser of gedaagde.³⁹ Of het de rechter ook is toegestaan om ambtshalve over te gaan tot oproeping van een derde die partij is bij een hoofdelijke rechtsbetrekking en waarvan hij het wenselijk acht dat deze meeprocedeert, is minder zeker.⁴⁰

Oproeping in vrijwaring (art. 210-216 Rv) geschiedt niet op initiatief van de rechter, maar op initiatief van één van de procespartijen.⁴¹ Deze legt aan zijn oproeping in vrijwaring ten grondslag dat hij er tegenover een derde recht op heeft om gevrijwaard te worden van een eventueel nadelig vonnis in de hoofdprocedure.⁴² De rechtsvordering is in deze opvatting een voorwaardelijke: als de gewaarborgde wordt veroordeeld in de hoofdprocedure, dan wenst hij het veroordelend vonnis in de vrijwaringszaak te kunnen benutten om de nadelige gevolgen van het vonnis af te wentelen op de waarborg. De materieelrechtelijke grondslag van de vrijwaringsvordering kan dus bijvoorbeeld het regresrecht van art. 6:10 BW zijn. De oproeping in vrijwaring (art. 210-216 Rv) leidt niet tot een driepartijenprocedure, maar tot een aparte (zij het aan de hoofdzaak accessoire) procedure van de betreffende partij in de hoofdzaak tegen een derde.⁴³ De vrijwaringsprocedure heeft dus niet tot gevolg dat het gezag van gewijsde in de hoofdzaak zich mede over de derde uitstrekt.⁴⁴ Wel wordt het risico van tegenstrijdige vonnissen verkleind, nu dezelfde rechter zich over twee verschillende rechtsbetrekkingen heeft uitgelaten.⁴⁵

37 Vgl. HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840, NJ 2013/290 (*Biek Holdings*).

38 Vgl. HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840, NJ 2013/290 (*Biek Holdings*).

39 Rueb et al. 2015, p. 221.

40 Weliswaar zijn er voorbeelden in de rechtspraak waarin oproeping zonder wettelijke grondslag (anders dan art. 118 Rv) is toegestaan, maar dat betreft vooral gevallen waarin partijen het initiatief daartoe kregen. Zie De Folter 2009, p. 200-202. Er zijn overigens zeker voorstanders van de invoering van een rechterlijke discretionaire bevoegdheid tot oproeping; zo Asser et al. 2003, p. 83-84, p. 166 e.v.

41 Zie over de rechterlijke toestemming tot oproeping in vrijwaring Rueb et al. 2015, p. 225-226.

42 Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 39.

43 Rueb et al. 2015, p. 227; Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 37, nr. 41. Wel kan de waarborg zich voegen in de hoofdprocedure, aldus HR 26 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0904, NJ 1993/613.

44 Gras 1994, p. 303; De Folter 1996*, p. 48.

45 Rueb et al. 2015, p. 228; Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 41.

7.4 NAAR EEN ALGEMENE OPROEPINGSBEVOEGDHEID?

Tot zover de initiatieven die partijen en derden kunnen ontplooiën. De rechter zelf heeft geen algemene bevoegdheid toegekend gekregen om, wanneer hem dat noodzakelijk lijkt in verband met een correcte afwikkeling van de hoofdelijkheid, derden in de procedure te betrekken. Dat is in bepaalde gevallen weinig bevredigend. Het zal daarom niet verbazen dat in het verleden wel is voorgesteld om de *exceptio*-figuur te vervangen door een rechterlijke oproepingsbevoegdheid. Gebruikmaking van deze bevoegdheid zou dan niet zozeer leiden tot niet-ontvankelijkheid van de crediteur, maar tot oproeping van de derde(n) om gedwongen deel te nemen aan het geding.⁴⁶ Het geding wordt dan voortgezet als een drie- of meerpartijenprocedure.

Aan de bevoegdheid tot oproeping van derden tot gedwongen deelname zijn naar mijn mening grote voordelen verbonden, maar er zijn helaas ook aanzienlijke nadelen te noemen. Meer partijen betekent immers meer stellingen, meer papier, meer bewijsaanbod en -opdrachten, meer comparities, meer getuigen et cetera. De procedure zal dus in dit opzicht meer tijd vergen. Bovendien wordt de rechterlijke arbeid er niet gemakkelijker op. Heeft de rechter bij een 'gewone' procedure al zijn handen vol aan twee partijen die elkaar bestrijden, bij een 'meerpartijenprocedure' zijn het ten minste drie partijen die elkaar mogelijk (geheel of gedeeltelijk) over en weer bestrijden. Hoe meer partijen, des te gecompliceerder het geding wordt. Bovendien is niet gegarandeerd dat met oproeping van alle bekende debiteuren een waterdichte procedure kan plaatsvinden. Achteraf kan blijken dat een tot dan toe onbekende debiteur ook tot het hoofdelijkheidsverband behoort.

Dit zijn grote bezwaren, maar de argumenten voor een algemene rechterlijke bevoegdheid tot oproeping van derden zijn mijns inziens overtuigend. Oproeping maakt het de rechter mogelijk om – anders dan bij vrijwaring – alle relevante rechtsverhoudingen in één en dezelfde procedure in onderlinge samenhang te beoordelen. Alle rechtsverhoudingen worden aldus door één en hetzelfde rechtscollege beoordeeld, hetgeen tegenstrijdigheden uitsluit; het gezag van gewijsde strekt zich mede over de derde uit. Dat kan tijdsparing opleveren, omdat geen vervolgpcedures behoeven te worden gevoerd.

Een voorbeeld: een chauffeur veroorzaakt een treinongeval door zijn vrachtwagencombinatie op een onbewaakte spoorwegovergang op een bedrijfsterrein tot stilstand te brengen. Stel dat in een rechtszaak tussen (de werkgever van) de vrachtwagenchauffeur en de benadeelde spoorwegmaatschappij de vraag rijst of het bedrijf waar de chauffeur naartoe reed, mede schuldig was aan de gevaarlijke situatie ter plaatse (en zo ja, voor wiens risico het aandeel van dat

46 Zie m.n. Wiersma 1952, p. 391 e.v.; Haardt 1971. Art. 9 lid 3 WAM en art. 7:954 lid 6 BW kennen een dergelijke oproeping.

bedrijf dan komt). Dan is er veel voor te zeggen om het betreffende bedrijf tot gedwongen deelname aan het geding op te roepen, om in één procedure de omvang van aansprakelijkheid en de regesplichten vast te stellen.⁴⁷

Oproeping is bijvoorbeeld ook wenselijk als de inzet van het geding is de uitleg van een clausule waarin volgens de stellingen van de crediteur de wederpartij en een derde zich jegens hem hoofdelijk verbonden hebben. Oproeping is dan zinvol, omdat daarmee de kans wordt uitgesloten dat in een eventueel vervolggeding tegen de derde een andere uitleg aan het beding wordt gegeven. Zo moet ook een borg om oproeping van de hoofdschuldenaar kunnen verzoeken. Aldus voorkomt de borg dat hij zelf wordt veroordeeld, waarna de hoofdschuldenaar jegens hem de juistheid van dit vonnis betwist. Oproeping is ook wenselijk als bijvoorbeeld een procedure wordt gevoerd met als inzet de vernietiging van een overeenkomst die in onverbrekelijk verband staat met een overeenkomst van een van de procespartijen met een derde. Vernietiging van de ene overeenkomst zou namelijk van rechtswege tot beëindiging van de andere overeenkomst kunnen leiden.⁴⁸

Het verdient kortom serieus overweging om een dergelijke oproepingsbevoegdheid in te voeren (of uit te bouwen op het bestaande fundament van art. 30g Rv nieuw (art. 118 Rv)). Een oproepingsbevoegdheid als hier bedoeld zou niet tot materiële wijziging van de hoofdelijkheidsfiguur behoeven te leiden. Volstaan zou mijns inziens kunnen worden met de invoering van een algemene rechterlijke bevoegdheid om – al dan niet op verzoek van één der partijen – derden in de procedure op te roepen, wanneer het ter voorkoming van tegenstrijdige vonnissen (noodzakelijk of) wenselijk en zinvol is dat het gezag van gewijsde zich ook over deze derde uitstrekt.⁴⁹

47 Vgl. de saga van HR 18 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0107, NJ 1988/350 (*Franzetti/Suikerunie*), HR 8 april 1988, ECLI:NL:HR:1988:AC0313, NJ 1988/659 (*Nederlandse Spoorwegen en Katuin/Franzetti*) en HR 29 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1941, NJ 1996/332 (*Franzetti/Suikerunie II*). Hoeveel tijd zou zijn bespaard wanneer de verschillende geschillen tussen enerzijds Franzetti en de Suikerunie en anderzijds Franzetti en de NS in één en dezelfde procedure zouden zijn afgehandeld? Klaassen 2001, p. 128 stelt overigens dat mijn voorbeeld geen hout snijdt omdat de hoofdelijke aansprakelijkheid nu juist onafhankelijk is. Beredeneerd vanuit partijautonomie begrijp ik de kritiek; ik verwijs naar de hoofdtekst voor de tegenargumenten.

48 Zie de rechtspraak inzake samenhangende rechtsverhoudingen waarbij het inroepen van een contractsbepaling of remedie in de ene rechtsverhouding onder omstandigheden doorwerkt naar de andere contractuele relatie, zoals het geval is bij doorwerking van de ontbinding van een huurkoopovereenkomst in de gelieerde financieringsovereenkomst (bijv. HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2555, NJ 1999/97 (*Jans/Fiat Credit Nederland*)). Vgl. ook HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4279, NJ 2000/307; HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3408, NJ 2012/496; HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3162, NJ 2012/60 (*AgfaPhoto*); HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4907 (*Eureco/Naeije*); HR 10 augustus 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4992, NJ 2012/486 (*Pocorni/Defam Financieringen*) en terughoudend HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1627, NJ 2015/2.

49 Zie reeds het pleidooi van Wiersma 1952, p. 391 e.v. De hier bepleite oproepingsbevoegdheid past goed in de visie van Asser et al. 2003 en Asser et al. 2006, en minder goed in de heersende opvattingen van bijv. Klaassen 2001*, p. 61; Klaassen 2001, p. 127; Harryvan 2012, p. 118 en de reactie van de minister van Justitie

Door de rechter te laten beslissen of oproeping wenselijk en zinvol is, kan deze de hem bekende betrokken belangen afwegen. Hij dient in zijn oordeel zwaar mee te laten wegen de overweging dat oproeping niet alleen tot vertraging, maar ook tot complicatie van de procedure kan leiden en tot verhoogde proceskosten. De rechter zal derhalve zuinig moeten omspringen met gebruik van zijn bevoegdheid, maar in bepaalde gevallen zijn er werkelijk zeer goede gronden voor oproeping.

7.5 GEWIJSDE ALS GEMEEN VERWEERMIDDEL TEGEN DE CREDITEUR

Het gewijsde heeft geen werking ten nadele van derden (art. 236 Rv), aangezien het beginsel van toegang tot het rechterlijk gehoor zulks verbiedt. Strikt genomen staat dit beginsel niet in de weg aan werking ten *voordele* van een derde. Gedacht kan worden aan een vonnis waarin de vordering jegens de ene debiteur op inhoudelijke gronden wordt afgewezen; kan een mededebiteur zich op dit gewijsde beroepen ter afwering van een vordering van de crediteur jegens hem? Het antwoord luidt ontkennend, omdat dit evenzeer strijd zou opleveren met het recht op rechterlijk gehoor. De crediteur die de ene debiteur in rechte aanspreekt, stemt zijn stellingen in de procedure en zijn proceshouding immers af op zijn wederpartij in de desbetreffende procedure. Hij procedeert tegen *déze* debiteur en niet ook tegen eventuele mededebiteuren, en daarom kunnen deze debiteuren geen rechten aan het vonnis ontleen.

In bepaalde gevallen is er echter wel het nodige te zeggen voor werking ten voordele van de derde. Echter, aangezien die gevallen veelal de beoordeling van rechtsfeiten betreffen die voor alle hoofdelijke verbintenissen relevant zijn, kan het efficiënt zijn om de rechter voor die gevallen de bevoegdheid toe te kennen om de derde(n) in het geding op te roepen. De derde(n) komt dan rechtstreeks beroep op het gewijsde toe. Het is echter onzeker of een dergelijke oproeping thans mogelijk is.⁵⁰ Daarom zal ik hierna aandacht besteden aan de vraag of het denkbaar is dat aan het gewijsde mede werking toekomt ten voordele van de andere debiteuren.

Voor het oude recht besliste de Hoge Raad in 1874 dat een vonnis waarin de vordering van de crediteur jegens een van de hoofdelijke debiteuren werd afgewezen, mede kon worden ingeroepen door de andere debiteur(en).⁵¹ Het vonnis leverde volgens de Hoge Raad een verweermiddel op “uit de aard der verbintenis” als bedoeld in art. 1323 BW (oud).

d.d. 5 februari 2007 (op Asser et al. 2006) in *Kamerstukken II* 2006/07, 30 951, nr. 1, p. 13. T.a.p. wordt weliswaar beloofd dat in het kader van het in elkaar schuiven van de dagvaardings- en verzoekschriftprocedure hierop zal worden teruggekomen, maar die belofte moet nog worden ingelost.

50 Zie daarover hetgeen in par. 7.4 werd gesteld.

51 HR 10 april 1874, W. 3714 (*Visser/Duker*).

Dit verweermiddel kon door elke hoofdelijke debiteur worden tegengeworpen.⁵² Het arrest is niet onbestreden gebleven; verschillende auteurs waren mijns inziens terecht van mening dat het gewijsde als zodanig niet het verweermiddel kan zijn, omdat de werking van het gewijsde op procesrechtelijke gronden tot de procespartijen beperkt is.⁵³ Juister is daarom, ook voor het oude recht, de zienswijze waarin het beroep van de derde op het gewijsde wordt gezien als een beroep op het gemene verweermiddel zoals dat in het gewijsde werd toegekend aan de eerste debiteur. Aan het eerdere gewijsde kunnen in dit verband hoogstens vermoedens, maar zeker geen onweerlegbare vaststellingen worden ontleend.

Een bepaling als art. 1323 BW (oud) kennen wij thans niet meer; het arrest uit 1874 is voor het thans geldende recht achterhaald. Naar geldend recht staat immers de zelfstandigheid van hoofdelijke verbintenissen centraal.⁵⁴ In het kader van de totstandkoming van de regeling van de hoofdelijkheid in het nieuwe BW werd dan ook voor wat betreft de derdenwerking van vonnissen zonder nadere toelichting verwezen naar de regeling van het gezag van gewijsde,⁵⁵ daarmee impliciet de verweermiddelgedachte van art. 1323 BW (oud) van de hand wijzend.

Hoewel dit erop wijst dat hoofdelijke debiteuren geen beroep toekomt op gunstige rechterlijke uitspraken gewezen in de zaak tegen hun mededebiteur(en), is daarmee niet gezegd dat geen enkele derdenwerking aan deze uitspraken toekomt. Maar derdenwerking van een vonnis is niet noodzakelijkerwijs hetzelfde als het toekennen aan een derde van een beroep op het gewijsde. Dat laatste zou namelijk betekenen dat men een vonnis waarin de vordering jegens de ene debiteur – om welke reden dan ook – niet slaagt, zonder meer toepast op de verhouding tussen de crediteur en de andere debiteur. In rechterlijke uitspraken kunnen vorderingen echter om uiteenlopende redenen worden afgewezen; door een afwijzend vonnis zonder meer als gemeen verweermiddel te betitelen, slaat men de crediteur wel heel snel zijn rechten uit handen. Zou men onder omstandigheden derdenwerking van het vonnis ten voordele van de derde willen aannemen, dan moet men in ieder geval de gronden van het vonnis bekijken: achtte de rechter zich niet bevoegd, werd de eiser niet-ontvankelijk verklaard, konden de feiten het bestaan van de beweerde verbintenis niet ondersteunen, of was de verbintenis misschien reeds nagekomen? De Hoge Raad heeft in 1968 in ieder geval beslist dat op een vonnis waarin de rechtsvordering tegen de ene debiteur wegens onvoldoende bewijs strandt, geen beroep kan worden gedaan door de

52 Vgl. ook HR 11 januari 1907, W. 8481 (*Van Lith/Van Limburg*). Zie over een en ander in kritische zin De Nerée tot Babberich 1923, p. 65 e.v., m.n. p. 74 e.v.

53 Diephuis 1890, p. 325, Korthals Altes 1933, p. 65. Ook in de meer recente literatuur werd het arrest uit 1874 verworpen of bleef het onvermeld. Zie Hofmann/Van Opstall 1948, p. 176 nt. 5, De Kok 1965, p. 25, p. 155, Asser/Rutten 1981, p. 108, Asser/Hartkamp 4-I 1992, nr. 104p en Gras 1994, p. 298 e.v. Aangenomen mag worden dat het arrest ook voor het oude recht niet langer juist was.

54 Zie uitgebreid hfdst. 3.

55 Parl. Gesch. Boek 6, p. 101.

andere debiteur; zelfs niet wanneer de vordering op deze andere debiteur mede afhankelijk is van het bestaan van de vordering van de crediteur op de eerste.

Het betrof in deze zaak een letselschadegeval, waarvoor de veroorzaker Van Kins door benadeelde Rietbroek in rechte werd aangesproken. Rietbroek werd in zijn eis niet-ontvankelijk verklaard omdat hij te weinig feiten had gesteld om de eis te ondersteunen. Vervolgens werd de vordering die Rietbroek had ingesteld tegen de werkgever van de veroorzaker ex art. 1403 BW (oud; thans: art. 6:170 BW) ook afgewezen, omdat deze in de opvatting van de rechter slechts kon slagen indien de vordering tegen Van Kins was toegewezen. De Hoge Raad casseert deze beslissing, en wel omdat:

“(…) voor toewijzing van de tegen de Gemeente [de werkgever, WvB] uit voornoemde hoofde ingestelde vordering niet noodzakelijk was, dat ook de vordering tegen van Kins werd toegewezen, en wel reeds hierom niet, omdat de door de Rb. (...) uitgesproken niet-ontvankelijkverklaring van de tegen van Kins ingestelde vordering hierop berustte, dat Rietbroek onvoldoende feiten had gesteld waaruit de schuld van van Kins zou kunnen worden afgeleid, en Rietbroek gerechtigd bleef om in de verdere loop van het geding tussen hem en de Gemeente alsnog feiten te stellen, waaruit de schuld van van Kins aan de aanrijding of botsing zou kunnen volgen; dat reeds op deze grond de beslissing van de Rb. over de door Rietbroek tegen van Kins ingestelde vordering (...) de Gemeente en Rietbroek in het tussen hen gevoerde geding niet bond (...)”⁵⁶

De gebrekkige bewijsvoering in de procedure tegen de ene debiteur kan derhalve worden ‘hersteld’ in een eventuele vervolprocedure tegen de andere debiteur. Annotator Drion voegt daar kort en bondig aan toe: “Zo heeft een beslissing tussen eiser en ondergeschikte ook geen gezag van gewijsde tussen eiser en werkgever. Met de materieelrechtelijke vraag of het voor aansprakelijkheid van de werkgever uit art. 1403 lid 3 nodig is, dat aan de vereisten voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de ondergeschikte is voldaan, heeft dit alles niets te maken.”⁵⁷

Hoofdelijkheid kan er dus toe leiden dat in meer dan twee instanties over dezelfde feiten wordt geprocedeerd. Dat is wellicht *de facto* een uitzondering op (of, zo men wil: schending van) het procesrechtelijk beginsel ‘ne bis in idem’, maar strikt juridisch geredeneerd is het dat niet: het is niet dezelfde verbintenis en het zijn niet dezelfde partijen over wie de rechter in een eventuele vervolprocedure oordeelt. Omarmt men, zoals ons rechtsstelsel

⁵⁶ HR 26 april 1968, NJ 1969/19 (*Rietbroek/Alkemade*).

⁵⁷ Drion 1969.

terecht doet, de zelfstandigheid van hoofdelijke verbintenissen, dan aanvaardt men ook dat een crediteur in voorkomende gevallen meermalen over dezelfde feiten kan procederen.

Dit alles staat er niet aan in de weg dat de rechter in een eventuele opvolgende procedure ‘vermoedens’ ontleent aan het eerdere vonnis. Men zou voor die gevallen kunnen zeggen dat het eerdere vonnis een zekere ‘reflexwerking’ heeft, die, afhankelijk van de inhoud en gronden van het vonnis, sterker of zwakker is.⁵⁸ Een dergelijke reflexwerking is onschuldig van aard; ze doet mijns inziens geen afbreuk aan het beginsel van hoor en wederhoor. Reflexwerking ten voordele van een derde behoort bijvoorbeeld tot de mogelijkheden wanneer de inhoud van het vonnis ook rechtstreeks relevantie heeft voor de andere verbintenis. Wordt in een rechtszaak op inhoudelijke gronden geoordeeld dat de hoofdschuldenaar geen wanprestatie heeft gepleegd, dan zou men eerder geneigd zijn om dit vonnis mede ten voordele van de borg te doen strekken dan wanneer de eis tegen de hoofdschuldenaar wegens gebrekkig bewijs van het bestaan van de verbintenis wordt afgewezen. Dit laatste ligt te minder voor de hand gezien het hiervoor genoemde arrest uit 1968.

Toegegeven moet worden dat de hier voorzichtig geopperde reflexwerking in ieder geval voor wat betreft de borgtocht haaks staat op de uitleg die, als vervolg op onder oud recht gewezen rechtspraak, door sommigen wordt gegeven aan art. 7:852 BW. In die (oudere) rechtspraak wordt aan de borg een beroep toegekend op het gewijsde tussen crediteur en hoofdschuldenaar, waarin de vordering jegens de hoofdschuldenaar is afgewezen.⁵⁹ Ik bestrijd de juistheid van deze benadering.⁶⁰ In de eerste plaats kan voor wat betreft art. 7:852 BW worden geconstateerd dat ook de borg de verweren van de hoofdschuldenaar inzake bestaan, inhoud of tijdstip van nakoming kan tegenwerpen aan de crediteur, omdat het mede zijn *eigen* verweren zijn. De borg verbindt zich namelijk voor het geval de hoofdschuldenaar tekortschiet in zijn verplichtingen; de in art. 7:852 BW bedoelde verweren zien op het ontbreken van deze tekortkoming en zij betreffen dus steeds ook een verweer van de borg. Dat de borg in een procedure hetzelfde materiële verweermiddel kan voeren als de hoofdschuldenaar in een eerdere procedure met succes had aangevoerd, is aldus beschouwd niet opzienbarend. Maar daarmee is niet gezegd dat het eerdere vonnis ook zonder meer gezag van gewijsde toekomt ten behoeve van de borg. Een zo sterke derdenwerking kan met name niet worden verklaard met een beroep op de afhankelijkheid van de borgtocht; de borg is immers evenmin gebonden aan een vonnis

58 Korthals Altes 1933, p. 64 e.v. gebruikt in dit verband reeds de term ‘reflexwerking’. Vgl. Boonekamp 2016, p. 52.

59 Zie in deze zin HR 10 april 1874, W. 3714 (*Visser/Duker*) en HR 1 december 1939, NJ 1940/445 (*Turfstrooiselfabriek ‘Klazienaveen’/Smit en NV Purit Maatschappij*); zie over een en ander De Nerée tot Babberich 1923, p. 72 e.v. Blomkwist 2012, p. 49, verwijzend naar De Gaay Fortman 1962, p. 186 sluit zich aan bij deze rechtspraak. Vgl. ook Asser/Kleijn 5-IV 1988, nr. 163.

60 Eender Asser/Van Schaick 7-VIII 2012, nr. 98.

waarin de eis tegen de hoofdschuldenaar werd *toegewezen*.⁶¹ Afhankelijkheid noodzaakt dus geenszins tot derdenwerking van het gezag van gewijsde. Mijns inziens moet in het proces tegen de borg zelfstandig worden beoordeeld of het eerdere vonnis in de zaak tegen de hoofdschuldenaar inhoudelijk juist was. Wordt het onjuist bevonden, dan kan de borg gewoon gehouden zijn om zijn verbintenis na te komen. Zijn regres ex art. 7:866 jo 6:10 BW op de hoofdschuldenaar wordt hierdoor niet benadeeld. Het gewijsde in de zaak tegen de hoofdschuldenaar kan niet als verweermiddel in de zin van art. 7:868 BW worden gezien, net zomin als het een verweermiddel in de zin van art. 6:11 BW oplevert. Wordt in de procedure van de crediteur jegens de borg het vonnis tegen de hoofdschuldenaar voor juist gehouden, dan kan de borg hier een verweer aan ontleen in de zin van art. 7:852 BW. Nogmaals: met derdenwerking van het gezag van gewijsde heeft dit weinig van doen.

7.6 DE REGRESPROCEDURE: ÉÉN TEGEN ÉÉN OF ALLEN?

De debiteur die de hoofdelijk verschuldigde prestatie heeft voldaan, kan op zijn mededebiteuren regres nemen, en wel in beginsel naar rato van hun interne draagplicht in de prestatie. Zie art. 6:10 BW.⁶² Wanneer er meer dan twee hoofdelijke debiteuren zijn, moet de regreszoekende debiteur kiezen om de andere debiteuren ofwel gelijktijdig in rechte te betrekken, ofwel één voor één. Stel dat van drie debiteuren A, B en C, de eerste de hoofdelijk verschuldigde prestatie verricht en deze vervolgens regres wil nemen op B. Zou een rechter geroepen worden te oordelen over de interne draagplicht van B, dan zal hij er niet aan ontkomen de draagplicht van B te relateren aan die van A én C. Zou hij de draagplicht namelijk slechts relateren aan die van A, dan zou hij geen verdeling naar rato van de interne, maar van de *onderlinge* draagplicht bewerkstelligen. In paragraaf 5.6 zagen we dat de rechter op grond van art. 6:10 BW in beginsel verdeling naar rato van de interne draagplicht dient te bewerkstelligen, en dus is hij gehouden om in de regresprocedure tussen A en B tevens uitspraken te doen over de draagplicht van C. C is echter niet gebonden aan enige van deze vaststellingen, noch tegenover B noch tegenover A. Aangenomen mag worden dat C zich vrijwillig kan voegen in de procedure tussen A en B.⁶³ Minder waarschijnlijk is dat C in vrijwaring kan worden geroepen, tenzij deze op grond van diens bijzondere rechtsverhouding met A of B heeft in te staan voor het uitblijven van een veroordelend vonnis.

Is C geen partij bij de procedure van A jegens C, dan bestaat het gevaar van tegenstrijdige, beter: beklemmende vonnissen. Stel, A krijgt een veroordelend vonnis jegens B waarin

61 HR 1 december 1939, NJ 1940/445 (*Turfstrooifabriek 'Klazienaveen'/Smit en NV Purit Maatschappij*), HR 25 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2716, NJ 1998/892 (*Haefner/ABN-Amro Bank*).

62 Vergelijk over het begrip *interne* draagplicht ook par. 5.6.2.

63 Over voeging zie par. 7.3.

de rechter uitging van A (1/4), B (1/4), C (2/4). In de procedure waarin A vervolgens C aanspreekt tot betaling van diens aandeel, wordt de verdeling A (1/3), B (1/3), C (1/3) vastgesteld. Volgens het eerste vonnis krijgt A bij een hoofdelijk verschuldigde som van 100, regres op B voor 25. Het vonnis gaat er voorts van uit dat A voor 25 draagplichtig is en C voor 50. Het vervolgvonnis geeft A echter slechts recht jegens C tot een bedrag van 33. Het tweede vonnis beklemt A in die zin dat hij uit hoofde van het eerste vonnis B slechts kan aanspreken voor 25 in plaats van 33 (het tweede vonnis bindt B niet!) en C uit hoofde van het tweede vonnis slechts voor 33 in plaats van 50. A draagt door deze twee vonnissen uiteindelijk $100 - (25 + 33) = 42$. Zou echter A C ook al in de eerste procedure hebben betrokken, dan zou hij slechts 25 hebben gedragen. In het geschetste voorbeeld is het A die als het ware beklemd raakt tussen twee vonnissen, maar het kan ook B zijn of C die er – ten voordele van A – bekaaid vanaf komt doordat het vonnis waarbij zij geen partij waren, een voor hen voordeliger draagplicht inhoudt.

Dit probleem van de beperkte reikwijdte van het gezag van gewijsde kan naar geldend recht door A slechts worden ondervangen door B en C *gezamenlijk* te dagvaarden. Aangenomen mag worden dat, hoewel A strikt genomen van B iets anders vordert dan van C (namelijk hun onderscheidenlijke en dus niet-identieke aandelen in de interne draagplicht), de zaak als één wordt behandeld. Het gezag van gewijsde strekt zich dan over de gehele interne verhouding van A, B en C uit.

Is niet A, maar bijvoorbeeld B er bekaaid vanaf gekomen doordat het vonnis waarbij B geen partij was, een voor hem voordeliger draagplicht inhoudt, dan is daar in lang niet alle gevallen iets aan te doen. Wordt B door het latere vonnis in de regreszaak tussen A en C 'benadeeld' ten opzichte van A, die eerst een regresvonnis jegens B had verkregen, dan zullen kracht en gezag van gewijsde van dit laatste vonnis in beginsel in de weg staan aan reparatie van dit 'nadeel'. Reparatie behoort alleen tot de mogelijkheden wanneer men wil aannemen – en er lijkt veel voor te pleiten – dat het B in dergelijke gevallen toegestaan is om bijvoorbeeld een actie uit ongerechtvaardigde verrijking tegen A in te stellen. Tegen een dergelijke actie pleit echter het gezag van het eerdere gewijsde tussen A en B; het lijkt onwaarschijnlijk dat in weerwil van dit gewijsde nadere betalingen gedaan moeten worden.

De actie uit ongerechtvaardigde verrijking kan B – afgezien van specifieke (contractuele) rechtsgronden voor vergoeding – overigens ook dienen bewijzen wanneer niet A maar C is 'bevoordeeld' ten nadele van B. Hiervoor is overigens wel een derde gang naar de rechter nodig; bovendien is nodig dat deze rechter ook nog eens de verdeling van de draagplicht wil overnemen zoals die in het eerdere vonnis jegens B werd vastgesteld.

7.7 AFSLUITENDE OPMERKINGEN

Daar waar het materiële recht, zoals bijvoorbeeld in het geval van hoofdelijkheid, in het teken staat van meerpaktenverhoudingen en derdenwerking van rechtsverhoudingen, botst het met het procesrechtelijk uitgangspunt van begrensde subjectieve werking van het gezag van gewijsde. Voor wat betreft werking van een rechterlijke uitspraak ten nadele van een derde vindt dit verklaring en rechtvaardiging in het recht op rechterlijk gehoor. Maar de combinatie van dit recht en het uitgangspunt van de autonomie van de procespartij kan er wel toe leiden dat derden ten onrechte niet worden betrokken in de processuele afwikkeling van een rechtsverhouding die materieelrechtelijk beschouwd meer dan twee partijen omvat. Tegenstrijdige vonnissen kunnen leiden tot beklemming van één der debiteuren.

Tegenstrijdige vonnissen zouden tot op zekere hoogte kunnen worden voorkomen als het burgerlijk procesrecht een rechterlijke bevoegdheid zou kennen om derden tot gedwongen deelname aan de procedure op te roepen. Naar thans geldend recht is zulks waarschijnlijk niet mogelijk. Zou in de toekomst wel sprake zijn van een dergelijke bevoegdheid, dan dient deze in voorkomende gevallen met beleid te worden gehanteerd. Beslist de rechter immers tot oproeping, dan zal de procedure (nog) gecompliceerder worden, zal vertraging het gevolg zijn en zullen partijen op extra kosten worden gejaagd. Deze kosten moeten zorgvuldig en gemotiveerd tegen de verwachte baten worden afgezet.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

ALI 2000

American Law Institute, *Restatement of the Law 3d - Torts: Apportionment of Liability*, St. Paul: American Law Institute 2000

Van Amsberg 1994

Y.G. van Amsberg, *Anspruchskonkurrenz, Cumul und Samenloop*, Frankfurt am Main 1994

Asser et al. 2003

W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken & I. Tzankova, *Een nieuwe balans – Interim-rapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003

Asser et al. 2006

W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken & I. Tzankova, *Uitgebalanceerd – Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006

Asser/De Boer 1* 2010

J. de Boer, *Asser Personen- en familierecht 1* (Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht)*, 18^e druk, Deventer: Kluwer 2010

Asser/Van Goudoever 1913

H. van Goudoever, *Asser Verbintenissenrecht 3 (Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht)*, 2^e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1913-1921

Asser/Hartkamp 4-I 1992

A.S. Hartkamp, *Asser Verbintenissenrecht 4 - I De verbintenis in het algemeen (Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht)*, 9^e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992

Asser/Hartkamp 4-I 1996

A.S. Hartkamp, *Asser Verbintenissenrecht 4 - I De verbintenis in het algemeen (Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht)*, 10^e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996

Asser/Hartkamp 6-I 2004

A.S. Hartkamp, m.m.v. C.H. Sieburgh, *Asser Verbintenissenrecht 6 - I – De verbintenis in het algemeen* (Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht), 12^e druk, Deventer: Kluwer 2004

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Asser Verbintenissenrecht 6 - I – De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte* (Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht), 14^e druk, Deventer: Kluwer 2012

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Asser Verbintenissenrecht 6 - II – De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte* (Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht), 14^e druk, Deventer: Kluwer 2013

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Asser Verbintenissenrecht 6 - III – Algemeen overeenkomstenrecht* (Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht), 14^e druk, Deventer: Kluwer 2014

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2011

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Asser Verbintenissenrecht 6 - IV – De verbintenis uit de wet* (Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht), 13^e druk, Deventer: Kluwer 2011

Asser/Kleijn 5-IV 1988

W.M. Kleijn, *Asser Bijzondere Overeenkomsten 5-IV Verbruikleen, altijddurende rente, bruikleen, bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, huurovereenkomst, spel en weddenschap* (Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988

Asser/Kortman, De Leede & Thunnissen 5-III 1994

S.C.J.J. Kortmann, L.J.M. De Leede & H.O. Thunnissen, *Asser Bijzondere overeenkomsten 5 - III – Overeenkomst van opdracht, arbeidsovereenkomst, aanneming van werk* (Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht), 7^e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994

Asser/Limburg 1905

J. Limburg, *Asser Verbintenissenrecht 3, eerste stuk (Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1905

Asser/Losecaat Vermeer 1939

P.A.J. Losecaat Vermeer, *Asser Verbintenissenrecht 3, eerste stuk: de verbintenis (Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1939-1948

Asser/Maeijer 5-V 1995

S. Maeijer, *Asser Bijzondere Overeenkomsten 5-V Maatschap, vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap, (Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht)*, 6^e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995

Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011

A.C. van Schaick, *Asser Procesrecht 2 – Eerste aanleg (Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht)*, Deventer: Kluwer 2011

Asser Procesrecht/Giesen 1 2015

I. Giesen, *Asser Procesrecht 1 – Beginselen van burgerlijk procesrecht (Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht)*, Deventer: Kluwer 2015

Asser/Rutten 1981

L.E.H. Rutten, *Asser Verbintenissenrecht 4-I De verbintenis in het algemeen (Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht)*, 6^e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981

Asser/Rutten 1983

L.E.H. Rutten, *Asser Verbintenissenrecht 4-III. De verbintenis uit de wet, (Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht)*, 6^e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983.

Asser/Van Schaick 7-VIII 2012

A.C. van Schaick, *Asser Bijzondere overeenkomsten 7 - VIII (Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht)*, Deventer: Kluwer 2012

Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014

T.F.E. Tjong Tin Tai, *Asser Bijzondere overeenkomsten 7 - IV (Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht)*, Deventer: Kluwer 2014

Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 2012

J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Asser Bijzondere overeenkomsten 7 - IX – Verzekering (Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht)*, Deventer: Kluwer 2012

Aubel 1976

C.P. Aubel, *Vrijwaring en verhaal*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1976

Baetsen & Jonk-van Wijk 2006

K. Baetsen & B.M. Jonk-van Wijk, 'Verjaring van de vordering ex art. 6:10 BW', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schadevergoeding* 2006/6, p. 179-184

Bakels 1959

H.L. Bakels, 'De aansprakelijkheid van de arbeider voor in zijn dienstbetrekking gemaakte fouten', *Nederlands Juristenblad* 1959, p. 865 e.v.

Von Bar & Clive 2010

C. von Bar & E. Clive (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)* Full Edition prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Volume 1, Oxford: Oxford University Press 2010

Bartman 2012

S.M. Bartman, 'Draagplicht en draagplichtverdeling bij concernfinanciering een kwestie van profijt of solidariteit? (HR 13 juli 2012; Janssen q.q./JVS Beheer)', *Ars Aequi* 2012, p. 830-836

Bartman et al. 2016

S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteyn & M. Olaerts, *Van het concern*, 9^e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2016

Bentele 2006

F. Bentele, *Gesamtsschuld und Erlass* (diss. Freiburg), Tübingen: Mohr Siebeck 2006

Bergervoet 2014

G.J.L. Bergervoet, *Borgtocht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014

Bessems 2010

J. Bessems, 'Samenloop van verzekeringen. Het onderlinge verhaal tussen verzekeraars ex art. 7:961 lid 3 BW', *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht* 2010/4, p. 152-160

Biegman-Hartogh 1971

A.M. Biegman-Hartogh, *Ongegronde verrijking* (diss. Leiden), Assen: Van Gorcum 1971

Bloembergen 1965

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965

Bloembergen 1976

A.R. Bloembergen, noot onder HR 10 oktober 1975, *Nederlandse Jurisprudentie* 1976/175

Blomkwist 2012

J.W.H. Blomkwist, *Borgtocht* (Mon. BW B78), 4^e druk, Deventer: Kluwer 2012

Boekraad 1997

G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1997

Bolt & Spier 1996

A.T. Bolt & J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (Handelingen NJV, 1996-I), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996

Booij 2003

J.A. Booij, *Aansprakelijkheid van bestuurders voor belastingschulden* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003

Van Boom 1995

W.H. van Boom, 'Toekomstige regresvorderingen', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 1995/6, p. 154-155

Van Boom 1996

W.H. van Boom, 'Kringloopgedachten: over de werking van contracten ten nadele van derden en het ontwijken van het eigen contract', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1996/6235, p. 615-620

Van Boom 1997

W.H. van Boom, 'Aansprakelijkheid naar rato van het veroorzakingsaandeel', in: W.H. van Boom et al. (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 135-152

Van Boom 1998

W.H. van Boom, 'Hoofdelijke verkeersaansprakelijkheid: regres naar gelijke delen?', *Nederlands Juristenblad* 1998/13, p. 608-609

Van Boom 1999

W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999

Van Boom 2000

W.H. van Boom, 'Mede-aansprakelijkheid, samenlopende schadeoorzaken, hoofdelijkheid (HR 24 december 1999, ECLI:NL:HR:AA4004, NJ 2000/351; Nugteren/Meskes)', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2000/5, p. 200-204

Van Boom 2000*

W.H. van Boom, 'Hoofdelijke productaansprakelijkheid, regres en insolventie', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2000, Fokkerspecial, p. 26-34

Van Boom 2000**

W.H. van Boom, *Verhaalsrechten van verzekeraars en risicodragers*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000

Van Boom 2003

W.H. van Boom, 'Meervoudige oorzaken, hoofdelijke aansprakelijkheid en toerekening naar redelijkheid', in: A. Hammerstein et al., *Causaliteit* (LSA Symposium), Den Haag: Vermande 2003, p. 89-103

Van Boom 2004

W.H. van Boom, 'Art. 7:910 in het wetsvoorstel massaschade: contractuele werking ten nadele van een derde?', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2004/6578, p. 384-387

Van Boom 2013

W.H. van Boom, 'Het ontstaansmoment en de verjaring van de regresvordering (HR 6 april 2012, LJN: BU3784; Van Aart en ASR Schadeverzekering/Achmea Schadeverzekeringen)', *Ars Aequi* 2013/1, p. 36-43

Van Boom 2016

W.H. van Boom, 'Van trappende paarden, overwaarde-arrangementen en regresvorderingen', in: T. Hartlief & M.G. Faure (red.), *De Spierbundel – de agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 161-173

Van Boom 2016*

W.H. van Boom, 'Kartelschade, hoofdelijke aansprakelijkheid en wetsvoorstel 34 490', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2016/7126, p. 949-952

Van Boom & Giesen 2001

W.H. van Boom & I. Giesen, 'Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen', *Nederlands Juristenblad* 2001, p. 1675-1685

Van Boom & Lindenbergh 2010

W.H. van Boom & S.D. Lindenbergh, 'Effectenlease: dwaling, zorgplicht en schadevergoeding', *Ars Aequi* 2010/3, p. 188-196

Van Boom & Vandenbogaerde 2009

W.H. van Boom & M. Vandenbogaerde, 'Pas Op! Borgtocht in bedrijf (Bras vs. Satisfactorie) – HR 6 juni 2008, LJN: BC8690', *Ars Aequi* 2009/9, p. 554-560

Boonekamp 2013

R.J.B. Boonekamp, *Onrechtmatige daad in groepsverband*, Deventer: Kluwer 2013

Boonekamp 2016

R.J.B. Boonekamp, 'Stelplicht en bewijslast (deel 1): de algemene regels en enige toepassingen in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2016/3, p. 47-52

Van Brakel 1948

S. van Brakel, *Leerboek van het Nederlandse Verbintenissenrecht, eerste deel*, 3^e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1948

Van Buchem-Spapens 1982

A.M.J. van Buchem-Spapens, *Pluraliteit van schuldenaren en hoofdelijke verbondenheid, pluraliteit van schuldeisers en alternatieve en voorwaardelijke verbintenissen*, Mon. Nieuw BW B-31, Deventer: Kluwer 1982

Van Buchem-Spapens & Pouw 2013

A.M.J. van Buchem-Spapens, Th.A. Pouw, *Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering*, 9^e druk, Deventer: Kluwer 2013

Cahen 2002

J.L.P. Cahen, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht (Pitlo Het Nederlands burgerlijk recht – Deel 4 Verbintenissenrecht)*, 9^e druk, Deventer: Kluwer 2002

Castermans 1996

A.G. Castermans, 'Regels voor regres', in: M.E. Franke et al. (red.), *Onrechtmatige daad, BW-krant jaarboek*, Zwolle: Gouda Quint 1996, p. 189-200

Chantepie & Latina 2016

G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code Civil*, Paris: Dalloz 2016

Chao-Duivis 2008

M.A.B. Chao-Duivis, 'Hoofdelijkheid in het bouwcontractenrecht', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2008/1, p. 3-9 (deel 1) en 2008/2, p. 101-108 (deel 2)

Clausing 1992

P. Clausing, 'Samenloop van aansprakelijkheidsverzekeringen; onderling regres; anticipatie op art. 7.17.2.24a Nieuw BW', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 1992/4, p. 147-149

Clavareau 1938

P.J.A. Clavareau, 'Meerdere veroordeelden bij aansprakelijkheid naar stand en fortuin', *Nederlands Juristenblad* 1938/18, p. 393-399

Cohen 1891

I.B. Cohen, *De invloed van het faillissement op de verplichtingen van hoofdelijke schuldenaren*, diss. Groningen 1891

Van Dam 1995

C.C. van Dam, 'Schadeverzekering naar komend recht', in: *Verzekering naar komend recht*, Preadvises voor de Vereniging 'Handelsrecht' en de Vereniging voor Verzekeringswetenschap, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995

Diephuis 1886

G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, deel X*, Groningen: Wolters 1886

Diephuis 1890

G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, deel XIII*, Groningen: Wolters 1890

Van Dijk 2008

Chr.H. van Dijk, 'Stuiving en verjaring: nog steeds veel onzekerheid?', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schadevergoeding* 2008/3, p. 141-153

Dissaux & Jamin 2015

N. Dissaux & Chr. Jamin, *Projet de Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – commentaire article par article*, Parijs: Dalloz 2015

Dommering-van Rongen 1991

L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid – Een nieuwe Europese Privaatrechtelijke regeling vergeleken met de produktenaansprakelijkheid in de Verenigde Staten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991

Dommering-van Rongen 1993

L. Dommering-van Rongen, 'Schadevergoeding en verzekering', in: *In volle zekerheid* (Van Wassenauer van Catwijk-bundel), Zwolle 1993

Drion 1961

H. Drion, 'Juridische problemen rondom de samenloop van aansprakelijkheidsverzekeringen', *Het Verzekerings-archief* 1961, p. 27-44

Drion 1969

H. Drion, noot onder HR 26 april 1968 (*Rietbroek/Alkemade*), *Nederlandse Jurisprudentie* 1969/19

Drucker 1890

H.L. Drucker, 'Naar aanleiding van eenige vonnissen uit den laatsten tijd over art. 1401 B.W.', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1890, p. 608

Duyvensz 2003

J.H. Duyvensz, *De redelijkheid van de exoneratieclausule* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003

Ehmann 2011

H. Ehmann, 'Gesamtschulden – Abschied von der Einheits-Gesamtschuld?', *Archiv für die civilistische Praxis* 2011, p. 491-529

Van Emden & Van Emden 2014

E.L.A. van Emden & E.A.L. van Emden, *Bankgarantie*, 7^e druk, Deventer: Kluwer 2014

Engelhard 2003

E.F.D. Engelhard, *Regres – een onderzoek naar het regresrecht van particuliere en sociale schadedragers* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2003

Engelhard & Koudstaal 2015

E.F.D. Engelhard & I. Koudstaal, 'Directe actie en gevolg van erkenningen', in: M.L. Hendrikse et al. (red.), *Verzekeringsrecht*, 4^e druk, Deventer: Kluwer 2015, p. 471-498

Van Erp 1991

R.H. van Erp, 'De regeling omtrent hoofdelijkheid in het Nieuw BW', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1991/6002, p. 257-262

Faber 1995

N.E.D. Faber, 'Enige beschouwingen over het ontstaan van regresvorderingen', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 1995, p. 35-40

Faber 2005

N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005

Feith 1891

R. Feith, 'Over: E.W. Insinger, De wisselvordering in de faillissementen der wisseldebiteuren; Rechten van den houder en van betaald hebbende endossanten bij faillissement van het wisselpersoneel', *Themis* 1891, p. 310-345

Van der Feltz 1897

G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de wet op het faillissement*, 2e deel, Haarlem 1897

Foerste & Von Westphalen 2012

U. Foerste & F. Graf von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch*, 3^e druk, München: Beck 2012

De Folter 1996

M.O.J. de Folter, 'Artikel 12a BRv: de geruisloze entree van een controversiële wetsbepaling', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1996/6216, p. 201-205

De Folter 1996*

M.O.J. de Folter, 'Vrijwaring en gedwongen tussenkomst: spiegelbeeld van deelnemingsvormen', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 1996, p. 44-50

De Folter 2009

M.O.J. de Folter, *Vrijwaring en interventie*, Deventer: Kluwer 2009

Frenk 2006

N. Frenk, *Naar echte eigen schuld? Over toerekening aan de benadeelde in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht* (oratie VU), Amstelveen: deLex 2006

Friedmann & Cohen 1991

D. Friedmann & N. Cohen, 'Adjustment among multiple debtors', in: P. Schlechtriem (red.), *Restitution - unjust enrichment and negotiorum gestio*, *International Encyclopedia of Comparative Law* X, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck); Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers 1991, hoofdstuk 11, p. 6-92

De Gaay Fortman 1962

W.F. de Gaay Fortman, *Op welke wijze dient de wet de overeenkomst van borgtocht te regelen?* (preadvies NJV), *Handelingen Nederlandse Juristen Vereniging* 1962-I, p. 175-219

Giesen 2005

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005

Gras 1992

E. Gras, 'Processuele ondeelbaarheid', in: *Te Pas* (Stein-bundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 183-199

Gras 1994

E. Gras, *Kracht en gezag van gewijsde* (diss. UvA), Arnhem: Gouda Quint 1994

Van der Grinten 1986

W.C.L. van der Grinten, 'Boekbespreking Mr C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, deel I: De verbintenis in het algemeen volgens het Nieuw Burgerlijk Wetboek, zevende druk, bewerkt door Mr A.S. Hartkamp', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1986, p. 46-52

Groefsema 1997

L. Groefsema, reactie op 'Kringloopgedachten: over de werking van contracten ten nadele van derden en het ontwijken van het eigen contract', WPNR 1996/6235, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1997/6260, p. 160

Haardt 1971

W.L. Haardt, *Onsplitsbaarheid, preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, jaarboek XII 1969-1970*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971

Harryvan 2012

G.J. Harryvan, *Exceptio plurium litis consortium – Het verweer dat niet alle noodzakelijke partijen in het geding zijn betrokken*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2012

Hartkamp 1974

A.S. Hartkamp, 'Het begrip leveringstitel', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1974/5267, p. 375-383

Hartkamp 2001

A.S. Hartkamp, 'Ongerechtvaardigde verrijking naast overeenkomst en onrechtmatige daad (II)', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2001/6441, p. 327-334

Hartlief 1996

T. Hartlief, *Collectivering en institutionalisering van regres: instrumenten voor kostenbeheersing*, Den Haag: Verbond van Verzekeraars 1996

Hartlief 2006

T. Hartlief, 'Onkruidverdelging bij de lelieteelt: reflexwerking van risicoaansprakelijkheid (HR 2 december 2005, LJN: AU5661, NJ 2006, 444)', *Ars Aequi* 2006/12, p. 899-906

Hartlief 2015

T. Hartlief, 'Schadevergoedingsrecht' (hoofdstuk 9), in: J. Spier et al., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Studiereeks burgerlijk recht deel 5)*, 7^e druk, Deventer: Kluwer 2015, p. 243-330

Hartlief & Tjittes 1990

T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, *De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid, preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 1990*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1990

Hartlief & Tjittes 1999

T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid*, 2^e druk, Deventer: Kluwer 1999

Hijma 2006

J. Hijma, noot onder HR 4 juni 2004 (Camerling/Heerlen), *Nederlandse Jurisprudentie* 2006/323

Hofmann 1932

L.C. Hofmann, *Het Nederlandsch verbintenissenrecht, eerste deel: de algemene leer der verbintenissen*, 2^e druk, Groningen 1932

Hofmann/Van Opstall 1948

L.C. Hofmann, bew. S.N. van Opstall, *Het Nederlands verbintenissenrecht, eerste deel: de algemene leer der verbintenissen*, 7e druk, Groningen: Wolters 1948

Hofmann/Van Opstall 1959

L.C. Hofmann, bew. S.N. van Opstall, *Het Nederlands verbintenissenrecht, eerste deel: de algemene leer der verbintenissen*, 8^e druk, Groningen: Wolters 1959

Hofmann/Van Opstall 1976

L.C. Hofmann, bew. S.N. van Opstall, *Het Nederlands verbintenissenrecht, eerste deel: de algemene leer der verbintenissen*, 9^e druk, Groningen: Wolters 1976

Hugenholz/Heemskerk 2015

W. Heemskerk, *Hugenholtz/Heemskerk Hoofddlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 24^e druk, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2015

Van Hugenpoth tot den Beerenclauw 1890

J.B.W. van Hugenpoth tot den Beerenclauw, *De gevolgen van borgtocht tusschen den schuldeischer en den borg* (diss.), Leiden: Somerwil 1890

Insinger 1888

E.W. Insinger, *Rechten van den houder en van betaald hebbende endossanten bij faillissement van het wisselpersoneel* (diss. UvA), Amsterdam: J. de Jong 1888

De Jong et al. 2014

G.T. de Jong, H.B. Krans & M.H. Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen (Studiereeks Burgerlijk Recht deel 4)*, 4^e druk, Deventer: Kluwer 2014

Jongeneel 2010

R.H.C. Jongeneel, 'Aansprakelijkheidsbeperking', in: B. Wessels et al. (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 313-351

Kamphuisen 2005

J.G.C. Kamphuisen, 'De directe actie', in: P.J.M. Drion et al. (red.), *Het nieuwe verzekeringsrecht: Titel 7.17 belicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 181-220

Keirse 2003

A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht – Over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003

Keirse & Jongeneel 2013

A.L.M. Keirse & R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid* (Mon. Privaatrecht 16), Deventer: Kluwer 2013

Van Kessel 2013

H.M. van Kessel, 'Schikkingsperikelen bij hoofdelijke verbondenheid', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2013/4, p. 93-104

Kist 1861

H.J. Kist, *Over verbindtenissen, die uit onregmatige daad ontstaan, volgens art. 1401 en 1402 BW*, diss. Leiden 1861

Klaassen 1995

C.J.M. Klaassen, 'Enkele opmerkingen over het regresrecht van de borg na het faillissement van de hoofdschuldenaar', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1995/6201, p. 757-760

Klaassen 1998

C.J.M. Klaassen, 'Hoofdelijkheid of borgtocht, wat zal het wezen?', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1998/6316, p. 347-351

Klaassen 2001

C.J.M. Klaassen, 'Boekbespreking W.H. van Boom, Hoofdelijke verbintenissen', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2001/4, p. 125-127

Klaassen 2001*

C.J.M. Klaassen, 'Het burgerlijk procesrecht en de waarheidsvinding', in: C.P.M. Cleiren et al. (red.), *Het procesrecht en de waarheidsvinding* (NVvP-reeks nr. 13), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 47-71

Klaassen 2002

C.J.M. Klaassen, '10 jaar hoofdelijkheid en borgtocht naar "NBW"', in: S.C.J.J. Kortmann, C.J.H. Jansen & G. van Solinge (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 659-702

Knap 1925

H.W. Knap, *Subrogatie en verhaal op mede-schuldenaren*, diss. Groningen 1925

De Kok 1965

H.G.F.M. de Kok, *Het regres* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1965

De Kok 1976

H.G.F.M. de Kok, 'Een commentaar bij de Memorie van Antwoord voor Boek 6 NBW Titel 2. Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen volgens het gewijzigd ontwerp', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1976/5365, p. 631-633

De Kok 1990

H.G.F.M. de Kok, Regres en hoofdelijkheid in het Nieuw BW, *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1990/2, p. 37-41

De Kok 1991

H.G.F.M. de Kok, 'Regres en omslag in het NBW', in: W.C.L. van der Grinten (red.), *Onderneming en nieuw burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991

Koops 2009

E. Koops, 'Het ontstaansmoment van borgenregres', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2009/3, p. 116-124

Koops 2010

E. Koops, *Vormen van subsidariteit – Een historisch-comparatistische studie naar het subsidariteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010

Körner 2016

J. Körner, *Die Gesamtschuld im europäischen Kartellbußgeldrecht – Voraussetzungen und Wirkungen* (diss. Mainz), Köln: Carl Heymanns Verlag 2016

Korthals Altes 1933

R. Korthals Altes, *Borgtocht naar hedendaagsch Nederlandsch recht*, diss. UvA 1933

Korthals Altes 1987

A. Korthals Altes, 'Brandstichtende partners', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1987, p. 117-122

Korthals Altes 1987*

A. Korthals Altes, 'Wordend verzekeringsrecht. Vaststellingswet titels 7.17 en -18 Nieuw BW', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1987/19, p. 8-15

Kortmann 1996

J. Kortmann, 'Ondeelbaarheid en hoofdelijkheid; een ongelukkig huwelijk', *Ars Aequi* 1996, p. 6-15

Kortmann 2010

J. Kortmann, 'Collective settlements' en individuele schikkingen door hoofdelijk aansprakelijke debiteuren', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2010/3, p. 1167-1177

Kortmann & Faber 1995

S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet, Wetswijzigingen*, deel 2-III, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995

Köster 1971

H.K. Köster, 'Regresrecht van de verzekeraar?', *Het Verzekerings-archief* 1972, p. 93-148

Krans 1999

H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999

Kruithof 1986

R. Kruithof, De aard van de buitencontractuele verbintenis tot herstel van de geleden schade bij pluraliteit van aansprakelijken, in: G. Baert et al. (red.), *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel: Story-Scientia 1986, p. 623-640

Kuhlmann 2005

J. Kuhlmann, *Rückgriffsgrundlagen bei Gesamtschuld, Bürgschaft und Schadensversicherung in Deutschland, England und Schweden – Ein Beitrag zum europäischen Privatrecht* (diss. Humboldt-Universität Berlin), Berlin: BWV 2005

Kunneman 1994

F.B.M. Kunneman, *De Gordiaanse knoop van eigen schuld en medeschuld*, oratie UNA 1994

Land 1879

N.K.F. Land, 'Het recht op vergoeding des wissels bij faillissement der wisselteekenaars', *Themis* 1879, p. 181-207

Land 1892

N.K.F. Land, *Verklaring van het burgerlijk wetboek, 3^e deel, 1^e stuk*, Haarlem 1892

Limburg 1892

J. Limburg, 'Over Academische literatuur – P.H. Loeff, "Hoofdelijke verbintenissen volgens het Nederlandsche recht"', Proefschrift, *Weekblad van het Recht* 1892/6138, p. 4

Linck 2013

M.R.J. Linck, '(On)zekerheid voor regres- een subrogatievorderingen na ASR/Achmea', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2013/6957, p. 7-14

Loeff 1891

P.H. Loeff, *Hoofdelijke verbintenissen volgens het Nederlandsche recht* (diss. UvA), 's-Hertogenbosch: C.N. Teulings 1891

Lubach 2005

R.D. Lubach, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2005

Malaurie et al. 2013

P. Malaurie, L. Aynès & P. Stoffel-Munck, *Les obligations* (Droit Civil), 6^e druk, Parijs: LGDJ 2013

Markesinis et al. 2006

B. Markesinis, H. Unberath & A. Johnston, *The German Law of Contract – A Comparative Treatise*, 2^e druk, Oxford: Hart Publishing 2006

Medicus & Lorenz 2010

D. Medicus & S. Lorenz, *Schuldrecht I – Allgemeiner Teil*, 17^e druk, München: Beck 2010

Medicus & Lorenz 2014

D. Medicus & S. Lorenz, *Schuldrecht II – Besonderer Teil*, 17^e druk, München: Beck 2014

Meier 2007

S. Meier, 'Mehrheit von Schuldern (§ 420-432-I)', in: M. Schmoeckel, J. Rückert & R. Zimmermann (red.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB – Band II Schuldrecht: Allgemeiner Teil 2. Teilband §§ 305-432*, Tübingen: Mohr Siebeck 2007, p. 2390-2574

Meier 2010

S. Meier, *Gesamtschulden – Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, Tübingen: Mohr Siebeck 2010

Meier 2011

S. Meier, 'Schuldnermehrheiten im europäischen Vertragsrecht', *Archiv für die civilistische Praxis* 2011, p. 435-490

Meijers 1921

E.M. Meijers, onderschrift arrest HR 18 juni 1920 (NJ 1920/797), *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1921/2667, p. 63-64

Meijers 1948

E.M. Meijers, *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht (Algemene Leer van het burgerlijk recht, deel I)*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948

Meijers 1958

E.M. Meijers, *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht (Algemene Leer van het burgerlijk recht, deel 1)*, 2^e druk, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1958

Mignot 2002

M. Mignot, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit prive français* (Thèse Bourgogne), Paris: Dalloz 2002

Molengraaff 1891

W.L.P.A. Molengraaff, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1891, p. 552 e.v.

Molengraaff 1898

W.L.P.A. Molengraaff, *De Faillissementswet*, 's-Gravenhage: Belinfante 1898

Van der Moolen 2007

F.H.E. van der Moolen, 'Enige opmerkingen over het verhaalsrecht bij samenloop van verzekeringen (art. 7:961 lid 3 BW)', *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht* 2007/5, p. 198-202

Van der Moolen 2008

F.H.E. van der Moolen, 'Enige opmerkingen over het verhaalsrecht bij samenloop van verzekeringen (art. 7:961 lid 3 BW), deel II', *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht* 2008/3, p. 114-117

Nap 1908

J.M. Nap, 'Art. 1318, eerste lid, Burg. Wetb.', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1908, p. 276-293

Nass & Nass 2014

A. Nass & E. Nass, 'De vordering uit hoofde van een 403-verklaring', *Ondernemingsrecht* 2014/17, p. 735-742

Van Neer-van den Broek 1986

J.M.H.P. van Neer-van den Broek, 'Artikel 6.1.2.1. (De Memorie van Antwoord op de Invoeringswet boeken 3,5 en 6 Nieuw BW (wijzigingen van boek 6) en aanverwante wetgevingsstukken, onder redactie van prof. mr. J.B.M. Vranken en prof. mr. H.C.F. Schoor-dijk)', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1986/5787, p. 384-386

Van Neer-van den Broek 1988

J.M.H.P. van Neer-van den Broek, 'Enige gedachten over hoofdelijkheid, omslag en regres', in: M.J.G.C. Raaijmakers et al. (red.), *Handelsrecht tussen 'Koophandel' en Nieuw BW*, Deventer: Kluwer 1988

De Nerée tot Babberich 1923

F.J.W.M. de Nerée tot Babberich, *De rechtsband tusschen hoofdelijke schuldenaren* (diss. Leiden), Leiden: Vilders 1923

Nieuwenhuis 1987

J.H. Nieuwenhuis, 'Alternatieve causaliteit en aansprakelijkheid naar marktaandeel', in: *Produktenaansprakelijkheid*, preadvies VBR 1987, Lelystad: Vermande 1987

Von Olshausen 1988

E. von Olshausen, *Gläubigerrecht und Schuldnerschutz bei Forderungsübergang und Regreß*, Keulen 1988

Oostwouder 1996

W.J. Oostwouder, *Management buy out* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1996

Ophof 1983

H.P.J. Ophof, 'Problemen met hoofdelijke aansprakelijkheid in concernverband', *Nederlands Juristenblad* 1983, p. 1192-1194

Ophof 1984

H.P.J. Ophof, *Bank- en effectenbedrijf* 1984, p. 319-348

Ophof 1987

H.P.J. Ophof, *Hoofdelijke aansprakelijkheid: solidariteit of apartheid?*, oratie VU 1987

Opzoomer V 1879

C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard*, vijfde deel, Amsterdam: J.H. Gebhard 1879

Opzoomer XI 1886

C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard*, elfde deel, eerste aflevering, 's-Gravenhage 1886

Parl. Gesch. Aanpassing BW

W.H.M. Reehuis, E.E. Slob & C.J. van Zeben (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6. Aanpassing Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1991

Parl. Gesch. Boek 6

C.J. van Zeben et al. (red.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, boek 6 algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981

Parl. Gesch. Boek 6 Inv.

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob (red.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, invoering boeken 3, 5 en 6: boek 6 algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990

Parl. Gesch. Boek 7

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob (red.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 7. Bijzondere overeenkomsten, Titels 1, 7, 9 en 14*, Deventer: Kluwer 1991

Parl. Gesch. Inv. Wijziging

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob (m.m.v. J.B. Rijpkema) (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6. Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de Rechterlijke Organisatie en de Faillissementswet*, Deventer: Kluwer 1992

Pels Rijcken 1962

L.D. Pels Rijcken, *Op welke wijze dient de wet de overeenkomst van borgtocht te regelen?*, preadvies Nederlandse Juristen Vereniging, Handelingen 1962-I

Du Perron 1995

C.E. du Perron, 'Borgtocht', in: A.L. Croes et al. (red.), *Bijzondere overeenkomsten (Pitlo – Het Nederlands burgerlijk recht – Deel 6)*, 9^e druk, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 347-380

Pierson 1941

H.D. Pierson, *De subrogatie in het burgerlijk recht* (diss. Utrecht), Utrecht: Kemmink en zoon 1941

Pitlo-Bolweg 1979

A. Pitlo & M.F.H.J. Bolweg, *Het Nederlands burgerlijk wetboek, deel 3, Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, 8^e druk, Arnhem: Gouda Quint 1979

Polak 1972

N.J. Polak, *Faillissement en surséance van betaling*, 7^e druk, Groningen 1972

Polak & Van Mierlo 1998

M.V. Polak & A.I.M. van Mierlo, *Verstreking van zekerheden aan internationale syndicaten*, 2^e druk, Amsterdam: NIBE 1998

Raaijmakers 2014

J.H.P.M. Raaijmakers, *Aansprakelijkheid in belastingzaken*, 4^e druk, Deventer: Kluwer 2014

Rijken 1983

G.J. Rijken, *Exoneratieclausules* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1983

Robben 1993

C.P. Robben, *De action directe en de Wet Aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen* (diss. Tilburg), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 1993

Rongen 1998

M.H.E. Rongen, 'Securitisatie en vermogensafzondering van vorderingsrechten op naam', in: S.C.J.J. Kortmann et al. (red.), *Onderneming en effecten*, Deventer 1998, p. 419-467

Rueb et al. 2015

A.S. Rueb, E. Gras & A.W. Jongbloed, *Stein/Rueb Burgerlijk procesrecht*, 20^e druk, Deventer: Kluwer 2015

Ruitenbeek-Bart 2013

F.M. Ruitenbeek-Bart, 'Familieverweer (art. 7:962 lid 3 BW) beperkt ook regres op medeaansprakelijke', *Tijdschrift Vergoeding Personenschade* 2013/2, p. 48-50

Rutten 1984

L.E.H. Rutten, 'Regresproblemen bij de sterfhuisconstructie', in: E.A.A. Luijten et al. (red.), *Goed en Trouw* (Van der Grinten-bundel), Zwolle 1984, p. 515-529

Von Savigny 1851

F.K. von Savigny, *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts*, Band I, Berlin: Veit 1851

Van Schaick 2012

A.C. van Schaick, 'Het glibberige pad van de verjaring van de regresvordering', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2012/10, p. 420-430

Schmieder 2009

P. Schmieder, 'Die gestörte Gesamtschuld – ein Normenkonflikt', *JuristenZeitung* 2009/4, p. 189-194

Scholten 1926

P. Scholten, annotatie van HR 30 oktober 1925, *NJ* 1926, 157 (NV Van Nieuvelt Goudriaan & Co's Stoomvaartmaatschappij/Compagnie Auxiliaire de Navigation & Volker)

Schooneveld & Van IJsselsteijn 1866

M. Schooneveld & N.J. van IJsselsteijn, *Het wetboek van strafregt*, 3^e druk, Amsterdam 1866

Schoordijk 1967

H.C.F. Schoordijk, 'Boekbeschouwing H.G.F.M. de Kok, *Het regres* (diss.)', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1967, p. 113-119

Schoordijk 1967*

H.C.F. Schoordijk, 'Regres en subrogatie naar wordend recht', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1967, p. 147-165

Schoordijk 1979

H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het nieuw burgerlijk wetboek*, Deventer: Kluwer 1979

Schoordijk 1984

H.C.F. Schoordijk, 'Boekbespreking Mr. C. Assers Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, "Verbintenissenrecht", deel I: De verbintenis in het algemeen volgens het nieuwe burgerlijke wetboek, bewerkt door mr. A.S. Hartkamp', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1984/5707, p. 484-491

Schoordijk 2003

H.C.F. Schoordijk, 'Hoofdelijkheid in het algemeen en de 2:403 lid 1 sub f verklaring in het bijzonder', in: M.J.G.C. Raaijmakers (red.), *Trust en onderneming* (Opstellen aangeboden aan C.Æ. Uniken Venema t.g.v. zijn 80e verjaardag), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 59-82

Schuijling 2016

B.A. Schuijling, *Levering en verpanding van toekomstige goederen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2016

Schwartz 2010

V.E. Schwartz, *Comparative negligence*, 5^e druk, San Francisco: LexisNexis 2010

Segers 1920

C.O. Segers, 'Opmerkingen omtrent hoofdelijke aansprakelijkheid bij onrechtmatige daden', *Themis* 1920, p. 392-403

Simons 1902

D. Simons, 'Ons burgerlijk delictsrecht', *Themis* 1902, p. 6-92

Smeehuijzen 2008

J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008

Smeehuijzen 2011

J.L. Smeehuijzen, 'De vijfjaarstermijn van art. 3:310 BW bij (i) de fout van een adviseur, (ii) regres bij hoofdelijkheid, (iii) toekomstige schade en (iv) onrechtmatige strafvervolgning', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2011/2, p. 74-86

Smeehuijzen 2012

J.L. Smeehuijzen, 'Ongelukkig HR 6 april 2012 (verjaring bij hoofdelijkheid) illustreert behoefte aan duidelijk normatief perspectief op verjaringsrecht', *Verkeersrecht* 2012/12, p. 442-453

Snijders 1973

W. Snijders, 'Samenloop van wetsbepalingen in het nieuwe B.W.', in: J.F. Glastra van Loon, R.A.V. van Haersolte & J.M. Polak (red.), *Speculum Langemeijer – 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 453-471

Snijders 1992

W. Snijders, 'Regres en omslag bij hoofdelijkheid', in: E.H. Hondius et al. (red.), *Quod Licet* (Kleijn-bundel), Deventer 1992, p. 375-387

Snijders et al. 2011

H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, 5^e druk, Deventer: Kluwer 2011

Spier 1982

J. Spier, 'Het derde misbruikontwerp', *Nederlands Juristenblad* 1982, p. 231-232

Spier 1984

J. Spier, 'Zwarte Pieten en art. 6.1.9.8. lid 2', *Nederlands Juristenblad* 1984, p. 1109

Spier 1991

J. Spier, noot onder Hof Amsterdam 22 november 1990, *Tijdschrift voor Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht* 1991, p. 38-44

Spier 1992

J. Spier, *Schadevergoeding; algemeen*, deel 3, Mon. Nieuw BW B-36, Deventer: Kluwer 1992

Spier 1996

J. Spier, annotatie van HR 15 maart 1996, NJ 1996/435 (Ateliers Belges Réunis/Kuijt), *Aansprakelijkheid & Verzekering* 1996/5, p. 103-105

Spier 1997

J. Spier, 'Asbestslachtoffers', *Aansprakelijkheid & Verzekering* 1997, p. 60-62

Spierings 2016

C. Spierings, *De eenzijdige rechtshandeling* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2016

Stadermann 2005

F. Stadermann, 'Samenloop van verzekeringen', in: P.J.M. Drion et al. (red.), *Het nieuwe verzekeringsrecht: Titel 7.17 belicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 159-166

Stein 1990

P.A. Stein, noot onder HR 6 oktober 1989, *Nederlandse Jurisprudentie* 1990/184

Streefkerk 2013

C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Monografieën Nieuw Burgerlijk Wetboek B-32b), Deventer: Kluwer 2013

Suijling 1936

J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht, tweede stuk – tweede gedeelte*, 2^e druk, Haarlem: De Erven F. Bohn 1936

Terré et al. 2013

F. Terré, P. Simler & Y. Lequette, *Droit Civil – Les obligations*, 11^e druk, Parijs: Dalloz 2013

Tervoort 2013

A.J.S.M. Tervoort, *Het bestuursverbod bij de commanditaire vennootschap* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2013

Tervoort 2015

A.J.S.M. Tervoort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht*, Deventer: Kluwer 2015

Tjittes

R.P.J.L. Tjittes, *Afstand van recht* (Monografieën Nieuw Burgerlijk Wetboek A-6a), Deventer: Kluwer 1992

Le Tourneau-Cadiet 1996

P. le Tourneau & L. Cadiet, *Droit de la Responsabilité*, Parijs: Dalloz 1996

Valk 1988

W.L. Valk, 'Kwijtschelding en hoofdelijke verbondenheid. Rechtsverfijning', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1988, p. 135-137

Vandenbogaerde 2015

M. Vandenbogaerde, *Pluraliteit van schuldenaars bij verbintenissen* (diss. Leuven), Brugge: die Keure 2015

Veegens-Oppenheim-Polak 1934

D.J. Veegens, A.S. Oppenheim & C.H.F. Polak, *Schets van het Nederlandsch burgerlijk recht, deel III, verbintenissen, bewijs en verjaring*, 4^e druk, Haarlem: W.E.J. Tjeenk Willink 1934

Verdaas 2014

A.J. Verdaas, 'Nadere beschouwingen over het ontstaan van regresvorderingen', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2014/3, p. 8-13

Verloop 1985

P.J.P. Verloop, 'Regresproblemen in het sterfhuis', *De Naamloze Vennootschap* 1985/63(1), p. 11-15

Verloop 1991

P.J.P. Verloop, 'Leveraged buy out verboden steun en regres', in: *De Bankier als Jurist tegen wil en dank* (Langman-bundel), Deventer: Kluwer 1991, p. 93 e.v.

Van Verschuer 1984

W.F.H. van Verschuer, 'Hoofdelijke aansprakelijkheid en regres', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1984/5720, p. 734-738

Verstijlen 1998

F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1998

Vetter et al. 2012

J.J. Vetter, A.J. Tekstra & P.J. Wattel, *Invordering van belastingen*, 8^e druk, Deventer: Kluwer 2012

Voetelink 1952

H.M. Voetelink, *Samenwerkende oorzaken in de schadeverzekering* (diss. UvA), Amsterdam: Uitgeversmaatschappij Diligentia 1952

Völlmar 1952

H.F.A. Völlmar, *Nederlands burgerlijk recht, derde deel: verbintenissen- en bewijsrecht*, 2^e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1952

Vranken 2006

J.B.M. Vranken, noot onder HR 2 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU5661 (Goltix), *Nederlandse Jurisprudentie* 2006/444

De Vries 1990

F. de Vries, *Wettelijke limitering van aansprakelijkheid* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990

Wachter 1991

B. Wachter, 'Zeerecht geboeid aan het toekomstige gemene recht', in: *In het nu, wat worden zal. Opstellen aangeboden aan prof.mr. H.C.F. Schoordijk ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Brabant (Schoordijk-bundel)*, Deventer: Kluwer 1991, p. 309 e.v.

Wansink 2006

J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, 3^e druk, Deventer: Kluwer 2006

Van Wassenauer van Catwijck 1991

A.J.O. van Wassenauer van Catwijck, *Produktaansprakelijkheid in Europees verband*, 2^e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991

Van Wassenauer van Catwijck & Jongeneel 1995

A.J.O. van Wassenauer van Catwijck & R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, 2^e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995

Wattel 1996

P.J. Wattel, 'Over de grenzen van civiele invordering (contra HR 28 juni 1996, RvdW 1996, 156)', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1996/6243

Van Weel 1863

D. van Weel, *De leer der solidaire of hoofdelijke verbindtenissen naar het Romeinsche en hedendaagse recht*, diss. Leiden 1863

Weterings 2016

W.C.T. Weterings, 'Samenloop van verzekeringen', in: N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink (red.), *Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 199-213

Wezeman 1997

J.B. Wezeman, 'Tien jaar Wet Bestuursaansprakelijkheid in geval van faillissement', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 1997, p. 3-10

Wezeman 1998

J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998

Wibier 2009

R.M. Wibier, *Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen* (Monografieën Burgerlijk Wetboek B44), Deventer: Kluwer 2009

Wibier 2012

R.M. Wibier, 'De regresvordering in de Nederlandse financieringspraktijk na het arrest ASR Verzekeringen/Achmea', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2012/6, p. 147-154

Van der Wiel 2011

B.T.M. van der Wiel, 'Derdenwerking van rechterlijke uitspraken', *Nederlands Juristenblad* 2011/13, p. 792-796

Wiersma 1952

K. Wiersma, 'Gedwongen deelname aan een burgerlijk geding', in: *Rechtskundige opstellen, op 7 December 1952 door oud-leerlingen aangeboden aan Prof. Mr. R. P. Cleveringa : voorafgegaan door een chronologisch overzicht van zijn publicaties* (Cleveringa-bundel, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1952, p. 391-415

Wolfsbergen 1927

A. Wolfsbergen, 'De causaliteit van art. 1401 BW (slot)', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1927/3004, p. 513-514

Wolfsbergen 1946

A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1946

Zippro 2009

E.-J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009

Zwaagstra 1891

W. Zwaagstra, 'Boekbespreking P.H. Loeff, Hoofdelijke verbintenissen volgens het Nederlandsche Recht (diss.)', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1891/1132, p. 513-515

Zwalve 2006

W.J. Zwalve, 'Enkele opmerkingen over art. 6:6, lid 3 BW', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2006 (XXIII), p. 1-16

Van Zwieten 2015

P. van Zwieten, *De gesubrogeerde verzekeraar in het schadeverzekeringsrecht – Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtspositie van de schadeverzekeraar na subrogatie* (diss. Open Universiteit), Zutphen: Uitgeverij Paris 2015

JURISPRUDENTIEREGISTER

Rechtspraakverwijzingen in dit boek betreffen met name uitspraken van de Hoge Raad. De ECLI- en NJ-vindplaatsen worden waar mogelijk genoemd. Ik heb met de gewoonte gebroken om bij het noemen van de NJ-vindplaats ook zonder meer de initialen van de NJ-annotator te noemen; daar waar ik specifiek naar de annotatie verwijs, is de annotatie in de literatuurlijst opgenomen.

Hoge Raad

HR 10 april 1874, W. 3714 (Visser/Duker)	238, 241
HR 9 december 1898, W. 7216 (Van Kempen/Dijkman c.s.)	30
HR 3 mei 1901, W. 7601 (Jansen van Oist/Ariese)	19, 23, 92
HR 11 januari 1907, W. 8481 (Van Lith/Van Limburg)	44, 239
HR 18 juni 1920, W. 10630, WPNR 1921/2667 (Het Genootschap van Nederlandsche Componisten/Metzlar; ‘Lied der Natuur’)	92
HR 21 december 1923, NJ 1924/121 (Deen/Perlak Petroleum Maatschappij)	24
HR 6 maart 1924, W. 11192 (Hoek/Stoomsleepdienst Voorwaarts)	24
HR 17 april 1924, NJ 1924/722 (De Gier/Dudok van Heel c.s.)	44
HR 24 april 1924, NJ 1924/714 (Goosen/Jonkers & De Hondt)	83
HR 20 juni 1924, NJ 1924/1107 (Truffino/De Kanter en Westerouen van Meeteren q.q.)	24
HR 30 oktober 1925, NJ 1926/157 (NV Van Nievelt Goudriaan & Co’s Stoomvaartmaatschappij/Compagnie Auxiliaire de Navigation & Volker; Aldebaran)	24, 100, 129
HR 14 juni 1929, NJ 1929/1483 (Advocaat X/Crediet-, Deposito- en Effectenbank)	98
HR 24 januari 1930, NJ 1930/299 (Vonk/de Overijsselsche Onderlinge)	117
HR 9 januari 1931, NJ 1931/378 (Kolfshoten q.q./Slager Heijs)	34, 62, 81
HR 30 januari 1931, NJ 1931/764 (Zuiderweg/Salm q.q.)	73, 75
HR 8 februari 1935, NJ 1935/425 (Geefshuyzen/Van der Meer)	24
HR 30 april 1936, NJ 1936/970 (Kardorff/Van Haarlem I)	27
HR 25 juni 1937, NJ 1937/1095 (Van Iddekinge en Buwalda q.q./koopman Triezenberg)	20, 67
HR 9 december 1938, NJ 1939/714 (Baart/Posch e.a.)	232, 233
HR 16 november 1939, NJ 1940/76 (Kardorff/Van Haarlem II)	24, 27
HR 1 december 1939, NJ 1940/445 (Turfstrootroiselfabriek ‘Klazienaveen’/Smit en NV Purit Maatschappij)	229, 230, 241, 242

HR 2 januari 1942, NJ 1942/296 (De Bruyn/Utrechtsche Provinciebank)	95
HR 21 november 1946, NJ 1947/24 (Verduin/Beck)	144
HR 17 december 1954, NJ 1955/68 (gelddieven)	24, 75
HR 4 november 1955, NJ 1956/1 (The London & Lancashire Insurance Company/Huygen)	24, 32, 33, 92, 100
HR 11 april 1958, NJ 1958/467 (Nukoop/Saalfeld)	134
HR 26 juni 1959, ECLI:NL:HR:1959:AG2039, NJ 1959/551 (De Bont/Zuid Ooster Autobusdiensten)	149
HR 18 december 1959, ECLI:NL:HR:1959:BG9455, NJ 1960/121 (De Gouw/De Hamer)	20
HR 15 februari 1963, NJ 1964/423 (Houtappel/Velthuyzen)	229
HR 13 maart 1964, NJ 1964/188 (Los/Auto Financier NV)	94
HR 13 mei 1966, ECLI:NL:HR:1966:AB4655, NJ 1967/221 (Schreiner/Heidenreich)	233
HR 13 januari 1967, ECLI:NL:HR:1967:AD7998, NJ 1967/60 (Eerste Rotterdamsche/Dijkzeul)	213
HR 26 april 1968, ECLI:NL:HR:1968:AC4852, NJ 1969/19 (Rietbroek/Alkemade)	20, 229, 232, 240
HR 9 mei 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC0846, NJ 1969/307 (vof Rotterdam-Limburg Beurtvaart c.s./La Neuchâteloise)	229
HR 24 april 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5021, NJ 1970/406 (Romano Import)	56
HR 5 november 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB3865, NJ 1972/37 (Bossink/De Gier)	71, 75
HR 3 december 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB6789, NJ 1972/144 (Groningen & Lloyd/Kerssies)	134, 229
HR 5 januari 1973, ECLI:NL:HR:1973:AB6970, NJ 1973/106 (Gerwers/Seigers)	229
HR 11 januari 1974, NJ 1974/179 (Van der Velde/AMRO Bank)	94
HR 10 oktober 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC1618, NJ 1976/175 (Van der Kleij/Interpolis)	24, 100, 142, 143
HR 21 januari 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC5875, NJ 1977/386 (Heijmans/Raaijmakers; sanitaire stop)	159
HR 11 maart 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC1879, NJ 1978/98	144, 145
HR 2 december 1977, ECLI:NL:HR:1977:AB7023, NJ 1978/130 (Piek/Schuyffel)	66
HR 15 februari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC4005, NJ 1980/327 (NPRC/Atlas en Milchsack)	93
HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635 (Ermes c.s./Haviltex)	31
HR 20 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4265, NJ 1982/469 (Zwaal/NMB)	148

HR 20 november 1981, NJ 1982/174 (Rollman/Varecza & Van Opzeeland)	127
HR 12 februari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4331, NJ 1982/563 (Waarborgfonds Motorverkeer/AAZ Nutsziekenfonds)	87
HR 3 december 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4489, NJ 1983/400 (Nationale Nederlanden/Timmermans)	71
HR 24 december 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4511, NJ 1983/370 (Schoonbrood/Schoonbrood c.s.)	233
HR 7 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4517, NJ 1984/607 (Nieuw Rotterdam NV/Kruk & Goktas)	138
HR 20 mei 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4596, NJ 1984/649 (Bedrijfsvereniging Overheidsdiensten/Brok & Van de Graaf)	213
HR 27 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4748, NJ 1984/536 (Verstekeling)	117
HR 4 mei 1984, NJ 1984/670 (Witjes/Doorduyn)	137
HR 9 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5503, NJ 1987/506 (Delta Lloyd/Zwolsche Algemeene)	90
HR 12 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB8585, NJ 1988/39 (Holland/Beek)	71
HR 18 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0107, NJ 1988/350 (Franzetti/Suikerunie)	237
HR 11 maart 1988, ECLI:NL:HR:1988:AC1914, NJ 1988/580 (Bron/Bink)	67
HR 8 april 1988, ECLI:NL:HR:1988:AC0313, NJ 1988/659 (Nederlandse Spoorwegen en Katuin/Franzetti)	237
HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9519, NJ 1990/184	27, 194
HR 3 november 1989, NJ 1990/699 Derksen/Scholten)	149
HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0305, NJ 1992/787 (Aannemingsbedrijf Verkerk BV/Van der Veen q.q.)	133, 137, 143
HR 8 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0405, NJ 1992/34 (Brassé c.s./Merckelbagh)	232
HR 13 december 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0445, NJ 1992/316 (Korstanje II)	24, 29, 100
HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0576, NJ 1993/643 (Van Wijngaarden/Staat)	117
HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0580, NJ 1992/463 (Heidenreich/Alcredis Bank NV)	36
HR 22 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0612, NJ 1992/512 (Oorthuizen/Huige en Staat)	234
HR 25 september 1992, NJ 1994/767 (Staat/Rotterdam)	132
HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, NJ 1994/535 (DES-dochters)	24, 33, 92, 159, 162, 163

HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0804, NJ 1993/169 (Kin/Emmerig q.q.)	66
HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0806, NJ 1993/734 (Harko BV/Groen-Kelderman q.q.)	137, 143
HR 26 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0904, NJ 1993/613	235
HR 26 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0911, NJ 1993/489 (Clarijs/Van Goethem)	232, 233
HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1013, NJ 1994/31	144
HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1271, NJ 1994/463	145
HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1460, NJ 1996/196 (Staat/Shell)	117
HR 21 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1711, NJ 1997/570 (Fysiotherapeutisch Instituut Schmitz BV/Caspers)	149
HR 2 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1740, NJ 1997/700 (Marloes de Vos)	139
HR 29 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1941, NJ 1996/332 (Franzetti/Suikerunie II)	117, 127, 237
HR 15 maart 1996, NJ 1996/435 (Ateliers Belges Réunis/Kuijt)	79
HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2039, NJ 1997/24 (Delta Lloyd/Interlloyd)	75, 77, 116
HR 28 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2120, NJ 1997/102 (Van Maarseveen/Ontvanger)	50, 116
HR 22 november 1996, NJ 1998/567 (Bos/Erven Althuisius)	134
HR 17 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2247, NJ 1997/230 (Moerman/Bakker)	24
HR 2 mei 1997, NJ 1997/663 (Kip en Sloetjes/Boerenleenbank Winterswijk)	25, 229
HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2555, NJ 1999/97 (Jans/Fiat Credit Nederland)	195, 198, 237
HR 6 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2569, NJ 1998/350 (Paulissen/Tilburg en Brabocon)	222
HR 25 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2716, NJ 1998/892 (Haefner/ABN-Amro Bank)	42, 229, 242
HR 20 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2784, NJ 1999/611 (Verkerk Varkenshandel/Tiethoff q.q.)	66
HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2911, NJ 2000/290 (Spektrum/Van der Valk)	87
HR 24 december 1999, ECLI:NL:HR:AA4004, NJ 2000/351 (Nugteren/Meskes)	24, 33
HR 7 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:, NJ 2000, 212 (Nationale Nederlanden/Woudsend)	101, 175

HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4279, NJ 2000/307	195, 237
HR 17 maart 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5169, NJ 2000/353 (Riva/Zannis)	33
HR 10 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8254, NJ 2000/718 (Levob/Van den Bos)	139
HR 8 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8898, NJ 2001/55 (Scob/BP en Apeldoorn)	234
HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1335, NJ 2002/54	118, 172
HR 4 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1426, NJ 2002/214 (Chan-a-Hung/Maalsté)	140
HR 2 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2733, NJ 2002/24	33, 93, 229
HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:AE0631, NJ 2004/161 (Bijlsma/ABP)	106
HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, NJ 2002/447 (Akzo Nobel/ING)	45, 69
HR 9 augustus 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2509, NJ 2004/317	33
HR 18 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5152, NJ 2002/612 (Schaap/Wooncompagnie)	33
HR 25 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7010, NJ 2004/556 (Manege Nieuw Amstelland)	135
HR 3 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9053, NJ 2003/608 (strafkamer)	22, 27, 56
HR 13 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9261, NJ 2004/212 (Hitz c.s./Theunissen)	21, 43, 59, 229, 231
HR 31 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1301, NJ 2003/346 (Drewel e.a./AMEV)	24
HR 14 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2833, NJ 2003/313 (Cremers/Cremers)	234
HR 26 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0894, NJ 2003/645 (Sterpolis/Amicon)	106
HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO3873, NJ 2004/252	131
HR 4 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6210, NJ 2006/323 (Camerling/Heerlen)	101, 106
HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1074, NJ 2004/572 (Zwolsche Algemeene Schadeverzekering/Vormenfabriek Tilburg)	106
HR 7 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3021, NJ 2008/420 (strafkamer)	130
HR 1 april 2005, ECLI:NL:HR:AS6006, NJ 2006/377 (St. Lucas Andreas/ZAO)	106
HR 2 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU5661, NJ 2006/444 (Goltix)	173, 232
HR 9 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3255, NJ 2006/153	85, 195
HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, NJ 2008/527 (DNB/Vie d'Or)	42

HR 7 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8339, NJ 2006/615 (strafkamer)	22, 27, 55, 56
HR 17 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9717, NJ 2007/202 (Europeesche Verzekering Maatschappij/Zorg en Zekerheid Verzekeringen)	39, 77
HR 16 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6218, NJ 2007/321	55
HR 14 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC6692, NJ 2008/168 (Heijmans/Heijmans)	234
HR 6 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8690, NJ 2010/12 (C.R. Bras/The Satisfactorie BV)	184
HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1842, NJ 2008/476 (Fernhout & Zürich/Saaltink)	87
HR 3 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH0762, NJ 2009/319 (Stichting Wonenbreburg)	195
HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, NJ 2012/183 (Levob/Bolle)	140
HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182 (De Treek/Dexia)	140
HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3408, NJ 2012/496	195, 237
HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0873, NJ 2012/614 (London Verzekeringen/Delta Lloyd Schadeverzekering)	130, 140
HR 8 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK1615, NJ 2010/155	87, 88
HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM1688, NJ 2012/194	110
HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM3952, NJ 2010/557 (RVS/Scheldebouw)	101, 103, 107, 150, 167
HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, NJ 2011/465 (Hangmat)	144, 172, 214
HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ0593, NJ 2011/308 (Jurrius en De Vries/Dobbelaar)	37
HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6079, NJ 2012/213 (Zegveld c.s./ZLTO Advies)	155
HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3162, NJ 2012 /60 (AgfaPhoto)	195, 198, 237
HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4907 (Eureco/Naeije)	195, 198, 237
HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, NJ 2016/196 (Melis & ASR/Achmea)	101, 105, 106, 107, 109, 119, 120, 121
HR 4 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6769, NJ 2016/197 (Huisman q.q./Hoskens)	108, 129
HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206, NJ 2012/447 (Janssen q.q./JVS Beheer)	128, 129, 146
HR 10 augustus 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4992, NJ 2012/486 (Pocorni/Defam Financieringen)	195, 237

HR 9 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5554, NJ 2012/595 (strafkamer)	22, 27, 56
HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5880, NJ 2013/274 (Hendriksen & Achmea/Menzis)	215
HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840, NJ 2013/290 (Biek Holdings)	30, 235
HR 4 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX4604, NJ 2013/344 (strafkamer)	56
HR 18 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:653, NJ 2014/409 (strafkamer)	56
HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:768, NJ 2015/206 (Fiar c.s./Stichting De Thuis kopie c.s.)	234
HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:898, NJ 2014/309 (Hertogs/Deterink en Van Andel q.q.)	59
HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1204, NJ 2014/325	63
HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1212, NJ 2014/387 (Groningse prostitutie-inrichting)	39, 218, 219
HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1627, NJ 2015/2	195, 237
HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1678, NJ 2014/427 (Goudse/Aegon)	39, 40, 77, 125, 207
HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:588, NJ 2015/241 (Hoekzema/Bedrijfstak Pensioenfonds)	29, 56
HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837, NJ 2015/255 (Bia Beheer)	37, 69, 199
HR 7 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:878, NJ 2015/326 (strafkamer)	56
HR 7 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:884, NJ 2015/325 (strafkamer)	56
HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1413, NJ 2015/380 (Lunchroom 'De Katterug')	57
HR 7 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1781, NJ 2015/327 (strafkamer)	56
HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, NJ 2016/48 (De Lage Landen/Van Logestijn q.q.)	115
HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3637, NJ 2016/32	231

Gerechtshof Den Haag

Hof's-Gravenhage 4 januari 1918, W. 10270 (Staat Rumenië/NV Maatschappij s.s. 'Josephina')	91, 129
--	---------

Gerechtshof's-Hertogenbosch

Hof's-Hertogenbosch 17 november 1993, NJ 1994/493 (Quickprime Finance Ltd/Limbutex BV)	44, 229
--	---------

Rechtbank Rotterdam

Rb. Rotterdam 27 december 1915, NJ 1917/283

90

WETSARTIKELREGISTER

Algemene wet bestuursrecht		artikel 1402	23
artikel 8:75	39, 218, 219	artikel 1403	25, 240
		artikel 1403 lid 3	240
Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen		artikel 1416d	23
		artikel 1438	99
artikel 33 lid 3	54	artikel 1438, 3°	100
		artikel 1460	65, 72, 73, 199
Bürgerliches Gesetzbuch		artikel 1466	62
§ 328	210	artikel 1466 lid 1	62
§ 420	27	artikel 1466 lid 2	62
§ 421	26, 46	artikel 1476	65, 67, 68, 199
§ 422	26	artikel 1869	37
§ 424	26	artikel 1879	122
§ 425	26	artikel 1879 lid 1	122
§ 426	117	artikel 1879 lid 2	185, 188
§ 427	26	artikel 1881	148
§ 823	117	artikel 1885	184
§ 840	26, 27	artikel 2020	87
Burgerlijk Wetboek 1838		Burgerlijk Wetboek 1992	
artikel 619	23	artikel 1:84	148
artikel 1303	83	artikel 1:85	49
artikel 1316	18, 19	artikel 1:100	144
artikel 1317	34, 35	artikel 1:102	87, 88
artikel 1318	19, 22, 27, 29	artikel 1:102, tweede zin	144
artikel 1321	83	artikel 1:102, laatste zin	87
artikel 1322	83	artikel 1:122	144
artikel 1323	185, 186, 238, 239	artikel 2:29 lid 4	49
artikel 1324	88	artikel 2:30 lid 3 jo lid 4	35, 72
artikel 1325	64	artikel 2:138	55, 222
artikel 1329	99	artikel 2:248	55, 110, 131
artikel 1331	142, 145	artikel 2:248 lid 4	222
artikel 1352	44	artikel 2:403	42, 45, 69
artikel 1353	45	artikel 3:6	103
artikel 1401	19, 25, 32, 93	artikel 3:7	45, 70

artikel 3:13	35, 63, 111, 121	artikel 6:6	5, 14, 27, 31, 40, 47, 49, 51, 52, 172
artikel 3:14	35	artikel 6:6 e.v.	14, 41, 52, 180
artikel 3:33	53	artikel 6:6 lid 1	29, 30, 31, 32, 33, 95
artikel 3:35	53, 67	artikel 6:6 lid 2	14, 21, 28, 29, 39, 232
artikel 3:36	53, 67	artikel 6:6 lid 3	30
artikel 3:37	202	artikel 6:7	26, 33, 37, 76, 79, 95, 228, 231
artikel 3:41	195	artikel 6:7 lid 1	80
artikel 3:51	233	artikel 6:7 lid 2	60, 61, 62, 65, 66, 80, 82
artikel 3:53	196, 198	artikel 6:8	63, 73, 77, 104, 105, 111, 119, 120, 121, 124, 126, 154, 158, 188, 189, 191, 202
artikel 3:54	198	artikel 6:9	70, 183, 199, 208
artikel 3:66 lid 1	70	artikel 6:9 lid 1	69, 124, 184
artikel 3:72 sub c	70	artikel 6:9 lid 2	74, 77, 78
artikel 3:76	70	artikel 6:10	21, 28, 52, 56, 91, 99, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 117, 118, 119, 121, 127, 128, 132, 133, 150, 151, 152, 155, 161, 165, 166, 174, 175, 182, 192, 196, 198, 202, 207, 229, 235, 242
artikel 3:78	70	artikel 6:10 lid 1	119, 153, 159
artikel 3:80	103	artikel 6:10 lid 2	102, 105, 153, 154, 157, 160
artikel 3:82	45	artikel 6:10 lid 3	40, 110, 111, 119, 152, 153, 154, 155, 164, 197, 198, 202
artikel 3:83	103	artikel 6:11	35, 104, 178, 179, 180, 183, 185, 189, 190, 192, 193, 194, 196, 207, 208, 209, 217, 221, 222, 242
artikel 3:83 lid 2	113	artikel 6:11 lid 1	190, 209
artikel 3:166	13	artikel 6:11 lid 1 en lid 3	104
artikel 3:166 lid 2	144	artikel 6:11 lid 1 en 3	105
artikel 3:171	233	artikel 6:11 lid 2	183, 184, 193, 199, 221
artikel 3:198	198	artikel 6:11 lid 3	40, 104, 219, 220, 221
artikel 3:288	59	artikel 6:11 lid 4	188, 191, 209, 220
artikel 3:296	202	artikel 6:12	99, 102, 112, 113, 150, 229
artikel 3:297	51, 95	artikel 6:12 lid 2	112
artikel 3:300	63	artikel 6:13	152, 161, 163, 164, 217, 222
artikel 3:305a	42		
artikel 3:306	106, 108		
artikel 3:307	108, 118		
artikel 3:310	106, 107, 108		
artikel 3:310 lid 1	101, 106, 107, 108, 109, 110, 112		
artikel 3:313	109		
artikel 4:182 lid 2	30		
artikel 6:1	28, 29		
artikel 6:2	63, 104, 111, 119, 120, 121, 124, 126, 155, 191, 221		
artikel 6:2 lid 2	121, 202		

artikel 6:14	73, 183, 184, 193, 199, 200, 201, 202, 203, 205, 208, 211	artikel 6:102	13, 22, 26, 27, 28, 33, 39, 42, 47, 48, 49, 50, 51, 53, 54, 56, 78, 85, 90, 91, 94, 133, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 149, 159, 160, 161, 162, 167, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 185, 192, 203, 205, 215, 216, 232
artikel 6:14 eerste volzin	208	artikel 6:103	48
artikel 6:14 tweede volzin	202	artikel 6:105	109
artikel 6:21	105	artikel 6:109	150, 215, 222, 223
artikel 6:23	181	artikel 6:110	216
artikel 6:24	182	artikel 6:119	84, 154
artikel 6:25	36, 182	artikel 6:119 lid 3	156
artikel 6:29	64	artikel 6:127	190
artikel 6:30	36, 60, 61, 81, 103, 115, 116	artikel 6:129	190, 192
artikel 6:34	122, 123	artikel 6:130	122, 192
artikel 6:36	122, 123	artikel 6:135	90
artikel 6:39 lid 2	36	artikel 6:135 sub b	90
artikel 6:45	66	artikel 6:136	89
artikel 6:52	187	artikel 6:139	62, 63, 192
artikel 6:58	81	artikel 6:142	112, 113, 229
artikel 6:59	81	artikel 6:145	113, 193
artikel 6:60	82	artikel 6:152	148
artikel 6:61	81	artikel 6:154	184
artikel 6:63	82	artikel 6:160	67, 201
artikel 6:65 e.v.	82	artikel 6:160 lid 2	70, 200
artikel 6:72	81, 82	artikel 6:162	71, 117, 138, 167, 216, 218
artikel 6:73	81	artikel 6:165 lid 1	131
artikel 6:74	44, 121, 135, 202	artikel 6:165 lid 2	131
artikel 6:74 e.v.	85	artikel 6:166	92
artikel 6:75	85	artikel 6:166 lid 2	130, 131, 132
artikel 6:76	85	artikel 6:169 lid 1	168
artikel 6:81	49, 153	artikel 6:170	71, 167, 168, 171, 216, 240
artikel 6:83 sub a	84	artikel 6:170 lid 3	131, 135, 138, 149, 167, 168, 191, 209
artikel 6:83 sub a en sub b	84	artikel 6:171	138, 168
artikel 6:83 sub b	156	artikel 6:172	168
artikel 6:87	47, 49, 50	artikel 6:173	168
artikel 6:96	39, 218	artikel 6:174	138, 168, 172
artikel 6:96 aanhef en onder b	106	artikel 6:179	134, 168
artikel 6:96 lid 2	152, 154	artikel 6:180	168, 171
artikel 6:98	91, 92, 154		
artikel 6:99	24, 92, 130, 139		
artikel 6:101	136, 137, 138, 140, 141, 170, 172, 173, 174, 205, 214		

artikel 6:185 e.v.	135	artikel 7:407 lid 2	30, 86
artikel 6:187 lid 2	135	artikel 7:606	86
artikel 6:189	26, 135	artikel 7:616a	55
artikel 6:193k onder b	204	artikel 7:661	135, 149, 191, 209
artikel 6:193k onder d	204	artikel 7:661 lid 2	133, 149
artikel 6:193k onder d, e en f	224	artikel 7:837 lid 2	58
artikel 6:193k sub h en i	223	artikel 7:850	141
artikel 6:193m lid 1	205	artikel 7:850 lid 2	181
artikel 6:193m lid 2	223	artikel 7:850 lid 3	35, 41, 42
artikel 6:193m lid 3	223	artikel 7:851	70, 195
artikel 6:193n lid 3	224	artikel 7:852	70, 184, 186, 241, 242
artikel 6:193o	72, 205	artikel 7:852 lid 2	191, 196, 198
artikel 6:193o lid 1	206	artikel 7:853	87
artikel 6:197	150, 151	artikel 7:855	35
artikel 6:198	77, 116, 133, 155, 182	artikel 7:856	155
artikel 6:200	115	artikel 7:863	45, 46
artikel 6:201	77	artikel 7:865	104, 105
artikel 6:202	198	artikel 7:866	141, 143, 166, 242
artikel 6:202 e.v.	198	7:866	141
artikel 6:203	175	artikel 7:867	122, 123
artikel 6:203 e.v.	196	artikel 7:868	189, 193, 221, 242
artikel 6:212	51, 106, 116, 133, 155, 175, 182, 191	artikel 7:869	148
artikel 6:248	191, 221	artikel 7:900	204
artikel 6:253	87, 201, 208	artikel 7:900 e.v.	74
artikel 6:257	209, 217, 222	artikel 7:901 lid 3	74
artikel 6:258	195, 196, 222	artikel 7:903	75
artikel 6:262	187	artikel 7:910 lid 4	203
artikel 6:271	196	artikel 7:954	40
artikel 6:279	188	artikel 7:954 lid 6	236
artikel 7:10	136	artikel 7:960	39
artikel 7:17	135	artikel 7:961	39, 40, 77, 124, 125, 148
artikel 7:23	136	artikel 7:962	101, 107, 150, 167, 175
artikel 7:23 lid 2	115	artikel 7:962 lid 1	101
artikel 7:24 lid 2	213	artikel 7:962 lid 3	151, 214, 215
artikel 7:66 lid 5	195	artikel 7A:1679	29
artikel 7:67	195	artikel 7A:1790	134
artikel 7:219	86	artikel 8:363	209
artikel 7:266	195	artikel 8:364	209
		artikel 8:365	209

artikel 8:442	49	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens	
artikel 8:461	49		
artikel 8:462	49	artikel 6	55
artikel 8:545	33		
artikel 8:623 lid 5	213	Faillissementswet	
artikel 8:750	216	artikel 53	143
artikel 8:752	216	artikel 136	95, 96, 98
artikel 8:758	216	artikel 136 lid 1	95, 96, 97, 165
artikel 8:1006	33	artikel 136 lid 2	165, 166
		artikel 160	98
		artikel 194	98
Code Civil 1804		artikel 195	97
artikel 1200 e.v.	18	artikel 260 lid 2	95
artikel 1202	29	artikel 272 lid 5	98
artikel 1251 onder 3	100		
artikel 1285	67		
		Invorderingswet	
Code Civil na inwerkingtreding van Ordonnance 2016-131		artikel 25	74
artikel 1210	199	artikel 36 e.v.	35
artikel 1309	29	artikel 37	71
artikel 1310	18, 29	artikel 42	72
artikel 1316	199	artikel 43a	54
		artikel 46 lid 2	71
		artikel 48a	54
Code Pénal		artikel 49	71
artikel 55	22	artikel 55	142, 143
		artikel 56	146
Douane- en Accijnswet BES		artikel 57	113
artikel 4.45 lid 2	54		
		Obligationenrecht	
Draft Common Frame of Reference		artikel 51	130, 131
artikel III-4:103	31		
artikel III-4:105	84	Ontwerp Meijers	
artikel III-4:106	129	artikel 6.1.2.5	221
artikel III-4:108	89		
artikel III-4:109	199	Participatiewet	
artikel III-4:110	230	artikel 18a lid 9	54
EESV-Verordening		Richtlijn 2014/104/EU	
artikel 24 lid 2	35	artikel 3	204

artikel 11 lid 1	205	Wet financiering sociale verzekeringen	
artikel 11 lid 2	223	artikel 59	35
artikel 11 lid 3	223		
artikel 11 lid 4	224	Wet op de	
artikel 11 lid 5	205, 224, 225	Arbeidsongeschiktheidsverzekering 1966	
artikel 11 lid 6	224, 225	artikel 77 lid 3 (vervallen)	149
artikel 19	72, 205, 206		
artikel 19 lid 3 tweede volzin	204	Wet op de	
		Telecommunicatievoorzieningen	
Uniform Customs and Practice for Documentary Credits		artikel 12 (ingetrokken)	213
artikel 2	34	Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren	
		artikel 42	213
Verhaalswet ongevallen ambtenaren			
artikel 2	106	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering	
		artikel 57	154
Werkloosheidswet		artikel 68 e.v.	127
artikel 83 lid 2 (vervallen)	149	artikel 118	230, 235, 237
		artikel 210	230
Wet aansprakelijkheid olietankschepen		artikel 210-216	235
artikel 3 lid 5	213	artikel 217	230
		artikel 217-218	234
Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen		artikel 220-222	234
artikel 6	40	artikel 236	228, 229, 238
artikel 9 lid 2	229	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering	
artikel 9 lid 3	236	nieuw	
artikel 10 lid 4	87	artikel 30a	227
artikel 11	40	artikel 30g	230, 235, 237
artikel 13	142		
artikel 13, lid 4	142	Wetboek van Koophandel 1838	
artikel 15	142	artikel 17	62, 73, 86
artikel 25	142	artikel 18	73, 86, 146
artikel 27, lid 1, eerste zin	142	artikel 20 leden 1 en 2	57
		artikel 20-21	56, 58
Wet financieel toezicht		artikel 21	56, 57
artikel 1:25d	215, 216	artikel 284 (vervallen)	101, 175, 184

Wetboek van Strafrecht

artikel 6e lid 7	56
artikel 36e	55
artikel 36e lid 7	56
artikel 36f	22, 27, 56

Ziekenfondswet (ingetrokken)

artikel 83b	106
-------------	-----

TREFWOORDENREGISTER

A

aansprakelijkheid, 13
aansprakelijkheid voor gelijke delen, 31
aansprakelijkheidsuitsluiting, 212
aansprakelijkheidsverzekering, 39, 124, 140, 149, 151
accreditief, 34, 41
adpromissor, 44
afhankelijk recht, 45
afhankelijkheid, 20, 25, 43, 45, 59, 69, 242
afstand, 65, 203
afstand om niet, 67

B

bankgarantie, 41
bestuurlijke boetes, 54
betaling, 37, 60
betalingsafpraak, 76
betalingsuitstel, 64, 74, 77
bijtrekking, 44
billijkheidscorrectie, 138, 140, 149
borgtocht, 41, 42, 45, 98, 137, 141, 166, 181, 195

C

causale verdeling, 139
causaliteit, 130, 138, 139, 140
cessie, 78, 90, 103, 113, 118, 122, 175, 192, 193, 233
clementie, 223
collega, 213
concern, 129, 146
conditio sine qua non, 139
consoliderende vennootschap, 45
correaliteit, 17, 22
coulance, 223

crediteursverzuim, 81

D

dading, 24
deelbare prestatie, 29, 47
deelbetaling, 64, 157, 165
deelschuld, 23, 29, 30, 33, 55, 92, 95
derdenwerking, 207, 211, 217, 239, 244
dienstbetoon, 134
draagkracht, 140, 148, 214
draagplicht, 35, 47, 61, 72, 79, 102, 116, 119, 126, 128, 132, 151, 152, 157, 159

E

eenzijdige verklaring, 45
eigen recht, 40
eigen schuld, 139, 160, 169, 173
Einzelabwägung, 169, 170
exceptio plurium litis consortium, 231
exoneratie, 133, 206, 226

F

faillissement, 32, 55, 94, 95, 104, 165
faillissementsakkoord, 98
familielid, 167

G

garantie, 41, 43
garantieverbintenis, 42
gedwongen deelname, 227, 230, 233, 244
gedwongen tussenkomst, 235
gehuwden, 144
geldleen, 78
geldleenconstructie, 79
gelijke delen, 128, 130, 140, 162
gemene verweermiddelen, 186
Gesamtchau, 161, 169, 170

Gesamtschuld, 18, 20, 26
gevaarverhoging, 139, 140, 163
gezag van gewijsde, 174, 228, 235, 236, 239,
242, 243
gezinslid, 54, 151, 214

H

Haftungseinheit, 168
hoofdelijke aansprakelijkheid, 13
hoofdelijke verbondenheid, 13
hoofdelijkheidsverklaring, 45, 69
hoofdschuldenaar, 41, 43
hoor en wederhoor, 241
hulppersoon, 85
huur, 195

I

identieke prestatie, 33, 37, 49
identieke strekking, 44
inbetalinggeving, 65
indemniteitsbeginsel, 39
inningsgemak, 34, 53, 92, 190, 228
insolventie, 54, 94, 96, 122, 157, 160, 163,
170, 182, 191, 197
interne draagplicht, 159
interne rechtsverhouding, 28, 42, 99, 124,
165, 177, 207, 217, 222

K

kartel, 204, 224
keuzerecht, 33, 35, 37, 40, 53, 80, 81, 99
koopovereenkomst, 135
kijtschelding, 64, 65, 67, 69, 74, 78, 183,
199

L

limitering, 194, 206, 212, 216, 217
lotsverbondenheid, 17, 18, 59, 83, 84, 193

M

maatschap, 29, 38, 73, 137, 145
massaschade, 203
mede-aansprakelijk(en), 23, 53, 73, 114,
168, 215
mede-aansprakelijkheid, 91, 130, 139, 142,
160, 169, 174
mededelingsplicht, 121, 123, 187, 193, 199,
218
mededingingsrecht, 204, 223
meerpartijenovereenkomst, 188, 195, 196
misbruik van recht, 35, 63

N

nevenrecht, 112

O

obligation in solidum, 18
obligation solidaire, 18
omslag, 147, 160, 163, 164, 170, 173, 217
onafhankelijkheid, 41, 75, 195, 229
onbekendheid, 91, 164
ondeelbaarheid, 26
ondeelbare prestatie, 47, 89, 103, 201, 232
ondeelbare rechtsverhouding, 230, 231, 235
onderlinge afweging, 169, 170
onderlinge draagplicht, 159
ongelijke verbintenissen, 46, 61, 187
ongerechtvaardigde verrijking, 48, 51, 106,
115, 119, 128, 144, 175, 191, 243
onrechtmatige daad, 23, 39, 48, 50, 75, 102,
114, 115, 119
ontbinding, 83, 179, 194, 233
ontslag, 64, 65
ontstaansmoment, 103
onvermogen, 84, 91, 95, 148
onverschuldigde betaling, 122, 175, 196
onvindbaarheid, 160, 163, 170
opeisbaarheid, 123
oproeping, 235, 236, 238

opschortende voorwaarde, 36
 opschorting, 123, 182, 187, 189, 194

P

paardensprong, 209
 paritas creditorum, 97
 patronaatsverklaring, 42
 persoonlijke aansprakelijkheid, 216
 persoonlijke verweermiddelen, 186
 pluraliteitsleer, 21
 proceskosten, 110, 154, 197, 218, 231, 233, 238
 processuele ondeelbaarheid, 232
 productaansprakelijkheid, 136
 pseudo-debiteur, 155, 174, 196

R

rechtsopvolging, 90
 redelijkheid en billijkheid, 93, 111, 119, 123, 124, 126, 188, 196, 221
 reflexwerking, 241
 regrescircuit, 156
 regresmaatstaf, 128, 132
 regresrecht, 95, 102, 103, 105, 157
 restitutie, 123
 risico-aansprakelijkheid, 131, 138, 150

S

samenloop, 13, 22, 26, 28, 31, 35, 42, 44, 46, 49, 52, 60, 86, 91, 102, 115, 117, 118, 124, 168, 169
 sanctie, 54, 57, 121, 122, 228
 schadevergoeding, 74
 schadeverzekeraar, 151
 schadeverzekering, 25, 39, 124
 schikking, 74, 77, 204
 schuldvernieuwing, 67, 74, 203
 sociale premies, 137, 142
 sociale verzekeringen, 213
 solidariteit, 17, 22

stuiting, 26, 59, 87, 112
 subrogatie, 99, 101, 102, 103, 112, 113, 150, 184, 192, 214, 229
 subsidiaire aansprakelijkheid, 35
 subsidiariteit, 35, 36, 37, 45, 53, 56, 72

T

tekortkoming, 44, 83, 202
 terugwerkende kracht, 74, 190, 196
 tijdsbepaling, 36
 toekomstige regresvordering, 110
 toekomstige schade, 109
 toekomstige vordering, 104, 119, 127
 toevallig samenlopende schadeoorzaken, 24
 toevallig samenlopende verbintenissen, 22, 27, 39, 75, 92, 99, 123
 toezichthouder, 216
 totaalbeschouwing, 169, 170
 tussenkomst, 230, 233

U

uitleg, 31, 33, 45, 65, 67, 77, 133, 141, 199, 210, 231, 237
 uitlegvermoeden, 29
 uitsluiting van aansprakelijkheid, 133, 194, 213
 uniteitsleer, 17, 18, 22, 52

V

v.o.f., 43, 86
 vaststellingsovereenkomst, 74, 77, 175, 203, 204
 verbondenheid, 13
 verdeelsleutel, 130
 verdelingsmaatstaf, 138
 verhaalseenheid, 166, 167, 168, 171, 172
 verificatie, 97
 verjaring, 25, 59, 74, 87, 101, 103, 105, 113, 114, 118, 121, 156, 177, 219

vermenging, 25, 88
vernietiging, 179, 194, 195, 196, 237
veroorzaking, 24, 46, 54, 92, 130, 137
verrekening, 25, 33, 62, 89, 104, 121, 143,
145, 182, 186, 189
verrijking, 100, 101, 102, 107, 122, 243
verstoring van de rechtsverhoudingen, 212
vertegenwoordiging, 62, 70, 73, 77, 86, 125,
208, 230
verval, 219
vervangende schadevergoeding, 47
verweermiddel, 35, 41, 42, 125, 155, 178,
180, 182, 185, 187, 192, 194, 198, 207,
209, 217, 219, 222, 238
verwijtbaarheid, 137
verzekeringsovereenkomst, 40, 49, 151, 167
verzuim, 17, 25, 26, 49, 59, 81, 83, 153, 155
voeging, 230, 233
volgplicht, 77, 124
voorwaardelijke regresvordering, 104, 166
voorwaardelijke verbintenis, 36, 105
vriendendienst, 134
vrijwaring, 126, 136, 153, 162, 202, 210, 227,
235, 236, 242

W

WAM-verzekering, 142
wanprestatie, 83, 136, 194
werkgever, 55, 71, 134, 143, 149, 168, 171,
209, 214, 233, 240
werknemer, 71, 134, 149, 167, 171, 209, 216,
217
wettelijk verhaalsrecht, 213
wettelijke rente, 84, 153, 154, 155
wettelijke uitsluiting, 213

Z

zaakwaarneming, 25, 48, 77, 102, 115, 133,
141, 152, 198
zelfstandigheid, 17, 25, 43, 59, 72, 73, 84,
87, 177, 186, 192, 216, 239, 241
Zweckgemeinschaft, 38, 46

M

B O O M M A S T E R R E E K S

Hoofdelijke verbintenissen komen veel voor in de rechtspraktijk. Te denken valt aan de hoofdelijke verbondenheid van medehuurlers tegenover de verhuurder, aan de hoofdelijkheid van vennoten in een v.o.f., aan hoofdelijke bestuurdersaansprakelijkheid, aan mede-aansprakelijkheid bij samenlopende onrechtmatige daden, of aan personen die zich hoofdelijk debiteur verklaren bij een geldlening. Het gaat dus om een juridisch kernleerstuk van het Nederlandse verbintenissenrecht, en zeker niet het eenvoudigste: de regels inzake hoofdelijke verbintenissen zijn notoir ingewikkeld en op bepaalde punten zelfs onhelder.

Dit boek biedt daarom een wetenschappelijk overzicht van het Nederlandse recht inzake hoofdelijke verbintenissen. Aan de orde komen vragen als: wanneer doet zich hoofdelijkheid voor, welke rechtsgronden voor hoofdelijke verbintenissen zijn er, wat zijn de essentiële kenmerken van hoofdelijkheid, wat is de externe verhouding van de crediteur tot elk van de hoofdelijke debiteuren, hoe is de interne verhouding tussen de debiteuren onderling, en hoe werken verstoringen van die verhoudingen uit op de andere rechtsverhoudingen? Het boek is algemeen van opzet en biedt aan de rechtswetenschap en rechtspraktijk een gedegen overzicht van deze rechtsmaterie.

Willem van Boom (1969) is hoogleraar civiel recht te Leiden. Eerder was hij onder andere werkzaam aan de universiteiten van Tilburg en Rotterdam. Het onderzoek en onderwijs van Van Boom bestrijken het vermogensrecht in brede zin, maar omvatten ook rechtsvergelijking en methodologie van privaatrechtelijk onderzoek. Van Boom is een warm pleitbezorger van de empirische bestudering van het privaatrecht. Dit handboek laat echter zien dat hij juridisch-dogmatisch onderzoek minstens zo belangrijk vindt.

ISBN 978-94-6290-327-2



9 789462 903272 >

Boomjuridisch

B O O M M A S T E R R E E K S

Van Boom

Hoofdelijke verbintenissen

Bju

M

B O O M M A S T E R R E E K S

W.H. van Boom

Hoofdelijke verbintenissen

Boomjuridisch