



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Regres bij concernfinanciering

Oostrum, C.H.A. van

Citation

Oostrum, C. H. A. van. (2019, February 20). *Regres bij concernfinanciering. Serie vanwege het Van der Heijden Instituut*. Wolters Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/69314>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/69314>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/69314> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Oostrum, C.H.A. van

Title: Regres bij concernfinanciering

Issue Date: 2019-02-20

Hoofdstuk 2

ZICHT OP HET REGRESRECHT

2.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat over de ontwikkeling en de aard en werking van het algemene regresrecht. Ter introductie volgt een voorbeeld om het belang van het regresrecht weer te geven. Stel: schuldenaren A, B en C verbinden zich hoofdelijk voor een schuld aan schuldeiser D. De schuldenaren hebben onderling een gelijk aandeel in de schuld. Schuldeiser D spreekt A aan voor de gehele schuld. De schuld wordt gedelgd ten laste van het vermogen van A. Hiermee is de relatie tussen de schuldeiser en de schuldenaren beëindigd. Medeschuldenaren B en C zijn bevrijd van de schuld zonder daarin te hebben bijgedragen.

In het bovenstaande geval zijn B en C ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van A. Wanneer er geen mogelijkheid is om de medeschuldenaren te laten bijdragen in de gedelgde schuld, leidt dit tot onrechtvaardige uitkomsten. Bovendien bepaalt de schuldeiser wie van de medeschuldenaren de schuld moet dragen. Hoofdelijke aansprakelijkheid krijgt dan het karakter van een *Glücksspiel*¹, waarbij de medeschuldenaren een belang hebben om de keuze van de schuldenaar te beïnvloeden.² Het regresrecht moet dit voorkomen. Von Savigny drukte het zo uit: '[...] der Regreß soll verhüten, daß Einer auf Kosten des Anderen ohne Grund sich bereichere [...]'.³

Uit de rechtsontwikkeling blijkt dat een grondslag voor regres van oudsher gezocht wordt in de werkelijke of gefingeerde interne rechtsverhouding. Dit doet vermoeden dat een zelfstandig en uit de hoofdelijkheid voortvloeiend regresrecht geen vanzelfsprekendheid is. Toch zal de behoefte aan regres steeds aanwezig zijn wanneer de externe aansprakelijkheid geen overeenstemming vertoont met de interne lastenverdeling. Het doel van het regresrecht is om deze discrepantie te beperken of weg te nemen.

1 Von Savigny 1851, p. 216-217, 229; Friedman & Cohen 2007, p. 7-8; Meier 2010, p. 259, 276.

2 Van Boom 1999, p. 89.

3 Von Savigny 1851, p. 229. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 109; HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, *RvdW* 2012/534 (ASR/Achmea), r.o. 3.5.

De interne relatie tussen de schuldenaren en het onderling verdelen van de schuld valt buiten de reikwijdte van de hoofdelijkheid. Een plicht tot het delen van, of bijdragen in de schuld vloeit van origine dan ook evenmin voort uit dit recht.⁴ Uit de hoofdelijkheid volgen namelijk regels voor de toedeling van de schuld, niet voor de verdeling daarvan.⁵ In dit hoofdstuk wordt de ontwikkeling van dergelijke ‘verdelingsregels’ beschreven. Hierbij wordt gekeken naar de ontwikkeling van grondslagen voor regres en de ontwikkeling van de werking van het regresrecht. Duidelijk zal worden dat in de loop der tijd verschillende verdelingsmethodieken een ingang hebben gevonden in de Europese codificaties. Ook wordt helder hoe deze ontwikkeling heeft geleid tot de huidige juridische constellatie ter zake van het regresrecht in de verschillende grote Europese rechtstelsels.

Het huidige Nederlandse recht bevat verschillende regresbepalingen tussen hoofdelijk aansprakelijke schuldenaren.⁶ Hierbij kan onderscheid worden gemaakt tussen uit rechtshandeling verbonden hoofdelijke schuldenaren⁷ en op grond van de wet verbonden hoofdelijke schuldenaren.⁸ De hierna volgende rechtshistorische en rechtsvergelijkende analyse richt zich in het bijzonder op de ontwikkeling van het regresrecht bij uit rechtshandeling verbonden hoofdelijke schuldenaren.⁹ Deze ontwikkeling wordt beschreven met het oog op het Nederlandse rechtstelsel. Zowel de verticale rechtsvergelijking als de horizontale rechtsvergelijking zijn in internationaal perspectief verricht. In aansluiting hierop wordt de huidige Nederlandse regeling intern vergeleken, besproken en becommentarieerd. De ontwikkeling en de werking van het regresrecht bij concernfinanciering komen in hoofdstuk vier en hoofdstuk vijf aan bod en worden in dit hoofdstuk slechts summier behandeld.

2.2 Een zoektocht naar grondslagen: regres in het Romeinse recht

In deze paragraaf wordt als eerste ingegaan op de ontwikkeling in het Romeinse recht van het regresrecht bij de borgtocht (§ 2.2.1). Vervolgens wordt de ontwikkeling van het regresrecht besproken bij wat wij nu de hoofdelijke aansprakelijkheid noemen, oftewel de situatie dat schuldenaren zich voor eenzelfde prestatie verbinden (§ 2.2.2). Ter aanduiding van de verschillende perioden in het Romeinse recht wordt het volgende onderscheiden:

- (I) de archaïsche periode (753 v. Chr.-250 v. Chr.);
- (II) de voorclassieke periode (250 v. Chr.-0);
- (III) de klassieke periode (0-250); en
- (IV) de na-klassieke periode (250-565).

4 Kaser 1971, p. 659; Finkenauer, *ZRG* 2013, p. 164-202, p. 178.

5 Van Boom 1999, p. 89.

6 Art. 6:10 BW, art. 6:102 BW, art. 6:166 BW, art. 7:850 BW.

7 Bijvoorbeeld het aangaan van hoofdelijkheid ten behoeve van de concernschuld.

8 Art. 6:102 jo 6:101 BW.

9 Voor een historisch overzicht van de hoofdelijke aansprakelijkheid zie Van Boom 2016, p. 17-26.

In de na-klassieke periode wordt de regeringstijd van Justinianus (527-565) dikwijls apart benoemd vanwege de bijzondere ontwikkeling die het Romeinse recht onder zijn bewind doormaakt.¹⁰

2.2.1 Borgtocht en het regresrecht

Voor de ontwikkeling van het regresrecht zijn met name de klassieke periode en de na-klassieke periode van belang. Toch wordt de oudste ons bekende vorm van regres al in de voorklassieke periode gebruikt, namelijk de regresvordering die de betalende borg heeft op de hoofdschuldenaar.¹¹ Op de ontwikkeling van het regresrecht in de voorklassieke periode zal eerst worden ingegaan. In het Romeinse recht is de borgtocht één van de meest gangbare manieren van zekerheidstelling. Hierdoor ontwikkelt het regresrecht zich vooral in relatie tot dit rechtsfiguur.¹²

De betalende borg heeft de mogelijkheid om regres te nemen op de hoofdschuldenaar. Het terugbetalen aan de borg is onderdeel van het teniet laten gaan van de schuldverbintenis van de hoofdschuldenaar jegens de betalende borg. Centraal bij dit terugbetalen staat de *solutio per aes et libram*. Dit is een formele handeling waardoor de verplichting tenietgaat.¹³ De hoofdschuldenaar is er alles aan gelegen om te zorgen dat de schuldverplichting op een rechtens correcte wijze tenietgaat. Hij staat namelijk met zijn lijf en leden garant voor het terugbetalen aan de betalende borg. Bij wanprestatie loopt hij het risico om in de schuldsavernij te geraken. De betalende borg kan bij wanbetaling, zonder tussenkomst van een rechter, overgaan tot persoonlijke executie van de hoofdschuldenaar.¹⁴ De precaire positie die deze handelswijze de hoofdschuldenaar oplevert, zorgt voor de noodzaak om de rechtsverhouding tussen de hoofdschuldenaar en de betalende borg te reguleren.

De juridische positie van de hoofdschuldenaar wordt verbeterd rond het begin van de derde eeuw voor Christus met de komst van *Lex Publilia*. In deze wet krijgt de hoofdschuldenaar zes maanden de tijd om zijn schuld aan de borg te voldoen. Deze zes maanden termijn vangt aan vanaf de dag van betaling door de borg aan de schuldeiser. Wanneer het de hoofdschuldenaar niet lukt om binnen deze termijn te betalen, dan kan de betalende borg pas na tussenkomst van een rechter overgaan tot persoonlijke executie van de hoofdschuldenaar.¹⁵

10 Mousourakis 2007, p. 1-2.

11 Wesener, *Labeo* 1965, p. 341-361, p. 341; Feenstra 1980, p. 240.

12 Oven 1948, p. 404; Feenstra 1980, p. 241.

13 Zimmerman 1996, p. 754-755.

14 Wesener, *Labeo* 1965, p. 341-361, p. 341-342; Feenstra 1980, p. 294-296; Zimmerman 1996, p. 754-755.

15 Levy 1907, p. 74-76; Wesener, *Labeo* 1965, p. 341-361, p. 341-342; Feenstra 1980, p. 246.

Ook de rechtsverhouding tussen de betalende borg en de medeborgen wordt in de voorklassieke periode van grondslagen en vaste ordening voorzien.¹⁶ De zogenaamde *lex Appuleia* uit de tweede eeuw voor Christus stelt:

*'Praeterea inter sponsores et fidepromissores lex Appuleia quandam societatem introduxit. Nam si quis horum plus sua portione solverit, de eo quod amplius dederit, adversus ceteros actiones constituit [...].'*¹⁷

Uit de *lex Appuleia* blijkt dat de rechtsbetrekking tussen de betalende borg en de medeborgen gezien wordt als een rechtsverhouding uit *societas* (maatschap).¹⁸ Op basis van deze verhouding krijgt de betalende borg die meer betaalt dan zijn aandeel een regresrecht op zijn medeborgen. Deze wijze van het verkrijgen van een regresrecht staat los van het regresrecht dat een betalende borg toe kan komen op grond van de interne verhouding tussen de medeborgen. De betalende borg kan zelf bepalen welk van de twee grondslagen hij gebruikt om zijn regresaanspraak op te baseren.¹⁹

2.2.2 Hoofdelijkheid en het regresrecht

De eerst gebruikte vorm van hoofdelijkheid waarvan wij kennis hebben, is het door medeborgen op grond van de *stipulatio* aanvaarden van hoofdelijke aansprakelijkheid.²⁰ De hoofdelijkheid moet uitdrukkelijk worden bedongen omdat het verdelen van de prestatie de norm is in het Romeinse recht.²¹ Er is een nauwe verwantschap tussen de borgtocht en de hoofdelijkheid. Dat maakt het niet verrassend dat nieuwe manieren om gestalte te geven aan de bijdrageplicht tussen de betalende borg (*sponsor*), de hoofdschuldenaar en de medeborgen (*fide-promissores*) in de loop van de tijd ook worden toegepast bij hoofdelijk aansprakelijke schuldenaren.

Opgemerkt wordt dat het Romeinse recht geen eigen term heeft om de hoofdelijkheid mee te benoemen. De rechtsfiguur wordt aangeduid met verschillende termen zoals *teneri in solidum*, *obligari in solidum* of *duo rei stipulandi*. De veelheid aan termen heeft in latere tijden voor discussie gezorgd. Dit geldt in het bijzonder voor

¹⁶ Birks 2014, p. 64.

¹⁷ 'Voorts heeft de *lex Appuleia* tussen sponsores en fidepromissores een soort maatschap tot stand gebracht. Want, wanneer iemand van hen meer dan zijn aandeel heeft betaald, heeft zij hem voor datgene, wat hij te veel heeft voldaan, acties tegen de overigen toegekend.' Gaius III.122.

¹⁸ Levy 1907, p. 68.

¹⁹ Knap 1925, p. 35; Wesener, *Labeo* 1965, p. 341-361, p. 342. Zie voor de rechtsverhouding uit *societas* bij hoofdelijkheid: Schmieder 2007, p. 127.

²⁰ Kaser 1971, p. 266.

²¹ D. 45, 2, 11, 2; Oven 1948, p. 399-400; Kaser 1975, p. 453-454; Honsell 1997, p. 104. Vgl. België: art. 1202 B.W.; Frankrijk: art. 1202 CC.

de in D. 34, 3, 3, 3 genoemde term *correus*. Deze aanduiding voor een hoofdelijke schuldenaar, waarvan de terminologie correaliteit en correële verbintenis is afgeleid²², heeft met name bij de negentiende-eeuwse Duitse Pandektisten voor veel pennenvruchten gezorgd.²³

2.2.2.1 Het regresrecht tussen hoofdelijke schuldenaren: drie ontwikkelingsfasen

De ontwikkeling van het Romeinse regresrecht bij hoofdelijke medeschuldenaren kan in drie fasen worden verdeeld.²⁴ Hierbij is het belangrijk om te onderkennen dat de ontwikkeling van het regresrecht geleidelijk verloopt, waarbij oude en nieuwe grondslagen voor regres naast elkaar blijven bestaan. Daarom moeten de onderscheidenlijke fasen niet als scherpe cesuren worden gezien, maar veel meer als een in elkaar overlopend geheel.

De eerste ontwikkelingsfase van het regresrecht bij hoofdelijkheid kenmerkt zich door het uitbreiden van typen interne verhoudingen die als grondslag dienen om een regresrecht op te baseren. Deze ontwikkeling is met name relevant in de klassieke periode aangezien een zelfstandig regresrecht dan nog niet tot het repertoire van het Romeins recht behoort.²⁵ De verhaalsmogelijkheden van een hoofdelijke schuldenaar op zijn medeschuldenaren hangt daarom af van de onderlinge rechtsverhouding.²⁶ In deze fase kan regres worden genomen op grond van: *societas* (maatschap), *communio* (*gemeenschap*), mede-erfgenamen, lastgeving en zaakwaarneming. Bij afwezigheid van een dergelijke verhouding is regres tussen hoofdelijke schuldenaren niet mogelijk.²⁷

In de tweede ontwikkelingsfase wordt een nieuw regresinstrument ontwikkeld, de *beneficium cedendarum actionum*, ofwel cessieregres. Dit instrument komt vooral die schuldenaren van pas die geen regres kunnen nemen op grond van de onderlinge rechtsverhouding. In het na-klassieke tijdperk, maar reeds voor de Justiniaanse periode, kan de aangesproken hoofdelijke schuldenaar op grond van de *beneficium cedendarum actionum* de schuldeiser verzoeken zijn vordering aan hem te cederen.²⁸

22 Oven 1947, p. 400; Kaser 1971, p. 266; Asser 1983, p. 15; Schmieder 2007, p. 24-25.

23 § 2.3.

24 Vgl. Wesener die voor de ontwikkeling van het regresrecht an sich vijf ontwikkelingsfasen onderscheidt. Wesener, *Labeo* 1965, p. 341-361, p. 361.

25 Levy 1964, p. 242; Schmoeckel, Rückert & Zimmerman 2007, p. 2481; Meier 2010, p. 263, 267; Finkenauer, *ZRG* 2013, p. 164-202, p. 178.

26 Kaser 1971, p. 659; Schmoeckel, Rückert & Zimmerman 2007, p. 2481; Asser 1983, p. 16.

27 Von Savigny 1851, p. 232-239; Levy 1964, p. 243; Wesener, *Labeo* 1965, p. 341-361, p. 350; Kaser 1971, p. 659; Asser 1983, p. 16; Honsell 1997, p. 104; Van Boom 1999, p. 90; Schmieder 2007, p. 161-163; Meier 2010, p. 267; Finkenauer, *ZRG* 2013, p. 164-202, p. 176, 178-179.

28 Levy 1964, p. 237-238; Schmieder 2007, p. 163; Meier 2010, p. 392.

De aangesproken schuldenaar kan zich met behulp van deze vordering verhalen op zijn medeschuldenaren. Het in deze zin cederen van de vordering wordt benaderd als zijnde een kooptransactie waarbij de aangesproken schuldenaar de vordering van de schuldeiser overneemt.²⁹

Aanvankelijk is het aan partijen om een dergelijke cessie overeen te komen. Later kan de aangesproken schuldenaar de schuldeiser zelfs dwingen om zijn vordering aan hem te cederen voordat hij, ‘de koopprijs’, het bedrag waarvoor de schuldenaar is aangesproken, voldoet.³⁰ Deze vorm van cessiedwang als grond voor een bijdrageplicht doet ons gekunsteld aan.³¹ Toch is de *beneficium cedendarum actionum* door Justinianus van toepassing verklaard op de borgtocht en alle situaties waarbij sprake is van hoofdelijkheid.³² De *beneficium cedendarum actionum* vertoont qua vorm trekken van de huidige subrogatie. Niet verwonderlijk aangezien de subrogatie zijn oorsprong vindt in dit construct uit het Romeinse recht.³³

Tot besluit de derde ontwikkelingsfase. In deze fase is er in de laat klassieke en de na-klassieke periode een tendens waar te nemen tot verruiming van het aantal regresmogelijkheden.³⁴ Zo kan bijvoorbeeld in de laat klassieke periode een aangesproken voogd met een *actio negotiorum gestorum utilis* regres nemen op zijn in hoofdelijkheid verbonden medevoogden.³⁵ Een tweede voorbeeld betreft de bewoners van een verdieping van waaruit iets naar beneden is gegoten of geworpen dat schade heeft veroorzaakt. Degene die de schade heeft opgelopen kan iedere bewoner van de betreffende verdieping aanspreken voor het geheel. Bij voldoening van de schade door één van de bewoners worden de andere bewoners bevrijd van de schadevordering. De aangesproken bewoner heeft vervolgens van de andere hoofdelijk aansprakelijke bewoners recht op ieders deel in de schade.³⁶

Ook lijkt in de derde ontwikkelingsfase een ontwikkeling in gang te worden gezet die leidt tot een zelfstandig regresrecht. Echter, in delen van de literatuur bestaat hier twijfel over.³⁷ Dit komt doordat bepaalde passages in de Digesten en de Codex

29 Levy 1907, p. 164-166; Wesener, *Labeo* 1965, p. 341-361, p. 351; Zimmerman 1996, p. 135.

30 Levy 1964, p. 223; Wesener, *Labeo* 1965, p. 341-361, p. 351; Van Boom 1999, p. 90.

31 Zowel Romeinse auteurs als auteurs van latere tijden hebben deze constructie bekritiseerd. Zimmerman 1996, p. 135.

32 Wesener, *Labeo* 1965, p. 341-361, p. 361; Zimmerman 1996, p. 137; Schmoeckel, Rückert & Zimmerman 2007, p. 2482; Meier 2010, p. 267-268.

33 Knap 1925, p. 56.

34 Schmoeckel, Rückert & Zimmerman 2007, p. 2482.

35 D. 27.3.1.13.

36 D. 9.3.1.10-D. 9.3.4.

37 Binder 1899, p. 288; Knap 1925, p. 32; Kaser 1975, p. 456-457; Schmieder 2007, p. 161; Meier 2010, p. 267-268.

Justinianus verschillend kunnen worden uitgelegd.³⁸ Een voorbeeld hiervan stamt uit het bewind van Diocletianus (244-311). Uit C. 8, 39, 1 kan de aanwijzing worden afgeleid voor het ontstaan van een algemeen regresrecht bij hoofdelijkheid:

‘Et ideo, si probaveris te conventum in solidum exsolvisse, rector provinciae iurare te adversus eum, cum quo communiter mutuum pecuniam accepisti, non cunctabitur.’³⁹

Het is echter onduidelijk of het regresrecht in het bovenstaand voorbeeld niet is afgeleid van de (vermoede) interne verhouding van de hoofdelijke schuldenaren. Ook is niet helder of hier wordt gesproken over regres bij deelschulden of voor één gemeenschappelijke schuld.⁴⁰

De ontwikkeling van het regresrecht heeft geleid tot naast elkaar bestaande grondslagen zoals de *beneficium cedendarum actionum*, verschillende rechtsverhoudingen tussen de hoofdelijke schuldenaren en het mogelijke ‘zelfstandige’ regresrecht van Diocletianus. Deze verscheidenheid aan rechtsgronden is terug te vinden in latere codificaties. Ook de in novelle 99 besloten gedachte dat de hoofdelijke aansprakelijkheid in de externe verhouding noodzakelijkerwijs verbonden is met een interne verdeling van de schuld, zien we in veel huidige rechtssystemen terug.⁴¹ De Romeinse bronnen zijn niet helder inzake de maatstaven aan de hand waarvan de omvang van de draagplicht wordt vastgesteld. De bronnen zwijgen over de tussen hoofdelijke schuldenaren van toepassing zijnde interne verdeelsleutels.⁴² Wel wordt duidelijk dat het Romeinse recht veel nadruk legt op de onderlinge rechtsverhouding tussen de medeschuldenaren. Deze rechtsrelatie vormt veelal de grondslag voor een bijdrageplicht.

2.3 Het gerecipieerde recht en de nationale codificaties

Vanaf de elfde eeuw wordt het Romeinse recht herontdekt en vormt het een steeds belangrijker bron van inspiratie voor de continentale rechtssystemen. In het gerecipieerde *ius commune* is het allerm minst duidelijk of de betalende hoofdelijke schuldenaar als zodanig een regresrecht krijgt op zijn medeschuldenaren. De bijdrageplicht

38 Bijvoorbeeld: C. 4, 2, 12; C. 8, 39, 1. Kaser 1975, p. 456-457.

39 ‘Indien u hebt bewezen dat u na daartoe te zijn aangesproken het geheel hebt betaald [de hoofdelijke schuld aan de schuldeiser], zal daarom de bestuurder van de provincie niet aarzelen u hulp te bieden tegen degene met wie u gezamenlijk de geldlening hebt ontvangen.’

40 Wesener, *Labeo* 1965, p. 354; Kaser 1975, p. 457, aldaar noot 27; Meier 2010, p. 267; Finkenauer, *ZRG* 2013, p. 164-202, p. 191-193.

41 Meier 2010, p. 269.

42 § 2.5 voor maatstaven ter bepaling van de draagplicht en de omvang van de draagplicht.

wordt tot dan toe vooral gebaseerd op vormen van cessieregres (de gefingeerde cessie), ongerechtvaardigde verrijking, wederzijds lasthebberschap, maatschap, redelijkheid en billijkheid of zaakwaarneming.⁴³ Dit verandert met de komst van nationale codificaties in de achttiende en negentiende eeuw, als de gedachte post vat dat hoofdelijke schuld intern verdeeld is onder de schuldenaren.⁴⁴ In § 2.3.1 wordt het regresrecht besproken dat zich ontwikkelt in de verschillende codificaties uit de Duitstalige gebieden. In § 2.3.2 wordt het regresrecht behandeld zoals dat vorm heeft gekregen in Frankrijk, België en Nederland.

2.3.1 Het regresrecht in de codificaties van de Duitstalige gebieden

In de Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis (hierna: CMBC) van 1756 wordt de betalende schuldenaar een zelfstandig regresrecht verleend. De rechtvaardiging hiervoor bestaat uit de notie dat de presterende hoofdelijke schuldenaar ook de schuld van zijn medeschuldenaren betaalt.⁴⁵ Dit geldt ook voor het Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (hierna: ALR) (1794). Hierin wordt betrekkelijk uitvoerig uiteengezet op welke wijze de betalende schuldenaar een zelfstandig regresrecht toekomt. Zo bepaalt het ALR dat de bijdrageplicht eerst moet worden afgeleid uit een eventuele overeenkomst tussen de hoofdelijke medeschuldenaren. Mocht een dergelijke overeenkomst niet bestaan dan wordt de bijdrageplicht geënt op hun onderlinge rechtsverhouding in het licht van de gezamenlijke onderneming of het daaruit genoten voordeel. Biedt ook dit geen soelaas dan volgt er regres voor gelijke delen.⁴⁶ Daarnaast voorziet het ALR in de situatie wanneer één van de medeschuldenaren insolvent raakt. Er wordt in voorkomend geval gebruikgemaakt van omslag onder de medeschuldenaren.⁴⁷

43 Van Boom 1999, p. 91; Schmoeckel, Rückert & Zimmerman 2007, p. 2483; Meier 2010, p. 268-269.

44 Schmoeckel, Rückert & Zimmerman 2007, p. 2483. Zie ook Novelle 99.

45 Vierter Theil, Erstes Kapitel, § 23 CMBC.

46 Erster Theil, Fünfter Titel, §§ 443-445 ALR:

§ 443: Wie weit ein Verpflichteter, der die Verbindlichkeit gegen den Berechtigten erfüllt hat, sich an die übrigen halten könne, ist nach dem Inhalte des unter ihnen bestehenden Vertrags zu beurtheilen.

§ 444: Ist kein solcher Vertrag vorhanden, so muß die unter ihnen bestehende Verbindlichkeit nach ihren, in Ansehung des übernommenen Geschäfts oder des daraus gezogenen Vortheils, obwaltenden besondern Verhältnissen beurtheilt werden.

§ 445: Kann auch hiernach die Entscheidung nicht erfolgen, so haften die Verpflichteten unter sich zu gleichen Theilen.

47 Erster Theil, Fünfter Titel, §§ 446-447 ALR:

§ 446: Wenn einer oder mehrere der gemeinschaftlich Verpflichteten Verträge zu schließen unfähig sind, so müssen die übrigen deren Antheil unter einander übertragen.

§ 447: Ist einer, oder sind mehrere der Mitverpflichteten demjenigen, welcher den Berechtigten für das Ganze befriedigt hat, ihre Antheile zu entrichten unvermögend, so muß ein solcher ausfallender Antheil gleichergestalt von sämtlichen Mitverpflichteten, mit Inbegriff desjenigen, welcher die Zahlung an den Berechtigten geleistet hat, übertragen werden.

Ook de negentiende-eeuwse Oostenrijkse en Zwitserse codificaties voorzien in een zelfstandig regresrecht.⁴⁸ In navolging van het ALR gebruikt het Oostenrijkse Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (hierna: ABGB) van 1811 een zelfstandig regresrecht waarbij de onderlinge rechtsverhouding tussen de schuldenaren bepalend is voor de omvang van de bijdrageplicht. Bij afwezigheid van een duidelijke interne verhouding wordt teruggevallen op de draagplicht voor gelijke delen.⁴⁹

Het Zwitserse Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich (1854-56) stelt dat de presterende schuldenaar een regresrecht heeft en wordt gecedeerd in de rechten van de schuldeiser.⁵⁰ Het van later datum zijnde Zwitserse Obligationenrecht (hierna: S. OR) van 1881 put met art. 168 uit het gedachtegoed van het Züricher Gesetzbuch (hierna: ZürGB). Opvallend aan dit artikel is dat de draagplicht voor gelijke delen geldt, tenzij er uit de onderlinge rechtsverhouding van de schuldenaren een andere verdeling van de draagplicht volgt.⁵¹ Gelijk aan de regresbepaling uit het huidige Zwitserse Obligationenrecht (1911)⁵² is de draagplicht voor gelijke delen het uitgangspunt. Andere verdelingsmogelijkheden, c.q. maatstaven, moeten worden gesteld en bewezen.⁵³

Gedurende de negentiende eeuw is in de Duitse gebieden de vraag gesteld of een voor alle Duitse gebieden geldend (burgerlijk) wetboek noodzakelijk is.⁵⁴ Met Von Savigny als drijvende kracht is deze vraag lange tijd negatief beantwoord. De unificatie van Duitsland in 1871 brengt hier verandering in en werkt als katalysator: er

48 Oostenrijk: § 896 ABGB; Zwitserland: § 942 ZürGB, art. 168 OR (1881).

49 § 896 ABGB.

50 § 942 ZürGB.

51 Art. 168 S. OR 1881:

Sofern sich aus dem Rechtsverhältnisse unter den Solidarschuldnern nicht etwas Anderes ergibt, hat von der an den Gläubiger geleisteten Zahlung ein Jedereinen gleichen Theil zu übernehmen.

Was von einem Mitschuldner nicht erhältlich ist, haben die übrigen gleichmässig zu tragen. Auf den regressberechtigten Solidarschuldner gehen in demselben Masse, als erden Gläubiger befriedigt hat, alle Rechte desselben über. Der Gläubiger ist dafür verantwortlich, dass er die rechtliche Lage des einen Solidarschuldners nicht zum Schaden der übrigen besser stelle.

52 Art. 148 S. OR 1911:

1. Sofern sich aus dem Rechtsverhältnisse unter den Solidarschuldnern nicht etwas anderes ergibt, hat von der an den Gläubiger geleisteten Zahlung ein jeder einen gleichen Teil zu übernehmen.

2. Bezahlt ein Solidarschuldner mehr als seinen Teil, so hat er für den Mehrbetrag Rückgriff auf seine Mitschuldner.

3. Was von einem Mitschuldner nicht erhältlich ist, haben die übrigen gleichmässig zu tragen.

53 Vgl. § 426 BGB. Zie verder § 2.5.6.2.

54 Anton Friedrich Justus Thibaut, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland*, 1814; Friedrich Carl von Savignys, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814. Zie verder over de Kodifikationsstreit: Fortunato, *ZJS* 2009/4.

zal één burgerlijk wetboek komen. De in de negentiende eeuw dominante rechtsstroming van de Pandektisten⁵⁵ heeft veel invloed gehad op de inhoud en systematiek van het nieuw te ontwerpen Bürgerliches Gesetzbuch (hierna: BGB) (1900).

In navolging van Von Savigny benadrukken de Pandektisten de historische en de systematische eigenheid van het recht en de rechtswetenschap. Recht is een historisch fenomeen. Om huidig recht te duiden, moet eerst het oude recht worden begrepen. Zo ook bij het vermogensrecht. De wortels van het vermogensrecht liggen ferm verankerd in het Romeinse recht. Daarom bestuderen de Pandektisten dit recht. Een studie van het Romeinse recht maakt het mogelijk de grondbeginselen en de rechtstechnieken van het burgerlijk recht te begrijpen. De Pandektisten beogen om door herinterpretatie van het Romeinse recht tot een nieuw wettelijk systeem te komen. Hierbij stellen zij de systematiek en het begrippenkader van het Romeinse recht centraal.⁵⁶

De destijds in de Duitse rechtswetenschap levende overtuigingen over hoofdelijkheid en regres zijn als gevolg van de Pandektistiek sterk Romeinsrechtelijk geïnspireerd, hoewel de betreffende wettelijke bepalingen uit het BGB dat misschien niet doen vermoeden. Zo menen de Pandektisten dat het Romeinse recht twee typen hoofdelijkheid kent, de correale hoofdelijkheid en de solidaire hoofdelijkheid. De correaliteit wordt gekenmerkt door een rechtsrelatie tussen een schuldeiser en meerdere schuldenaren die zich ten behoeve van één verbintenis hebben verbonden. Daarbij delen de correale schuldenaren in grote mate de rechtsgevolgen, er is sprake van vereenzelviging.⁵⁷ Bij de solidariteit bestaan meerdere verbintenissen bij evenzoveel schuldenaren. Deze schuldenaren delen de voortkomende rechtsgevolgen in mindere mate. Hun verbintenissen staan in beginsel los van elkaar.⁵⁸

Of het Romeinse recht werkelijk ook twee verschillende vormen van hoofdelijkheid kent valt te betwijfelen. De verschillende vormen lijken meer een gevolg van niet eenduidige Romeinse bronnen en de interpretatiedrift van de Pandektisten. Hoe dan ook, de tweedeling in de hoofdelijkheid is niet opgenomen in het BGB. De Duitse wetgever heeft uit praktische overwegingen bewust gekozen dit verschil te laten varen.⁵⁹

55 De ideeën van Savigny slaan aan en worden op veel universiteiten in zogenaamde Pandekten (digesten)colleges onderwezen. Daarom worden de aanhangers van deze stroming Pandektisten genoemd.

56 Lokin 1994; Brandsma, *AA* 2009, p. 417-420.

57 Wendt 1888, p. 506 (§ 206); Dernburg 1889, p. 190 (§ 72).

58 Dernburg 1889, p. 186-190 (§§ 70-71).

59 In het oud BW lijkt art. 1316 OBW de correale hoofdelijkheid te zijn. Via de Code Civil is dit in het oud BW terechtgekomen. Het oude BW kent ook geen regeling voor toevallig samenlopende verbintenissen. Hieraan is in de rechtspraak tegemoetgekomen. Zie HR 30 oktober 1925, *NJ* 1926/157, m.nt. PS (NV Van Nievelt Goudriaan & Co's Stoomvaartmaatschappij/Compagnie Auxiliaire de Navigation & Volker). De Kok 1965, p. 55-56 en p. 113; Van Quickborne 1975, p. 110; Van Boom 1999, p. 233-234.

Eenzelfde ontwikkeling waarin praktische argumenten het winnen van een Romeinsrechtelijk geïnspireerde argumentatie, is ook waar te nemen bij het regresrecht. Zo wordt op grond van geherinterpreteerde Romeinsrechtelijke dogmatiek aangenomen dat correaliteit ‘regresneutraal’ is. Dit betekent dat correaliteit regres niet uitsluit, maar dat regres ook niet voortvloeit uit de correale hoofdelijkheid. Toch is in de negentiende eeuw geprobeerd om door middel van het doorontwikkelen van het Romeinse recht tot (nieuwe) grondslagen te komen voor een algemeen regresrecht bij hoofdelijkheid.⁶⁰

In dit licht is door Von Savigny het gebruik van cessieregres geopperd.⁶¹ Verschillende van zijn tijdgenoten menen reeds dat dit voorstel niet het juiste antwoord biedt op het regresvraagstuk. Het regresrecht zou op deze wijze als oude wijn in nieuwe zakken verkocht worden.⁶² Een tweede voorstel is het inzicht dat de presterende schuldenaar als *Fremdgeschäftsführer* regres neemt. De gedachte is hierbij dat vanwege de eenheid van de correale schuld, de presterende schuldenaar niet alleen zijn eigen prestatie voldoet, maar ook de verplichtingen van zijn medeschuldenaren. Verschillende auteurs menen dat deze gedachte niet in lijn is met het Romeinse recht, zij stellen dat het Romeinse recht geen uit de correaliteit voortkomend regresrecht kent.⁶³ Andere geponeerde grondslagen zijn: (I) het gemeenschappelijke doel van de correaliteit – de betaling aan de schuldeiser –, (II) de billijkheid of (III) het handelen door de presterende schuldenaar voor een tussen de schuldenaren werkende sociëteit van schuldenaren.⁶⁴

Uit de literatuur komt naar voren dat de meeste negentiende-eeuwse Duitse rechtsgeleerden neigen naar een wettelijk regresrecht.⁶⁵ Daarbij is, ondanks de verschillende visies op de werking en vorm van een grondslag voor regres, de bevrijding van de medeschuldenaren van hun schuld een veel genoemde rechtvaardiging. Ook het idee van de intern werkende sociëteit van schuldenaren beklijft. Dit vormt later de basis voor de notie dat medeschuldenaren niet alleen regres mogen nemen voor de betaling aan de schuldenaar, maar ook de bijkomende kosten kunnen verhalen.⁶⁶

Naast de polemiek in de Duitse rechtsliteratuur heeft de zogenaamde eerste commissie die zich buigt over het ontwerp voor een nieuw Duits burgerlijk wetboek, zich laten leiden door andere codificaties. Eén van deze inspiratiebronnen is het Zwitserse recht geweest. De Zwitserse wetgever heeft geen Pandektistische gedachten

60 Meijer 2010, p. 276.

61 Von Savigny 1851, p. 243.

62 Wendt 1888, p. 508 (§ 207); Schmoeckel, Rückert & Zimmermann 2007, p. 2485.

63 Meier 2010, p. 277.

64 Schmoeckel, Rückert & Zimmermann 2007, p. 2485; Meier 2010, p. 279.

65 Dernburg 1889, p. 199 (§ 73).

66 Meier 2010, p. 279.

bij regresbepaling art. 148 S. OR en wordt daarom niet gehinderd door allerlei overwegingen ten aanzien van een regresneutrale hoofdelijkheid.⁶⁷ Het regres komt voort uit de hoofdelijkheid, zowel in het geval van contractuele als wettelijke hoofdelijke aansprakelijkheid. Art. 148 S. OR vormt een grondslag voor regres en geeft ook een maatstaf ter vaststelling van de draagplicht.

Het is deze praktische benadering die uiteindelijk ook door de commissie wordt gehanteerd. Zij stelt dat hoewel het theoretisch juist is om uit te gaan van een regresneutrale hoofdelijkheid, dit niet dienstbaar is aan de praktijk. Immers, bij contractueel overeengekomen hoofdelijkheid moet de presterende schuldenaar stellen en bewijzen dat er sprake is van een regresrecht. De commissie besluit daarom tot het opstellen van een regresbepaling die bij twijfel en voor zover niets anders volgt uit de wet of uit een rechtshandeling, regres mogelijk maakt naar *Kopfteilen*.⁶⁸ Er is ten opzichte van de Pandektistische gedachte over de regresneutraliteit van de hoofdelijke aansprakelijkheid sprake van omgekeerde bewijslast. Mede op grond van de overwegingen van deze commissie, is regresbepaling § 426 I BGB ontwikkeld. Door te bepalen dat iedere hoofdelijke schuldenaar een bepaald deel van de schuld hoort te dragen, stelt de Duitse regresbepaling in feite niets anders dan de regresbepalingen van andere codificaties.⁶⁹ Tegelijkertijd wil dit niet zeggen dat er geen verschillen zijn tussen de regresstelsels van de grote continentale codificaties.

2.3.2 De Code Civil en het Burgerlijk Wetboek van 1838

2.3.2.1 De Code Civil

Het Frankrijk van het *Ancien Régime* kent twee grote rechtsgebieden. De grens tussen deze twee gebieden loopt grofweg vanaf de monding van de Gironde naar het Oosten. In de provincies ten noorden van deze grens speelt het gewoonterecht een grote rol, de *pays du droit coutumier* terwijl in de zuidelijke provincies het geschreven Romeinse recht een prominente plek inneemt, de *pays de droit écrit*.⁷⁰ In de zeventiende en de achttiende eeuw proberen Franse juristen een einde te maken aan deze rechtspluriformiteit met behulp van het Romeinse recht.⁷¹ Eén van de bekendste van deze juristen is Robert-Joseph Pothier (1699-1772). De werken van Pothier zijn in het bijzonder van belang omdat de Franse wetgever bij het opstellen van de Code Civil

⁶⁷ Meier 2010, p. 282.

⁶⁸ Schmoeckel, Rückert & Zimmerman 2007, p. 2486; Meier 2010, p. 281.

⁶⁹ Meier 2010, p. 280.

⁷⁰ König 1976, p. 19-21. Overigens was er op het gebied van verbintenissenrecht in redelijke mate sprake van een rechtseenheid, omdat het Romeins recht in dit geval meer houvast bood dan het gewoonterecht.

⁷¹ König 1976, p. 31-33.

(1804) hier, samen met de werken van Jean Domat (1625-1696) en François Bourjon (16?-1751), uitvoerig gebruik van heeft gemaakt.⁷² Dit is relevant omdat de Code Civil de ontwikkeling van het Nederlandse Burgerlijk recht heeft beïnvloed.

Onder invloed van het gedachtegoed van Pothier, is in de Code Civil gekozen voor meerdere grondslagen om een bijdrageplicht op te baseren. Dit is overeenkomstig aan het na-klassieke Romeinse recht.⁷³ Zo is art. 1214 CC⁷⁴ een zelfstandig recht om bijdragen te vorderen van medeschuldenaren. Dit recht berust eveneens op de veronderstelling dat de hoofdelijke schuld onder de medeschuldenaren gedeeld is.⁷⁵ De presterende hoofdelijke schuldenaar betaalt (voor een deel) de schuld van een ander. Daarnaast bepaalt art. 1251 lid 3 CC⁷⁶ dat de hoofdelijke schuldenaar die de schuld voldoet aan de schuldeiser door subrogatie de schuldvordering van hem verkrijgt.

Dogmatisch gezien is de subrogatie een problematisch rechtsinstituut om de bijdrageplicht tussen *in solidum* verbonden schuldenaren mee te bewerkstelligen. Uit subrogatie kan volgen dat de betalende schuldenaar gerechtigd is om de totale schuld, eventueel met verrekening van zijn eigen aandeel, te verhalen op een medeschuldenaar. De door hem aangesproken medeschuldenaar kan deze handelswijze op zijn beurt herhalen en zodoende ontstaat een verhaalscirkel. Kortom, er is geen sprake van schulddeling, maar van schuldverschuiving.⁷⁷ Zelfs wanneer het eigen aandeel wordt verrekend is het een omslachtige manier om van ieder van de medeschuldenaren zijn bijdrage te vorderen. Hierbij wordt de zaak dogmatisch gezien nog gecompliceerder, wanneer een eventuele omslag van toepassing is.⁷⁸

Omwille van redelijke uitkomsten is het in rechtstelsels die de subrogatie gebruiken om de interne bijdrageplicht tussen hoofdelijk verbonden schuldenaren vorm te geven, aanvaard dat de betalende schuldeiser iedere medeschuldenaar alleen voor zijn eigen deel kan aanspreken.⁷⁹ Zoveel blijkt ook uit de tekst van art. 1213 CC. Met zinsnede: *qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion* beoogt de Franse wetgever dat hoofdelijkheid zich niet voortzet in de onderlinge rechtsverhouding tussen hoofdelijke schuldenaren om zodoende een *circuit d'actions* te voorkomen.⁸⁰

72 König 1976, p. 25; Lokin & Zwolve 2014, p. 215, 245.

73 Cohen 1891, p. 154-155; Van Boom 1999, p. 91.

74 Art. 1214 CC: Le codébitéur d'une dette solidaire, qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que les part et portion de chacun d'eux. Si l'un d'eux se trouve insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité se répartit, par contribution, entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le paiement.

75 Pothier 1760, nr. 264. Vgl. Von Savigny 1851 en nouvelle 99.

76 Art. 1251 lid 3 CC: La subrogation a lieu de plein droit: Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter. Vgl. § 426 II BGB; art. 6:12 BW.

77 Pothier spreekt van een *circuit d'actions*. Pothier 1760, nr. 261 en 281; De Kok 1965, p. 28; Parl. Gesch. Boek 6, p. 117-118.

78 Knap 1925, p. 67-68 en 70-71; De Kok 1965, p. 28; Van Boom 1999, p. 93-94.

79 Van Boom 1999, p. 94.

2.3.2.2 Het Burgerlijk Wetboek van 1838

Overeenkomstig met de situatie in het Frankrijk onder het *Ancien Régime* kent de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden (1588-1795) een lappendeken aan jurisdicties. Provincies, steden en dorpen hebben bijzondere wetten en gewoontes op grond waarvan recht wordt gesproken. Naast het lokale gewoonterecht wordt eveneens het gerecipieerde Romeinse recht en het Kerkelijk recht gebruikt, wat leidt tot een cocktail van rechtsbronnen. De verwarring en de onzekerheid die dit met zich meebrengt geeft aanleiding om de wetgeving te centraliseren. Echter, pogingen om het regionale gewoonterecht te doorbreken en tot centraal geschreven wetgeving te komen mislukken. Als gevolg van de centraliserende werking van de Bataafse omwenteling komt hier vanaf 1795 verandering in. Net zoals in Frankrijk de Franse revolutie (1789) en in Duitsland de eenwording (1871) stuwende krachten zijn voor het juridische unificatieproces, doorbreekt de Bataafse omwenteling in Nederland het particularisme van de gewesten. De weg staat nu open om te komen tot een nieuw (burgerlijk) wetboek dat exclusieve werking heeft.

Na een mislukte poging van de zogenaamde Commissie van Twaalf (1798) om een dergelijk nieuw wetboek te ontwerpen, eist Napoleon Bonaparte dat de Franse Code Napoleon (hierna: Code Civil) wordt ingevoerd.⁸¹ Koning Lodewijk Napoleon die inmiddels gekroond is tot koning van het Koninkrijk Holland (1806), kiest ondanks de wens van zijn broer voor een op het Koninkrijk Holland geënte versie van de Franse Code Civil. Lodewijk Napoleon besluit hiertoe vanwege de maatschappelijke en de economische verschillen tussen Frankrijk en Nederland. Ook de uiteenlopende rechtstradities van beide landen vormen een reden om tot aanpassing van de Code Civil over te gaan. De keuze voor aanpassing van de Code Civil is minder logisch dan op het eerste gezicht gedacht. Immers, Nederlandse pogingen om tot een exclusief burgerlijk wetboek te komen zijn mislukt. Daarbij wordt de Franse Code Civil reeds door tijdgenoten beschouwd als een juridisch meesterwerk.⁸²

Op 1 mei 1809 treedt het 'Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland' in werking. Het wetboek wordt niet onverdeeld positief ontvangen. Een negentiende-eeuwse auteur omschrijft het wetboek als 'noch Hollandsch, noch Fransch: maar [...] een verward mengsel van beiden'.⁸³ Het wetboek is geen lang leven beschoren. Als gevolg van de inlijving van het Koninkrijk Holland bij het Franse Keizerrijk wordt het Wetboek Napoleon op 1 maart 1811 vervangen door de Franse Code Civil. Na de val van Napoleon ruziën het noordelijk deel (Nederland) en

80 Vgl. art. 1328 OBW; art. 1334 OBW. Schüller 1867.

81 Zie voor meer informatie over de verschillende wetsontwerpen in de periode 1798-1830, Koops 2010, p. 225-234.

82 Salomons 2010, p. 49.

83 Pinto 1860, p. 12.

het zuidelijk deel (België en Luxemburg) van het nieuwbakken Verenigd Koninkrijk der Nederlanden (1815-1830) over het nut en de noodzaak van een eigen nationale codificatie. Ondertussen blijft de Franse Code Civil van kracht. Generaties Nederlandse juristen worden zodoende opgeleid met het Franse wetboek. Na de afscheiding van België (1830) is er voor het noorden geen beletsel om een eigen codificatie in te voeren en wordt op 1 oktober 1838 het Burgerlijk Wetboek ingevoerd. In het Zuidelijk deel blijft de van oorsprong Franse wetgeving van kracht.⁸⁴

Door de verwevenheid van het Franse juridische gedachtegoed bij de negentiende-eeuwse Nederlandse juristen, is het geen verrassing dat het Burgerlijk Wetboek van 1838 in grote mate schatplichtig is aan de Code Civil.⁸⁵ Zo ook Boek III, afdeling acht van het Burgerlijk Wetboek dat de solidaire of hoofdelijke verbintenissen behandelt. De afdeling stemt overeen met art. 1197-1216 CC⁸⁶, waarbij regresbepaling art. 1329 OBW een exacte kopie is van haar Franse tegenhanger art. 1214 CC.

Art. 1329 OBW geeft een verhaalsmogelijkheid aan de betalende schuldenaar. Het artikel zorgt voor een directe wettelijke grondslag in het oude BW. De wetgever heeft zich niet bediend van andere rechtsfiguren, zoals de zaakwaarneming of de ongerechtvaardigde verrijking, om het onderlinge verhaal tussen hoofdelijke schuldenaren te rechtvaardigen.⁸⁷ De betalende schuldenaar kan van ieder van zijn medeschuldenaren hun aandeel in de schuld eisen. De omvang van dit aandeel is afhankelijk van de manier waarop de schuldenaren onderling hun verplichting ten aanzien van de verbintenis hebben geregeld. Dit betekent dat er sprake kan zijn van een ongelijke draagplichtverdeling. Deze verdeling moet worden bewezen door de regreszoekende schuldenaar die zich erop beroept. Indien één van de medeschuldenaren onvermogen is, wordt zijn deel pondpondsgelijk omgeslagen over de solvabele schuldenaren.⁸⁸

Art. 1329 OBW geeft geen uitsluitel bij toevallig samenlopende verbintenissen.⁸⁹ Wat dit aangaat heeft het oude BW geen sluitende regresregeling.⁹⁰ De Hoge Raad heeft deze leemte aangevuld door in dergelijke gevallen ook een buitenwettelijke plicht tot bijdragen te aanvaarden.⁹¹ De regresregeling is regelend recht hetgeen partijen de ruimte laat om hun overeengekomen rechtsverhouding te laten derogeren aan de wettelijke bepaling.⁹²

84 Hondius 1989, p. 532.

85 Asser/Scholten Algemeen deel* 1974/7.

86 Art. 1199 CC en art. 1206 CC betreffende verjaring zijn niet opgenomen in Boek III, Titel I, afdeling acht, maar in Boek IV, Titel VII, afdeling 4, art. 2020 OBW en art. 2022 OBW.

87 Knap 1925, p. 33-34.

88 Diephuis 1859, nr. 317, 322.

89 Bij toevallig samenlopende verbintenissen kan onder vigeur van het oude Burgerlijk Wetboek iedere schuldenaar voor het geheel worden aangesproken. Zie arrest HR 3 mei 1901, *W.* 7601 (Jansen van Oist/Ariese). Vgl. art. 6:102 BW.

90 Van Boom 1999, p. 91-93.

91 HR 30 oktober 1925, *NJ* 1926/157, m.nt. PS (NV Van Nievelt Goudriaan & Co's Stoomvaartmaatschappij/Compagnie Auxiliaire de Navigation & Volker). Vgl. art. 6:102 BW.

92 De Kok 1965, p. 113.

Naast het regresrecht van art. 1329 OBW kent het oude BW, gelijk aan de dubbele grondslag in de Code Civil, ook de subrogatie (art. 1436-1439 OBW) als mogelijkheid voor een schuldenaar om zijn medeschuldenaar aan te spreken voor hetgeen hij boven zijn aandeel in de schuld heeft voldaan. Art. 1437 OBW jo art. 1439 OBW geeft de schuldenaar die de schuldeiser heeft voldaan diens voorrechten, zakelijke en persoonlijke zekerheden die aan de vordering van de schuldeiser verbonden zijn. Subrogatie kan op grond van de wet of overeenkomst plaatsvinden.⁹³ De subrogatie kan conform 1437 OBW met en zonder medewerking van de schuldeiser worden bewerkstelligd. De samenhang tussen de regresbepaling en de subrogatie is als volgt geregeld in het oude BW. Art. 1328 OBW bepaalt dat de hoofdelijke schuldenaren intern draagplichtig zijn. Conform art. 1329 OBW komt de schuldenaar die meer dan zijn eigen aandeel heeft voldaan in de schuld een regresrecht toe. Naast dit regresrecht verleent art. 1438 lid 3 OBW aan deze schuldenaar ook subrogatie.⁹⁴

De hoofdelijke schuldenaar die gebruikmaakt van subrogatie kan dat doen 'zover het regres reikt'.⁹⁵ De subrogatie kan, ter voorkoming van een verhaalscirkel, alleen plaatsvinden op hen die intern draagplichtig zijn voor hun aandeel in de schuld.⁹⁶ Bij gedeeltelijke betaling aan de schuldeiser heeft de restvordering van de schuldeiser prioriteit ten opzichte van de vordering uit subrogatie van de betalende schuldenaar, aldus art. 1439 OBW.⁹⁷ Dit systeem is niet overgenomen in het subrogatieregime van art. 6:12 BW. In plaats daarvan gaan zekerheidsrechten en andere rechten, die verbonden zijn aan de vordering van de schuldeiser, in evenredigheid van de afgeloste schuld over aan de boven zijn aandeel betalende schuldenaar. Bij een eventuele executie van de bezwaarde goederen wordt de opbrengst verdeeld tussen de schuldeiser en de betalende schuldenaar met in achtneming van hun vorderingen.⁹⁸

2.4 Het regresrecht en het Burgerlijk Wetboek van 1992

Het huidige regresrecht heeft veel kenmerken overgenomen van het oude recht. Dit doet vermoeden dat de wetgever de systeemkeuzen bevestigt die zijn gemaakt in het OBW. Toch heeft het huidige regresrecht een prominentere plek in het Burgerlijk Wetboek dan zijn voorganger uit 1838. Hieraan liggen twee redenen ten grondslag.

93 Art. 1436 OBW.

94 De Kok 1965, p. 121; Van Boom 2016, p. 99-100.

95 De Kok 1965, p. 121.

96 De Kok 1965, p. 121. Vgl. art.1213 CC.

97 Vgl. art. 10:106 lid 2 PECL.

98 Busch 2006, p. 36.

Ten eerste bevat het nieuw Burgerlijk Wetboek meer bepalingen waarbij de hoofdelijkheid een rol speelt. Als gevolg hiervan kent het wetboek ook meer regresbepalingen. Ten tweede is het regresstelsel van art. 6:10-14 BW uit het huidige Burgerlijk Wetboek uitgebreider dan het oude regresstelsel (art. 1328-1331 OBW).⁹⁹ In de onderstaande paragraaf worden art. 6:10-14 BW kort toegelicht.

2.4.1 De bijdrageplicht en de omslagplicht

Het regresrecht veronderstelt hoofdelijkheid en vervulling van de hoofdelijk verschuldigde prestatie door de regresgerechtigde. De rechtvaardiging van het regres ligt in het gegeven dat de schuldenaar boven zijn eigen aandeel betaalt. Het is dus irrelevant of hij wel of niet de gehele schuld betaalt.¹⁰⁰ De regresplichtigen kunnen door de regresgerechtigde slechts worden aangesproken tot het bedrag dat hen aangaat in het gedeelte van de schuld dat hen in hun onderlinge verhouding treft. De schuldenaren zijn derhalve onderling niet hoofdelijke aansprakelijk.¹⁰¹

De mogelijkheid om van de medeschuldenaren bijdragen te vorderen, wordt verleend door een dubbele wettelijke grondslag. Deze grondslag bestaat uit het wettelijk regresrecht krachtens art. 6:10 BW en de regresversterkende subrogatie ex art. 6:12 BW. Door art. 6:12 BW gaan de rechten en nevenrechten (bijvoorbeeld zekerheidsrechten) die rusten op de vordering die de schuldeiser heeft op de schuldenaar, over op de presterende hoofdelijke schuldenaar.¹⁰² Deze vorm van subrogatie wijkt af van de algemene regeling voor subrogatie.¹⁰³ Het verschil is dat de vordering overgaat op een medeschuldenaar in plaats van een betalende derde.¹⁰⁴ Art. 6:12 BW bestaat uit een systeem van beperkte subrogatie. Dit betekent dat de hoofdelijk betalende debiteur:

99 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/121.

100 Overeenkomstig in het Duitse recht. Krüger 2007, p. 2647.

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

102 In de literatuur is er geen eenstemmigheid of regres en subrogatie als twee aparte vorderingen moeten worden gezien of dat er één vorderingsrecht is. Van Boom ziet, mijns inziens correct, art. 6:12 BW als regresversterkende subrogatie en spreekt als zodanig over één vorderingsrecht. Zie Van Boom 1999, p. 99-101; Van Boom 2016, p. 112. De Kok spreekt van twee losse vorderingsrechten. Zie De Kok 1965, p. 111. Vgl. de *beneficium cedendarum actionum*; § 426 II BGB; art. 1251 (3) CC; art. 149 OR; art. 1251 (3) BW.

103 Art. 6:150 e.v. BW.

104 Andere in het oog springende verschillen zijn:

- I. de schuldenaren zijn niet langer hoofdelijk verbonden in tegenstelling tot wanneer een derde tegenover hen wordt gesubrogeerd op grond van art. 6:150 BW;
- II. de afzonderlijke schuldenaren krijgen ieder een deel van de vordering;
- III. wanneer een schuld een medeschuldenaar niet aangaat, dan verkrijgt degene die betaalt, noch op grond van art. 6:10 BW noch op grond van 6:12 BW een recht tegen hem;
- IV. ten aanzien van het gedeelte van de schuld dat de schuldenaar aangaat wordt hij niet gesubrogeerd;
- V. alleen in bijzondere omstandigheden kan de betalende schuldenaar gesubrogeerd worden in de rechten tegenover anderen dan zijn medeschuldenaren. Biemans 2011, aant. 3-4.

- (I) niet voor gemaakte kosten gesubrogeerd wordt, maar slechts voor schulddeling;
- (II) niet meer rechten kan uitoefenen dan de schuldeiser;
- (III) alleen dat bedrag gesubrogeerd krijgt wat boven zijn aandeel gaat; en
- (IV) uitsluitend gesubrogeerd wordt voor zover de schuld de medeschuldenaar aangaat.¹⁰⁵

Een schuldenaar kan op twee manieren zijn aandeel in de schuld te betalen: (I) de schuldenaar betaalt zijn deel aan de schuldeiser of (II) de schuldenaar betaalt zijn aandeel in de schuld aan de schuldenaar ten laste van wiens vermogens de schuld (deels) is verhaald. Bij verhaal tussen de medeschuldenaren onderling, moet rekening worden gehouden met het bestaan van twee groepen schuldenaren: de draagplichtige schuldenaren en de niet-draagplichtige schuldenaren.¹⁰⁶ Draagplichtige schuldenaren gaat de schuld aan en niet-draagplichtige schuldenaren hebben geen aandeel in de schuld.

In overeenstemming met art. 1329 BW (oud) wordt art. 6:10 BW gezien als een zelfstandige bron van verbintenis die losstaat van de hoofdvordering van de crediteur. Dit is mede terug te zien in art. 6:14 BW. Dit artikel is van belang wanneer een schuldenaar door de schuldeiser wordt ontslagen uit hoofdelijkheid. Ontslag betekent niet dat de schuldenaar ook bevrijd is van zijn interne bijdrageplicht.¹⁰⁷ De schuldeiser kan alleen de verhouding tussen schuldenaren onderling beïnvloeden wanneer hij twee zaken combineert. Conform art. 6:14 BW zijn dit het ontslag uit hoofdelijkheid en het verminderen van zijn vordering op de medeschuldenaren voor het bedrag dat als bijdrage van de uit hoofdelijkheid ontslagen schuldenaar gevorderd had kunnen worden.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Oostwouder 1996, p. 338-339.

¹⁰⁶ Een schuldenaar zou bijvoorbeeld niet draagplichtig kunnen zijn wanneer hij geen belang heeft bij de tegenwaarde van de schuld. De Code Civil ziet zo'n niet-draagplichtige schuldenaar als borg in de onderlinge verhouding. Zie art. 1216 CC; Pothier 1760, nr. 264; Meiers 2010, p. 290-291. Eveneens zo in: art. 1331 OBW. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/124.

¹⁰⁷ Vgl. § 423 BGB. Krüger 2007, p. 2647.

¹⁰⁸ Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat met toepassing van art. 6:14 BW de bijdrageplicht krachtens art. 6:10 BW en de omslagplicht in de zin van art. 6:13 BW kan worden vermeden. Echter, bij een sterfhuisconstructie kan de omslag oplopen en de bank zal dan niet snel genegen zijn uitvoering te verlenen aan art. 6:14 BW.

De zelfstandige aard van het regresrecht leidt ook tot een eigen verjaringstermijn. In Van Aart en ASR/Achmea¹⁰⁹ is bepaald dat het verjaringstermijn voor een regresvordering haar grondslag vindt in art. 3:310 lid 1 BW.¹¹⁰ De Hoge Raad ziet de regresvordering namelijk als een schadevergoedingsvordering. Het regres moet ongerechtvaardigde verrijking voorkomen en valt daarom onder de (ruime) reikwijdte van art. 3:310 lid 1 BW. Op grond van deze redenatie is de verjaringstermijn vijf jaar en vangt aan vanaf het moment dat de regresverbintenis opeisbaar wordt.¹¹¹

Een in de literatuur geopperd alternatief is de verjaringstermijn van art. 3:306 BW. Zo wordt gesteld dat art. 3:306 BW van toepassing is op art. 6:10 BW daar de regresvordering geen rechtsvordering tot vergoeding van schade is, maar een rechtsvordering tot bijdragen.¹¹² Echter, de uit art. 3:306 BW volgende verjaringstermijn van twintig jaar heeft tot gevolg dat de regresgerechtigde een langere verjaringstermijn toekomt dan de schuldeiser voor wie de hoofdelijkheid is aangegaan. De vordering die de oorspronkelijke schuldeiser had op de schuldenaren is bijna zonder uitzondering van verbintenisrechtelijke aard en kent op grond van art. 3:307 e.v. BW een verjaringstermijn van vijf jaar.¹¹³ Een voor de regresvordering geldende verjaringstermijn krachtens art. 3:306 BW lijkt zich daarom niet goed te verhouden tot de wettelijke systematiek. Overigens zal er in veel gevallen contractueel worden afgeweken van de wettelijke verjaringstermijn. Bijvoorbeeld door bij vervoersovereenkomsten art. 32 CMR van toepassing te verklaren. De verjaringstermijn van rechtsvorderingen verjaart dan na één jaar en dat is aanzienlijk korter dan de door de Hoge Raad gestelde verjaringstermijn of de verjaringstermijn uit art. 3:306 BW.

109 HR 6 april 2012, LJN BU3784, *RvdW* 2012/534 (Van Aart en ASR/Achmea).

110 Duitsland: het algemene verjaringstermijn is van toepassing op § 426 BGB en bedraagt drie jaar, zie § 195 BGB. De termijn vangt conform § 199 (1) BGB aan vanaf het einde van het jaar waarin de vordering opeisbaar is en de schuldeiser kennis heeft van 1) de omstandigheden waarin de vordering is ontstaan en 2) de identiteit van de schuldenaar, of dit zou hebben gehad wanneer hij niet zeer nalatig was geweest. Een schadevergoedingsvordering die verband houdt met het leven, het lijf, de gezondheid of de vrijheid verjaart na dertig jaar, gerekend vanaf het moment dat de schadeveroorzakende gebeurtenis plaatsvindt. Andere schadevergoedingsvorderingen verjaren na een periode van tien jaar vanaf hun ontstaan of na dertig jaar vanaf het moment dat de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voltrekt. Zie BGH 18 juni 2009, VII ZR 167/08, *NJW* 2010, 60; BGH 08 november 2016, VI ZR 200/15, *VersR* 2017, 170.

Frankrijk: de Franse wet kent een algemeen verjaringstermijn van vijf jaar. Deze termijn loopt vanaf het tijdstip dat de rechthebbende bekend is, of bekend hoort te zijn, met de feiten die hem de bevoegdheid geven om zijn recht uit te oefenen. Zie art. 2224 CC: Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. Zie eveneens: art. III.-7:101 DCFR; art. 14:201 PECL.

111 HR 6 april 2012, LJN BU3784, *RvdW* 2012/534 (Van Aart en ASR/Achmea), r.o. 3.5; Van Boom 2016, p. 104-105.

112 Van Boom 2016, p. 106; Van Boom, *AA* 2013, p. 36-43, p. 37; Van Boom 1999, p. 98. Zie ook HR 4 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6210, *NJ* 2006/323 (Camerling/Gemeente Heerlen).

113 Oostwouder 1996, p. 344-351; Koopman 2010, p. 51-52; Van Schaick, *NTBR* 2012/55, p. 2-3. Vgl. Staudingers 2012, p. 570-572.

De omslagplicht

Als één van de medeschuldenaren in de interne verhouding tekortschiet in zijn bijdrageplicht dan kan de regresgerechtigde schuldenaar dit tekort omslaan ex art. 6:13 BW. Het uitgangspunt dat de hoofdelijke schuldenaar niet boven zijn aandeel in de schuld kan worden aangesproken, wordt gerelativeerd door de mogelijkheid van een omslag. Het onverhaalbare deel van een insolvente medeschuldenaar, wordt omgeslagen naar evenredigheid van het gedeelte waarvoor de schuld ieder van de medeschuldenaren in hun onderlinge verhouding aangaat.¹¹⁴ Een schuld wordt gekwalificeerd als onverhaalbaar indien het voor de verhaalzoekende door welke oorzaak dan ook, ondoenlijk is om binnen afzienbare tijd zijn verhaalsrecht jegens één van de schuldenaren te effectueren.¹¹⁵

Ook bij het omslaan van de schuld is het van belang om bewust te zijn van het systeem van gescheiden circuits, het onderscheid tussen draagplichtige en niet-draagplichtige schuldenaren. Indien een draagplichtige schuldenaar een regresvordering heeft, kan hij deze alleen verhalen op de andere draagplichtige schuldenaren. Mocht één van de draagplichtige schuldenaren geen verhaal bieden voor het gedeelte van de schuld dat hem aangaat, dan wordt dit deel naar evenredigheid van de gedeelten waarvoor de schuld ieder van hen in hun onderlinge verhouding aangaat, omgeslagen over alleen de draagplichtige schuldenaren.¹¹⁶ Bij gebrek aan draagplichtige schuldenaren op wie kan worden omgeslagen, heeft de presterende draagplichtige schuldenaar pech en moet hij het onverhaalbaar gebleven deel zelf dragen.

Als de schuldeiser een niet-draagplichtige schuldenaar aanspreekt, kan deze laatste regres nemen op de draagplichtige schuldenaren. Indien verhaalsmogelijkheden op draagplichtige schuldenaren afwezig zijn, dan kan de niet-draagplichtige schuldenaar zijn vordering verhalen op de andere niet-draagplichtige schuldenaren en wel naar evenredigheid van de bedragen waarvoor ieder op het moment van de delging van de schuld jegens de schuldeiser aansprakelijk was.¹¹⁷ Voor de helderheid: het systeem van gescheiden circuits geldt in de verhouding tussen schuldenaren onderling en niet voor hun verhouding tot de schuldeiser. Ten opzichte van de schuldeiser blijft iedere hoofdelijke schuldenaar verbonden tot betaling van de gehele vordering.¹¹⁸

114 Vgl. § 426 I BGB; art. 1214 CC; art. 1299 CC I; § 69 (6) LOA; art. 148 (3) OR.

115 Parl. Gesch. Boek 6, p. 111.

116 Art. 6:13 lid 1 BW.

117 Art. 6:13 lid 2 BW. Verloop, *De NV* 1985, p. 11-15, p. 12-13; Snijders 1992, p. 376; Oostwouder 1996, p. 339; Olaerts, *TvOB* 2009a, p. 74-84, p. 74-75; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/122.

De omslag en het systeem van gescheiden circuits leiden nog weleens tot de verwarring. Zo menen sommige auteurs ten onrechte dat indien een draagplichtige schuldenaar niet kan omslaan naar zijn mede draagplichtige schuldenaren, hij kan omslaan op de niet-draagplichtige schuldenaren. Zie De Winter & Timmerman, *MvV* 2012, p. 354-358, p. 355; Bergervoet 2014, p. 317.

118 Voor omslag en het systeem van gescheiden circuits in concernverband zie § 4.4.

De werking van de omslag leidt tot de notie dat een onaanzienlijke draagplicht een aanzienlijke omslag tot gevolg kan hebben. Het kan verregaande consequenties hebben of een concernvennootschap tot de draagplichtige schuldenaren of niet-draagplichtige schuldenaren wordt gerekend.¹¹⁹ Stel: voor de concernschuld aanvaarden concernvennootschappen, A, B, C en D, hoofdelijke aansprakelijkheid. A en B zijn draagplichtig en C en D behoren tot de groep van niet-draagplichtigen. In het geval A insolvent raakt zal de concernschuld ingevolge de regeling ex art. 6:13 BW, dus inclusief het aandeel van A, voor rekening komen van vennootschap B. Dit stelsel is bij toepassing binnen concernverband uitgebreid bekritiseerd.¹²⁰ Het omslagrisico zou onredelijk kunnen uitpakken en het ijkpunt waarop de draagplicht wordt bepaald zou onder omstandigheden de onredelijkheid van een uitkomst mogelijk vergroten. Echter, mijns inziens leidt niet het systeem van gescheiden circuits tot onredelijke uitkomsten, maar de criteria die bij afwezigheid van een draagplichtovereenkomst de interne verhouding tussen de schuldenaren beheersen. Deze maatstaven bepalen uiteindelijk of een medeschuldenaar draagplichtig is en bepalen tevens de omvang van zijn aandeel in de schuld.

Het kan voorkomen dat ook een concernvennootschap die betrokken is in de omslag in betalingsonmacht verkeerd. In de literatuur is voorgesteld dat in een dergelijk geval een derde regresfase uitkomst biedt: een itererende omslag. Voor de helderheid: met de eerste regresfase wordt de bijdrageplicht bedoeld en de tweede regresfase slaat op omslagplicht. Deze derde regresfase houdt in dat het bedrag dat niet kan worden verhaald in de omslag, weer wordt omgeslagen over de solvante concernvennootschappen die bij de omslag zijn betrokken.¹²¹ Dit systeem kan op gelijke wijze worden herhaald in een vierde regresfase wanneer er in de derde regresfase wederom een concernvennootschap niet kan voldoen aan zijn betalingsverplichting.

2.5 De draagplicht: omvang en reikwijdte

Deze paragraaf is gewijd aan de interne draagplicht tussen hoofdelijke schuldenaren. Een hoofdelijke schuldenaar kan intern worden aangesproken voor zijn aandeel in de schuld. Naast de schuld zijn er ook andere mogelijke posten, zoals kosten en rente. Ook hiervoor kan een schuldenaar worden aangesproken. In de § 2.5.1-2.5.4 worden maatstaven besproken aan de hand waarvan de omvang van het aandeel in de schuld wordt vastgesteld. Ook wordt de wijze waarop de onderscheiden

119 Rutten 1984, p. 521-525; Van der Grinten 1987, p. 64-65; Ophof 1987; Van Andel 2001, p. 313-318; Klaassen 2002, p. 689-690.

120 Rutten 1984; Van Verschuier, *WPNR* 1984, p. 734-738; Ophof 1987. Vgl. Verloop, *De NV* 1985, p. 11-15; Van Neer-Van de Broek 1988.

121 Steneker, *JOR* 2007/224, nr. 5.

maatstaven zich tot elkaar verhouden uiteengezet. In dit licht wordt de rangorde bij draagplicht behandeld in § 2.5.5 en § 2.5.6. Vervolgens komen zaken waarin schuldenaren eventueel moeten bijdragen aan bod, te weten: de kosten en de rente in § 2.5.7 en de medewerkingsplichten in § 2.5.8.

2.5.1 *Maatstaven en rangorde*

De aanduidingen, ‘draagplicht’ en ‘aandeel in de schuld’¹²² zijn nauw met elkaar verbonden, maar zijn geen synoniem voor elkaar. Met draagplicht wordt bedoeld de verplichting die een hoofdelijke schuldenaar heeft om in zijn onderlinge rechtsverhouding met zijn hoofdelijke medeschuldenaren bij te dragen. De vaststelling dat een hoofdelijke schuldenaar ‘een’ aandeel in de schuld heeft, zonder dit aandeel te specificeren, is voldoende om draagplicht aan te nemen. De mate waarin een hoofdelijke schuldenaar vervolgens moet bijdragen, wordt bepaald door zijn ‘aandeel in de schuld’ in verhouding tot zijn medeschuldenaren. Hoe moet dit aandeel in de schuld worden geïdentificeerd en op welke wijze moet de omvang van dit aandeel bepaald worden?

Vaststelling van de draagplicht (de draagplicht an sich en de omvang van de draagplicht) gebeurt met behulp van wettelijke, jurisprudentiële of contractuele maatstaven. Een vaststaande uniforme maatstaf voor alle gevallen van regresaansprakelijkheid is niet te geven, de diversiteit aan casuïstiek is te groot. Dit is ook door de wetgever onderkend en met zoveel woorden te berde gebracht in de Toelichting Meijers.¹²³ Daarom biedt de algemene regresbepaling van art. 6:10 BW ter vaststelling van de omvang van het regres van een hoofdelijke schuldenaar de containerformule: ‘het gedeelte van de schuld dat hem in hun onderlinge verhouding aangaat’. Deze formule moet haar betekenis vinden in het concrete geval en ingevuld worden door een casusafhankelijke maatstaf.¹²⁴

Welke maatstaf heeft op welke concrete situatie betrekking? Dikwijls zal in een specifieke situatie meer dan één maatstaf van toepassing zijn en is er sprake van elkaar om toepassing beconcurrerende maatstaven. Dit hoeft geen probleem te zijn. Maatstaven kunnen in een rangorde worden geplaatst. Art. 6:10 e.v. BW zijn regeland recht, daarom moet eerst worden bekeken of de schuldenaren afspraken hebben gemaakt over de onderlinge draagplicht en als zodanig vorm hebben gegeven aan hun onderlinge rechtsverhouding. Is dit niet het geval dan wordt getracht om de onderlinge rechtsverhouding te duiden op grond van de wet¹²⁵ of de aard van de overeenkomst.

122 Wat een synoniem is voor de zinsnede uit art. 6:10 lid 1 BW: [...] het gedeelte van de schuld [...].

123 Parl. Gesch. Boek 6, p. 108.

124 Zie De Kok voor het oude recht. De Kok 1965, p. 113; Parl. Gesch. Boek 6, p. 108.

125 Bijvoorbeeld art. 6:102 jo 6:101 BW.

Bij het ontbreken van een heldere maatstaf voortvloeiend uit overeenkomst of wet, wordt de onderlinge rechtsverhouding ingekleurd op grond van andere rechtsfiguren, jurisprudentiële normen en rechtsbeginselen om tot een maatstaf te komen.¹²⁶

De hiervoor beschreven rangorde komt onder andere tot uiting in de Toelichting Meijers bij art. 6.1.2.4.:

‘De grootte van ieders bijdrageplicht zal in de eerste plaats afhangen van hetgeen zij uitdrukkelijk zijn overeengekomen en van een eventuele onderlinge rechtsverhouding der schuldenaren, op grond waarvan zij zich gezamenlijk hebben verbonden [...]. Is de schuld om baat aangegaan, dan is voorts van belang – en dit vooral, wanneer er tussen de schuldenaren geen andere band bestaat, dan het feit dat zij hoofdelijk medeschuldenaren zijn – in hoeverre de tegenwaarde van hun schuld ieder van hen ten goede is gekomen.’

Indien de partijbedoeling geen uitsluitel geeft over de draagplichtverdeling en de wet hiertoe geen aanknopingspunten biedt, wordt in het Nederlandse rechtstelsel een draagplicht van gelijke delen verondersteld.¹²⁷

Het onderscheid naar de bron van waaruit maatstaven voortvloeien, doet vermoeden dat er scherpe cesuren bestaan. Echter, eenzelfde maatstaf kan afhankelijk van de omstandigheden voortkomen uit verschillende type bronnen. Zo kan de maatstaf draagplicht voor gelijke delen voortkomen uit de wet¹²⁸, bij rechtshandeling worden overeengekomen of voortvloeien uit rechtsbeginselen. Hetzelfde geldt in meer of mindere mate ook bij andere maatstaven.

2.5.2 *Maatstaven voortvloeiend uit de wet*

De rechtsverhouding tussen hoofdelijke schuldenaren wordt gedefinieerd op grond van: de wet, een overeenkomst, of algemene beginselen. Maatstaven die voort kunnen vloeien uit de wet zijn bijvoorbeeld: causaal verband, de mate van aansprakelijkheid, draagplicht voor gelijke delen of schuld. Onderstaand wordt dit toegelicht. In § 2.5.2.1 wordt indachtig het voorgaande de draagplicht bij een mededingsrechtelijke boete in concernverband uiteengezet.

Wanneer twee of meer personen een verplichting tot vergoeding van dezelfde schade hebben, zijn zij in hoofdelijkheid verbonden jegens de benadeelde. In dit geval wordt de interne rechtsverhouding tussen de hoofdelijke schuldenaren beheerst door art. 6:102 BW jo art. 6:101 BW. Hierbij dient de schade onderling evenredig te worden verdeeld op grond van de mate waarin de aan ieder toe te rekenen

126 De Kok 1965, p. 126; Van Boom 1999, p. 96-97; Van Boom 2016, p. 128.

127 HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206, *JOR* 2012/306, m.nt. Bergervoet (Janssen q.q./JVS Beheer), r.o. 6.2.

128 Art. 6:166 lid 2 BW.

omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. Verwijtbaarheid speelt in deze afweging geen rol, het is een verdeling op grond van causaal verband. Dit maakt het mogelijk om ook kwalitatieve aansprakelijkheid te verdisconteren bij het vaststellen van de draagplicht. Deze maatstaf is de hoofdregel. Afwijkingen zijn mogelijk op grond van een rechtshandeling, de wet of een billijkheidscorrectie.¹²⁹

Uit art. 6:165 lid 2 BW volgt een maatstaf voor het verdelen van de draagplicht tussen een toezichthouder en degene die aan zijn toezicht is toevertrouwd. Dit artikel is een uitwerking van art. 6:102 jo 101 BW. Stel: een persoon van veertien jaar of ouder pleegt onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming een onrechtmatige daad waar ook een derde (de toezichthouder) voor aansprakelijk is. Conform deze draagplichtverdeling dient de toezichthouder in de schadevergoeding bij te dragen voor het gehele bedrag van zijn aansprakelijkheid jegens de benadeelde.

Een ander voorbeeld voor een draagplichtverdeling op grond van aansprakelijkheid is te vinden in het privaatrechtelijke verzekeringsrecht. Art. 7:961 lid 3 BW regelt het onderling verhaal van verzekeraars in geval van meervoudige privaatrechtelijk schadeverzekeringen. Op dit geval zijn art. 6:6 BW en art. 6:102 BW niet van toepassing, daarom zijn de individuele verzekeraars niet in hoofdelijkheid verbonden ten aanzien van hun uitkeringsplichten. Derhalve komt art. 6:10 BW geen werking toe en voorziet art. 7:961 BW in een eigen regeling. Het uitgangspunt voor de draagplicht is het bedrag waarvoor ieder afzonderlijk kan worden aangesproken. Stel: Verzekeraar A kan worden aangesproken voor een bedrag van € 20.000 en verzekeraar B voor € 10.000. De schade bedraagt € 45.000. Dit betekent dat op grond van de draagplicht A 2/3 (€ 30.000) van de schade moet dragen en B 1/3 (€ 15.000) van de schade voor zijn rekening moet nemen.

Art. 6:166 lid 2 BW ziet toe op de individuele aansprakelijkheid van groepsleden. Stel: A, B en C hebben een bushokje 'verbouwd'. De eigenaar van het bushokje wil zijn schade verhalen. Als hij moet aantonen wie van de groepsleden welke schade heeft veroorzaakt, dan kan dat een lastige opgave zijn. De hoofdelijke aansprakelijkheid die art. 6:166 BW veronderstelt zorgt ervoor dat de eigenaar van het bushokje de schade op ieder van de groepsleden kan verhalen. De groepsleden kunnen zich niet beroepen op een ontbrekend causaal verband in de zin van art. 6:162 BW. A, B en C moeten de schade vervolgens onderling verdelen en wel in gelijke delen, tenzij er sprake is van billijkheidscorrectie.

Bij een aanvaring tussen schepen regelen art. 8:545 lid 2 BW (zeeschip) en art. 8:1006 lid 2 BW (binnenschip) het regres tussen de aansprakelijke schepen. Hierbij wordt de omvang van de aansprakelijkheid vastgesteld evenredig aan de

129 Art. 6:102 jo 101 BW. Van Boom 1999, p. 118.

schuld die de betrokken schepen hebben bij de aanvaring. Indien die verhouding niet kan worden vastgesteld, of als blijkt dat de schuld van deze schepen gelijkwaardig is, geldt aansprakelijkheid voor gelijke delen.¹³⁰

2.5.2.1 Draagplichtverdeling bij een mededingingsrechtelijke boete in concernverband

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) kan de Commissie bij inbreuk op art. 101 of art. 102 VWEU hoofdelijk een geldboete opleggen aan de inbreukmakende juridische entiteiten.¹³¹ Hierbij kan het inbreukplegende gedrag van een concernvennootschap aan de moedervennootschap worden toegerekend. Het verdisconteren van de onderlinge afhankelijkheidsrelaties komt door het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip. Dit begrip gaat uit van de onderneming als economische eenheid. Het doet niet ter zake dat deze economische eenheid bestaat uit een juridische veelheid. De mededingingsrechtelijke boete kan in deze zin dus worden toebedeeld aan een (deel van een) concern als zodanig.¹³²

Tot het Siemens-arrest¹³³ was het onduidelijk in welke mate de boetebeschikking van de Commissie doorwerkt in de verdeling van de onderlinge draagplicht bij hoofdelijk beboete medeschuldenaren. Het HvJ EU stelt dat de verdeling van de onderlinge draagplicht een zaak is van het nationale recht van de lidstaten. Het Hof redeneert dat regresregels niet volgen uit de hoofdelijke aansprakelijkheid, uit verordening (EU) 1/2003 of uit het Unierecht in het algemeen. Verder stelt het Hof dat

130 De interne draagplicht bij hoofdelijkheid volgt krachtens art. 8:545 lid 3/1006 lid 3 BW en eveneens uit art. 8:545 lid 2/1006 lid 2 BW. Waarbij art. 8:545 lid 3/1006 lid 3 BW een *lex specialis* is van art. 6:10 BW en art. 6:102 BW.

131 HvJ EU 10 september 2009, ECLI:EU:C:2009:536, C-97/08 P (*Akzo Nobel et al. v. European Commission*); HvJ EU 29 maart 2011, ECLI:EU:C:2011:190, Joined Cases C-201/09 P – C-216/09 P (*ArcelorMittal Luxembourg v. European Commission and European Commission v. ArcelorMittal Luxembourg et al.*); art. 23 Verordening (EG) nr. 1/2003; Kokott & Dittert, *WuW* 2012, p. 670-683.

132 HvJ EU 10 september 2009, ECLI:EU:C:2009:536, C-97/08 P (*Akzo Nobel et al. v. European Commission*), r.o. 60-61; HvJ EU 10 april 2014, ECLI:EU:C:2014:256, Joined Cases C-231/11 P – C-233/11 P (*European Commission v. Siemens AG Österreich et al. – Siemens Transmission & Distribution Ltd et al. v. European Commission*), r.o. 43. Thomas, *KSzW* 2011, p. 10-14; Odudu & Bailey, *CMLRev* 2014, p. 1721-1758; art. 23 Verordening (EG) nr. 1/2003.

133 HvJ EU 10 april 2014, ECLI:EU:C:2014:256, Joined Cases C-231/11 P – C-233/11 P (*European Commission v. Siemens AG Österreich et al. – Siemens Transmission & Distribution Ltd et al. v. European Commission*).

binnen het kader van de boetebeschikking de hoofdelijkheid twee doelen dient: (I) mogelijk faillissementsrisico af te wentelen op de schuldenaren en (II) zorgen voor zowel een specifieke als een algemene afschrikwekkende werking.¹³⁴ Het verdelen van de interne draagplicht behoort niet tot deze doelen. Het Hof meent dat met in achtneming van het Unierecht, de interne verdeling van de draagplicht moet voortvloeien uit het voor het geding toepasselijke nationale recht.¹³⁵

In het Duitse recht heeft het BGH in zijn Calciumcarbide-Kartell II-uitspraak zich over de vraag gebogen welke maatstaf van toepassing is ter bepaling van de onderlinge draagplicht bij een in concernverband hoofdelijk opgelegde mededingingsrechtelijke boete.¹³⁶ De feiten en omstandigheden van de zaak zijn als volgt.

De Europese commissie heeft SKW Stahl-Metallurgie Holding AG, ARQUES Industries AG en SKW Stahl-Metallie GmbH, als zijnde concernvennootschappen van het SKW Metallurgie concern, hoofdelijk beboet wegens schending van het mededingingsrecht.¹³⁷ SKW Stahl-Metallurgie GmbH heeft deelgenomen aan een kartel en is 100% dochter van SKW Stahl-Metallurgie Holding AG, die op haar beurt weer een 100% dochter is van ARQUES Industries AG. De commissie heeft de verdeling van de onderlinge draagplicht niet vastgesteld. De commissie spreekt ARQUES Industries AG als hoofdelijk aansprakelijke moedervernootschap aan tot betaling van het volledige boetebedrag. De moedervernootschap gaat hiertoe over en probeert voor dit bedrag regres te nemen op haar (voormalige) concernvennootschappen. Zij meent dat zij in de interne verhouding tussen de medeschuldenaren niet draagplichtig is en betreft haar dochters in rechte.

In eerdere instantie hebben zowel het Landgericht München (hierna: LG)¹³⁸ als het Oberlandesgericht München (hierna: OLG) de regresvordering afgewezen. Volgens het OLG is het niet meer dan billijk om de schuldenaar te belasten die profijt heeft gehad van de mededingingsrechtelijke inbreuk. Aangezien het profijt doorgaans wordt afgedragen aan de moedervernootschap of de waarde van haar aandelen in de concernvennootschap beïnvloedt, meent het OLG dat eiser de boete zelf moet dragen en de concernvennootschappen niet draagplichtig zijn. Hierbij is het irrelevant of de mededingingsrechtelijke inbreuk daadwerkelijk profijt heeft opgeleverd.¹³⁹ Het OLG gebruikt dus (verondersteld) profijt als maatstaf en motivering voor zijn oordeel.

134 HvJ EU 10 april 2014, ECLI:EU:C:2014:256, Joined Cases C-231/11 P – C-233/11 P (*European Commission v. Siemens AG Österreich et al. – Siemens Transmission & Distribution Ltd et al. v. European Commission*), r.o. 58-60; Thomas, *KSzW* 2011, p. 10-14, p. 13.

135 HvJ EU 10 april 2014, ECLI:EU:C:2014:256, Joined Cases C-231/11 P – C-233/11 P (*European Commission v. Siemens AG Österreich et al. – Siemens Transmission & Distribution Ltd et al. v. European Commission*), r.o. 60-63.

136 BGH 18 november 2014, *NJW* 2015, 1763 (*Calciumcarbide-Kartell II*).

137 Europese commissie 22 juli 2009, COMP/39.396, K(2009) 5791.

138 LG München 13 Juli 2011, 37 O 20080/10.

139 OLG München 9 februari 2012, U 3283/11 Kart, r.o. 35-37.

Het BGH vernietigt echter het oordeel van het OLG en verklaart § 426 BGB van toepassing en oordeelt verder dat, indien en voor zover hoofdelijke schuldenaren geen draagplichtovereenkomst zijn overeengekomen, de interne draagplicht in overeenstemming met de omstandigheden van het geval moet worden verdeeld. Dit betekent dat naast maatstaven die voortvloeien uit de partijbedoeling, criteria die voortvloeien uit andere tussen hen bestaande rechtsverhoudingen voorrang hebben op het wettelijk *Kopfteilsregres*, de draagplicht voor gelijke delen.¹⁴⁰ Verder oordeelt het BGH dat het *Kopfteilsregres* terzijde wordt geschoven door de mate waarin de individuele medeschuldenaren hebben bijgedragen aan de veroorzaking van de schade en de mate waarin dit hun te verwijten valt. Hierbij kan rekening worden gehouden met de ernst en de duur van de inbreuk.¹⁴¹

Op deze manier probeert het BGH het persoonlijke karakter van de sanctie te behouden en de effectiviteit van het kartelverbod te waarborgen. Dit betekent niet dat in de interne verhouding de boete niet alleen aan de moedervernootschap kan worden toegerekend. Het BGH meent dat wanneer partijen een *Gewinnabführungsvertrag* (§ 302 AktG) hebben gesloten, de mogelijkheid bestaat dat de moedervernootschap als enige draagplichtig is.¹⁴²

Krachtens art. 23 Verordening (EU) 1/2003 bedraagt de geldboete die de Commissie kan opleggen maximaal 10% van de totale jaaromzet van de onderneming. Dit maximum kan worden berekend op de gezamenlijke omzet van het concern waartoe de onderneming behoort in de periode waarin de inbreuk plaatsvond.¹⁴³ Doel van het omzetafhankelijke boeteplafond is het bereiken van een zekere verhouding tussen de omvang van de boete en de economische draaglast van de onderneming. Daarbij moet de boete een afschrikwekkende werking hebben, maar mag er tegelijkertijd niet de oorzaak van zijn dat de onderneming faillieert.¹⁴⁴

Bij de interne verdeling van de draagplicht wordt, zowel naar Duits als naar Nederlands recht, rekening gehouden met de omstandigheden van het geval. Eén omstandigheid is de strekking van de 10%-norm die in de externe relatie ervoor zorgt dat een onderneming niet faillieert als gevolg van een opgelegde boete. Het negeren van de ratio van deze norm bij het verdelen van de interne draagplicht, zoals voor Nederland wel is bepleit¹⁴⁵, kan tot vreemde uitkomsten leiden. Immers, wat voor zin

140 BGH 4 juli 1963, *NJW* 1963, 2067; BGH 29 juni 1972, VII ZR 190/71, *NJW* 1972, 1802; OLG Köln 12 juli 1993, *NJW-RR* 1993, 1475; BGH 3 februari 2010, *NJW* 2010, 868.

141 BGH 18 november 2014, *NJW* 2015, 1763 (*Calciumcarbid-Kartell II*), r.o. 44.

142 BGH 29 januari 2013 *ZIP* 2013, 409; BGH 1 december 2003, *NJW-RR* 2004, 474.

143 Art. 23 Verordening (EG) nr. 1/2003.

144 BGH 18 november 2014, *NJW* 2015, 1763 (*Calciumcarbid-Kartell II*), r.o. 71-72.

145 Bredenoord-Spoek, *MR* 2015, p. 23-28, p. 27-28.

heeft het om in de externe verhouding de economische eenheid en haar belanghebbenden te beschermen tegen een mogelijk faillissement als gevolg van een sanctiebesluit, als vervolgens in de interne verhouding geen rekening wordt gehouden met dergelijke gevolgen voor de individuele vennootschappen waaruit de groep bestaat?¹⁴⁶

Ook het BGH ziet in de Duitse rechtsorde een rol weggelegd voor de 10%-norm bij het vaststellen van de interne draagplicht. Het BGH betoogt dat zonder omzetafhankelijk boeteplafond een individuele concernvennootschap geconfronteerd kan worden met een regresvordering die niet in verhouding staat tot haar omvang. Dit kan het geval zijn wanneer de concernvennootschap een leidende rol speelt bij de inbreuk, maar vanwege haar beperkte omzet niet van betekenis is bij het vaststellen van de omvang van de boete.¹⁴⁷

2.5.3 Maatstaven voortvloeiend uit overeenkomst

De wettelijke regresbepalingen zijn veelal van aanvullend recht.¹⁴⁸ Daarom kunnen partijen afspraken maken over het regresrecht en de omvang van de draagplicht. De mogelijke afspraken die partijen kunnen maken ter vaststelling van de omvang van het regres zijn legio. De afgesproken draagplicht kan variëren van 0% tot 100% en kan afhankelijk gemaakt worden van een voorwaarde, zoals het uitvaren van een concernvennootschap. Het is ook mogelijk dat een draagplichtafpraak impliciet volgt uit hetgeen partijen zijn overeengekomen. Zo wordt van exoneratiebedingen die aansprakelijkheid uitsluiten in de literatuur aangenomen dat ook de draagplicht van de exonerant nihil is.¹⁴⁹

Wanneer de aard van de overeenkomst wordt gebruikt ter vaststelling van de draagplicht is het aantal casusposities eveneens groot. Afhankelijk van de aard van de overeenkomst en de verhouding tussen contractspartijen zal de ene of de andere maatstaf gelding hebben. Het kan voorkomen dat meerdere maatstaven voortvloeien uit de aard van de overeenkomst. In een dergelijk geval zal, voor zover mogelijk, een afweging gemaakt moeten worden. Hieronder wordt ingegaan op enkele maatstaven die voort kunnen komen uit de aard van de overeenkomst.

146 Van Oostrum, *ECL* 2016, p. 136-144, p. 143.

147 BGH 18 November 2014, *NJW* 2015, 1763 (*Calciumcarbid-Kartell II*), r.o. 69.

148 Vgl. § 426 BGB; Schmoeckel, Rückert & Zimmerman 2007, p. 2487.

149 Van Boom 1999, p. 114; Van Boom 2016, p. 133.

2.5.3.1 Aard van de overeenkomst

In de aard van de overeenkomst kunnen normen gevonden worden die de onderlinge rechtsverhouding van partijen kenmerken. Bijvoorbeeld een conformiteitsnorm bij een koopovereenkomst, goed werkgeverschap in geval van een arbeidsovereenkomst of de redelijkheid en billijkheid inzake een financieringsovereenkomst. Wanneer dergelijke normen concreet gemaakt worden, kunnen ze, onder omstandigheden, dienen als maatstaf ter bepaling van de omvang van de draagplicht bij hoofdelijkheid.

Zo kan de risicoverdeling tussen werkgever en werknemer bij een arbeidsovereenkomst worden gebruikt als verdelingsnorm bij regres. Wanneer een onzorgvuldig handelende werknemer schade veroorzaakt aan een derde, komt alle schade in principe voor rekening van de werkgever. Gezien de bescherming die de werknemer toekomt in zijn arbeidsrechtelijke relatie tot de werkgever zou het niet met de aard van de rechtsverhouding overeenkomen om een regresverhaal naar aanleiding van een dergelijke schadevordering anders te benaderen.¹⁵⁰ Een eventuele draagplicht van de werknemer is daarom in beginsel nihil. Dit wordt bevestigd door het regresverbod van art. 6:170 lid 3 BW waaruit volgt dat de werkgever geen regres op de werknemer kan nemen, behoudens het geval wanneer de werknemer opzet of bewuste roekeloosheid valt te verwijten.¹⁵¹

Wanneer partijen een verdeling van winsten en verliezen overeenkomen, kan deze verdeling ook worden toegepast op een eventuele verdeling van de draagplicht. Bij een maatschapsovereenkomst worden winst en verlies verdeeld naar rato van hetgeen ieder van de maten heeft ingebracht.¹⁵² Uit de aard van een maatschapsovereenkomst kan daarom volgen dat de draagplicht eveneens wordt verdeeld volgens ditzelfde rato.¹⁵³ Dit is ook het gebruik in het Duitse recht. Draagplicht wordt bepaald op grond van wat de vennoten intern hebben afgesproken inzake de verdeling van de winst en het verlies.¹⁵⁴ Hierbij is hetgeen is vastgelegd in de vennootschapsovereenkomst in beginsel leidend. Als er geen uitdrukkelijke of dwingende afspraak is gemaakt in de vennootschapsovereenkomst en ook uit de gehele overeenkomst geen winst- en verliesverdeling voortvloeit, dan is § 722 (1) BGB¹⁵⁵ van toepassing. Uit deze bepaling volgt dat de vennoten een gelijk aandeel hebben in de winst en het verlies.

150 Van Boom 1999, p. 115; art. 7:661 BW; art. 6:170 lid 3 BW. Andere voorbeelden van risicoverdeling op grond van de aard van overeenkomst zijn: de conformiteitsnorm in geval van een koopovereenkomst en de risico-overgang in de zin van art. 7:10 BW. Voor een uitwerking van deze en andere voorbeelden zie Van Boom 1999, p. 112-118 en Van Boom 2016, p. 133-137.

151 HR 26 juni 1959, *NJ* 1959/551; Asser/Heerma van Voss 7-V 2012/272.

152 Art. 7A:1670 BW.

153 Van Boom 1999, p. 117.

154 BGH *NJW-RR* 2008, 256.

155 § 722 (1) BGB: Sind die Anteile der Gesellschafter am Gewinn und Verlust nicht bestimmt, so hat jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Art und die Größe seines Beitrags einen gleichen Anteil am Gewinn und Verlust.

Ook worden in het Duitse recht de kapitaaldeelnames van de vennoten gebruikt als maatstaf ter bepaling van de omvang van de draagplicht. Bijvoorbeeld wanneer twee vennoten zich borg stellen voor de vennootschapsschulden. Nu wordt, behoudens andersluidende afspraken, ervan uitgegaan dat de onderlinge draagplicht tussen deze vennoten in verhouding is tot hun onderscheidenlijke vennootschapsaandelen. Wanneer de ene vennoot aan de andere vennoot zijn vennootschapsaandeel overdraagt, is, wederom zonder andersluidende afspraken, aan te nemen dat de verkrijgende vennoot alleen voor de borgtocht instaat.¹⁵⁶ De vertrekkende vennoot kan bij het voldoen van de schuld aan de schuldeiser volledig regres nemen op de achterblijvende vennoot.¹⁵⁷

Van het gebruik van kapitaaldeelname als maatstaf wordt afgeweken, indien de vennoten zich voor de vennootschap borg hebben gesteld voor onderscheidenlijke maxima. In dit geval wordt de verhouding tussen de hoogtes van de borgtochten gebruikt als maatstaf. De gedachte is dat bij het aangaan van borgtochten met verschillende maxima, door partijen tot uitdrukking is gebracht dat zij verschillende risico's willen nemen. Hierbij zijn de borgtochten na het sluiten van de vennootschaps-overeenkomst overeengekomen. Volgens het BGH geven de vennoten zo te kennen ook af te willen wijken van de eerdere verdeling van de draagplicht naar kapitaaldeelname.¹⁵⁸

Afwijking van de draagplichtverdeling naar kapitaaldeelname of naar gelijke delen kan uitdrukkelijk, maar ook stilzwijgend worden overeengekomen. In het laatste geval dienen er duidelijke aanknopingspunten te zijn waaruit deze stilzwijgende afspraak blijkt. Een indicatie voor het bestaan van een dergelijke afwijkende maatstaf is bijvoorbeeld de situatie waarin vennoten onderscheidenlijke bijdragen leveren aan de vennootschap.¹⁵⁹

2.5.4 *Maatstaven voortvloeiend uit beginselen*

Naast wettelijke en contractuele bepalingen kunnen ook rechtsbeginselen een bron vormen van waaruit maatstaven voortvloeien. Er zijn vele varianten en mogelijke rechtsbeginselen te noemen op grond waarvan in een specifieke situatie het gebruik van maatstaf X of Y kan worden verdedigd. Onderstaand worden ter illustratie een paar mogelijke maatstaven behandeld zonder de pretentie te hebben volledig te zijn. Allereerst zal het zogenaamde profijtbeginsel besproken worden. Daarna komt het draagkrachtbeginsel – de sterkste schouders dragen de zwaarste lasten – aan bod.

156 BGH WM 1975, 100 (101).

157 OLG Hamburg ZIP 1984, 707.

158 BGH 27 september 2016, XI ZR 81/15, NJW 2017, 557.

159 BGH NJW-RR 2009, 49; BGH NJW-RR 2008, 256; Spaudingers 2012, p. 644.

2.5.4.1 Het profijtbeginsel

Uit het citaat van Von Savigny aan het begin van dit hoofdstuk bleek dat regres tot doel heeft ongerechtvaardigde verrijking of verarming tussen hoofdelijk verbonden schuldenaren te voorkomen. Het profijt dat een schuldenaar heeft van de tegenwaarde van de lening kan daarom een rol spelen bij de vaststelling van de verdeling. Dit zogenaamde profijtbeginsel is in het bijzonder van toepassing bij contractueel verbonden hoofdelijke schuldenaren.¹⁶⁰ Hierbij vertoont de omvang van het interne aandeel samenhang met de mate waarin de tegenwaarde van de schuld profijtelijk is voor de betreffende schuldenaar. Met name in de Franse literatuur speelt het profijtbeginsel als maatstaf voor regres een rol van betekenis.¹⁶¹ Ook het Pruisische ALR stelt uitdrukkelijk dat profijt als maatstaf gebruikt kan worden.¹⁶² Het profijtbeginsel komt in de rangorde bij draagplicht van deze codificatie na hetgeen volgt uit overeenkomst en interpretatie van de wil van partijen.¹⁶³

Onder vigeur van het oude recht is het profijtbeginsel door de Hoge Raad gebruikt in HR 21 november 1946, *NJ* 1947/24 (Verduin/Beck) voor in gemeenschap van winst en verlies gehuwde echtgenoten. De casus is als volgt. De man en de vrouw sluiten gezamenlijk een geldlening waarvoor beiden zich hoofdelijk aansprakelijk verklaren. De vrouw heeft de lening afgelost en vordert van de man de helft van het geleende en terugbetaalde bedrag. De man beroept zich erop dat met het geleende geld een woning is gekocht voor en ten dienste van de vrouw en dat de schuld hem derhalve niet aangaat. De Hoge Raad oordeelt dat of de tussen schuldenaren onderlinge verhouding zodanig is dat de zaak één van hen aangaat, afhangt van hun onderlinge afspraken en bij gebrek daaraan, van de omstandigheid dat slechts één van de schuldenaren een belang had om zich te verbinden. Een dergelijk belang wordt aangenomen wanneer de tegenwaarde van hun hoofdelijke schuld slechts één van de schuldenaren ten goede is gekomen.¹⁶⁴

De Hoge Raad verwoordt in dit arrest nog drie andere gezichtspunten waar in latere discussies over de draagplicht aan wordt gerefereerd. Ten eerste de omstandigheid dat partijen verklaren hoofdelijk aansprakelijk te zijn voor de aangegane schuld. Deze verklaring betreft de relatie tussen de schuldenaren en de schuldeiser en beheerst niet de relatie van de schuldenaren onderling.¹⁶⁵ Ten tweede oordeelt de Hoge Raad

¹⁶⁰ Vgl. De Kok 1965, p. 133.

¹⁶¹ Pothier 1760, nr. 264; Meiers 2010, p. 289.

¹⁶² Erster Theil, Fünfter Titel, § 444 ALR.

¹⁶³ Meier 2010, p. 290.

¹⁶⁴ HR 21 november 1946, *NJ* 1947, cassatiemiddel II, r.o. 4; Meijers, *NJ* 1947, 24. Overeenkomstig in het Duitse recht: OLG Frankfurt 4 augustus 2004, *NJW-RR* 2004, 1586.

¹⁶⁵ HR 21 november 1946, *NJ* 1947, cassatiemiddel II, r.o. 1; zie ook de conclusie van A-G Timmerman bij het Janssen q.q./JVS Beheer-arrest, PHR 13 juli 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW4206.

over de betekenis van het door de eiser genoten voordeel doordat hij met verweerster getrouwd was in gemeenschap van vruchten en inkomsten. Eiser hoeft namelijk geen huur te betalen over zijn woongenot van de echtelijke woning. Ook krijgt eiser bij verhuur van de woning de helft van de inkomsten van het pand. De Hoge Raad oordeelt dat dit voordeel niet leidt tot de aanvaarding van het punt dat op grond daarvan de schuld niet slechts verweerster aanging in de zin van art. 1331 BW oud. Anders gesteld: het enkele gegeven dat de man voordeel genoot van het met de lening gekochte woning is in beginsel onvoldoende om te rechtvaardigen dat hem de zaak aanging.¹⁶⁶ Ten derde moet het moment waarop de geldlening is gesloten als ijkpunt dienen om te bepalen wie van de schuldenaren de zaak aangaat, aldus de Hoge Raad. Eventueel na dit ogenblik genoten voordeel is verder niet meer van invloed.¹⁶⁷

2.5.4.2 Het draagkrachtbeginsel

De mate waarin partijen in staat zijn om de schade of schuld te dragen, kan als uitgangspunt gebruikt worden ter vaststelling van de draagplicht bij hoofdelijkheid. Dit naar analogie van art. 6:107 lid 3 BW of art. 1:84 BW op grond waarvan de draagkracht van partijen verdisconteerd kan worden bij de verdeling van de verschuldigde som. Uitgangspunt hierbij is dat de kapitaalkrachtigste partij een groter gedeelte van de schuld, of de gehele schuld of schade voor zijn rekening neemt. Daarnaast is het mogelijk dat de rechter de draagplicht matigt voor één van de partijen door middel van een billijkheidscorrectie. Dit zou het geval kunnen zijn wanneer de regresplichtige door de regresvordering failliet gaat, terwijl de regresgerechtigde meer dan voldoende middelen heeft om de vordering zelf op te vangen.¹⁶⁸

2.5.5 *Maatstaven als gemene en ongemene deler*

Het vaststellen van de draagplicht gebeurt vaak met een maatstaf die op alle medeschuldenaren betrekking heeft. Zo is bij een aanvaring tussen schepen, schuld de gemeenschappelijke norm op grond waarvan de omvang van ieders draagplicht wordt bepaald.¹⁶⁹ Bij het afsluiten van een krediet zou het profijtbeginsel dienst kunnen doen als verdeelsleutel om het gewicht van ieders aandeel in de schuld vast te stellen. Hoe moet worden omgegaan met die gevallen waarin er geen gelijke maatstaf voor alle schuldenaren is aan te wijzen? Bijvoorbeeld wanneer A en B verplicht zijn

166 De vraag is hoe deze opmerking zich verhoudt tot de toepassing van indirect profijt bij draagplichtbepaling in concernverband. Zie hiervoor § 4.7.

167 HR 21 november 1946, *NJ* 1947, cassatiemiddel II, r.o. 3.

168 Van Boom 1999, p. 135-136.

169 Art. 8:545 lid 2 BW.

tot het vergoeden van dezelfde schade en C in ruil voor gewin zich hoofdelijk verbindt voor die schade. Voor A en B zou causaal verband als maatstaf kunnen gelden, terwijl C's aandeel op grond van het profijtbeginsel wordt bepaald. Bij het verkiezen van de maatstaf causaal verband als gemene deler is C niet draagplichtig. Zijn aandeel is in dit geval nihil, terwijl zijn profijt onevenredig groot kan zijn. Daarom is het niet meer dan redelijk dat ook C wordt betrokken in een verdeling van de draagplicht.

In het Zwitsers recht wordt in dergelijke situaties een vaste rangschikking van draagplichtigen toegepast. Art. 51 S. OR¹⁷⁰ wijst in aflopende volgorde volledige draagplicht toe aan de hoofdelijke schuldenaar die: (i) *ihn [de schade] durch unerlaubte Handlung verschuldet hat*; (ii) *nach vertragliche Verpflichtung haftbar ist* en tot slot (iii) *ohne eigene Schuld und ohne vertragliche Verpflichtung nach Gesetzesvorschrift haftbar ist*. Het Nederlands recht bevat geen met het Zwitserse recht overeenkomstig stelsel van draagplichttoewijzing.¹⁷¹ Mijns inziens terecht. Afgezien van het feit dat de bron van aansprakelijkheid soms onduidelijk is, kan strikte toepassing van dit stelsel onwenselijke resultaten met zich meebrengen.¹⁷² Door de veelzijdigheid van de regrescasuïstiek zal een vaste verdeling van de draagplicht vroeg of laat op onredelijke uitkomsten stuiten. Hierbij zal afwijken van de hoofdregel noodzakelijk zijn. Mijns inziens moet in een dergelijk geval via verbintenisrechtelijke figuren gepoogd worden om onredelijkheid in de draagplichtverdeling te redresseren. Bijvoorbeeld door een beroep te doen op ongerechtvaardigde verrijking of het toepassen van een billijkheidscorrectie.¹⁷³

2.5.6 Draagplicht voor gelijke delen: hoofdregel en restregel

Europese codificaties kennen allemaal een regresstelsel dat structuur aanbrengt in de rangorde bij draagplicht. Hierbij fungeert de draagplicht voor gelijke delen als ankerpunt. De maatstaf staat of bovenaan in de rangorde en wordt gebruikt als hoofdregel of staat onderaan in de rangorde en vervult de rol van restregel. Hieruit volgen twee onderscheidenlijke stelsels: het hoofdregelstelsel en het restregelstelsel. De stelsels verschillen in die zin van elkaar dat in het hoofdregelstelsel de maatstaf

170 Art. 51 S. OR:

(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.

171 Overigens betoogt Van Boom dat art. 6:165 lid 2 BW gelijkenis vertoont met het systeem van art. 51 OR. Van Boom 1999, p. 110.

172 Castermans 1996, p. 194-195; Van Boom 1999, p. 110; Van Boom 2016, p. 131-132.

173 De Kok 1965, p. 126.

draagplicht voor gelijke delen pas ter zijde wordt geschoven wanneer blijkens overeenkomst of anderszins een andere maatstaf voorrang geniet. Het uitgangspunt is de draagplicht voor gelijke delen. Het restregelstelsel benadert de maatstaf draagplicht voor gelijke delen als een laatste mogelijkheid om de draagplicht tussen partijen vast te stellen. Beide stelsels kennen twee verschijningsvormen, een expliciete vorm, waarbij de maatstaf expliciet wordt benoemd in het onderhavige wetsartikel¹⁷⁴ en een impliciete vorm waarbij de plaats die de maatstaf inneemt niet blijkt uit de wettekst, maar uit de uitleg van de wet, de jurisprudentie of de rechtsgeschiedenis.¹⁷⁵

2.5.6.1 Het hoofdregelstelsel

Het hoofdregelstelsel heeft navolging in het Duitse recht en verschillende andere codificaties. Regresbepaling § 426 BGB geeft als regelend recht de schuldenaar ten laste van wiens vermogen de hoofdelijke schuld boven zijn aandeel is gedelgd, naast een mogelijke grondslag uit hoofde van de onderlinge verhouding, twee grondslagen om zijn regresrecht op te baseren.¹⁷⁶ Namelijk een (wettelijk) regresrecht krachtens § 426 I BGB en een regresrecht dat zijn grondslag vindt in de subrogatie van de vordering van de schuldeiser aan de presterende schuldenaar krachtens § 426 II BGB.¹⁷⁷ Als uitgangspunt ter bepaling van de omvang van de draagplicht voorziet § 426 I BGB in *Kopfteilsregres*.

§ 426 I BGB: Die Gesamtschuldner sind im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Kann von einem Gesamtschuldner der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldner zu tragen.

Andere voorbeelden van codificaties die het hoofdregelstelsel toepassen zijn het Italiaanse recht, het Portugese recht en het Estse recht:

Italië: art. 1298 Codice Civile: Nei rapporti interni l'obbligazione in solido si divide tra i diversi debitori o tra i diversi creditori, salvo che sia stata contratta nell'interesse esclusivo di alcuno di essi.

174 DCFR: III.-4:106 DCFR; Duitsland: § 426 BGB; Estland § 69 LOA; Italië: art. 1298 CC I; PECL: art. 10:105 I PECL; Oostenrijk: § 896 ABGB; Portugal: art. 516 CC P; Pruisen: Erster Theil, Fünfter Titel, § 443 ALR; Zwitserland: art. 148 OR, art. 168 OR (1881). Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 108.

175 België: art. 1214 B.W.; Frankrijk: art. 1214 CC; Nederland: art. 6:10 BW, art. 1329 OBW; Engeland: Chitty on Contracts I, nr. 17-027; Spanje: art. 1145 CC E; Züricher Gesetzbuch: § 942 ZürGB.

176 Krüger 2007, p. 2645.

177 Staudingers 2012, p. 567-568.

*Le parti di ciascuno si presumono uguali, se non risulta diversamente.*¹⁷⁸

Portugal: art. 516 Código Civil: *Nas relações entre si, presume-se que os devedores ou credores solidários participam em partes iguais na dívida ou no crédito, sempre que da relação jurídica entre eles existente não resulte que são diferentes as suas partes, ou que um só deles deve suportar o encargo da dívida ou obter o benefício do crédito.*¹⁷⁹

Estland: § 69 (1) LOA: *Omavahelises suhtes peavad solidaarvõlgnikud kohustuse täitma võrdsetes osades, kui seadusest, lepingust või kohustuse olemusest ei tulene teisiti.*¹⁸⁰

Niet alleen nationale codificaties maken gebruik van het hoofdregelstelsel, ook pan-Europese initiatieven als de PECL en de DCFR passen het hoofdregelstelsel toe om inhoud en vorm te geven aan het regresrecht.

Art. 10:105 I PECL: *As between themselves, solidary debtors are liable in equal shares unless the contract or the law provides otherwise.*

Art. III. – 4:106 I DCFR: *As between themselves, solidary debtors are liable in equal shares.*

Ook komt voor dat de toepasselijkheid van het hoofdregelstelsel niet volgt uit de wettelijke regresbepaling, maar uit de jurisprudentie. Dit is het geval bij de jurisprudentie inzake de Franse en de Belgische regresbepaling art. 1214 CC/B.W.

Frankrijk: art. 1214 CC: *Le codébiteur d'une dette solidaire, qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que les part et portion de chacun d'eux. Si l'un d'eux se trouve insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité se répartit, par contribution, entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le paiement.*¹⁸¹

178 In interne relaties is de gezamenlijke aansprakelijkheid verdeeld tussen de verschillende debiteuren of de verschillende crediteuren, tenzij deze is aangegaan in het exclusieve belang van een van hen. De delen van elk worden verondersteld gelijk te zijn, tenzij ze verschillend zijn.

179 In de onderlinge relatie, neemt men aan dat schuldenaren en individuele schuldeisers in gelijke delen deelnemen in de schuld of krediet, zolang er een juridische relatie bestaat tussen beiden die niet resulteert in ongelijke delen, of dat één van beiden de last van de schuld draagt of voordeel heeft van het krediet.

180 In hun onderlinge rechtsverhouding zijn hoofdelijke schuldenaren aansprakelijk voor gelijke delen, tenzij anders is bepaald op grond van wet, rechtshandeling of aard van de verplichting.

181 Zie ook art. 1213 CC: *L'obligation contractée solidairement envers le créancier se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion.*

België: art. 1214 B.W.: De medeschuldenaar van een hoofdelijke schuld, die de gehele schuld voldaan heeft, kan van de overige schuldenaars niet méér terugvorderen dan wat ieders aandeel bedraagt.

Indien een van hen onvermogen is, wordt het door zijn onvermogen veroorzaakte verlies naar evenredigheid omgeslagen over al de andere schuldenaars die in staat zijn om te betalen, en degene die de schuld voldaan heeft.¹⁸²

In de bovenstaande Franse en de Belgische regresbepaling betreffende de ‘bedongen hoofdelijkheid’ (contractuele hoofdelijkheid), wordt het regres per medeschuldenaar begrensd door zijn aandeel in de schuld, zonder aan te geven op welke wijze de omvang van dit aandeel wordt bepaald. Het uitgangspunt dat volgt uit de jurisprudentie en de literatuur is de draagplichtverdeling in gelijke delen.¹⁸³ Hierbij is de ‘onderscheiden belangtheorie’, die stelt dat rekening moet worden gehouden met de individuele belangen van de schuldenaren bij het vaststellen van de omvang van de draagplicht, uitdrukkelijk verworpen als maatstaf door het Franse Hof van Cassatie.¹⁸⁴ Het Belgische Hof van Cassatie heeft zich aangesloten bij deze Franse zienswijze.¹⁸⁵ Een criterium om specifiek en precies dit ‘onderscheiden belang’ te bepalen, ontbreekt in deze theorie. Zowel in de rechtspraak als in de literatuur is geponeerd dat het begrip dermate open voor interpretatie is dat het eindeloze twisten uitlokt over de betekenis van het begrip. Ook zullen rechtsgebruikers allerhande feitelijke argumenten naar voren brengen om op grond van hun ‘onderscheiden belang’ hun aandeel in de schuld zoveel mogelijk te beperken.¹⁸⁶

Zowel het Belgische als het Franse Hof van Cassatie verwijzen naar het criterium van ‘veruiterlijkte wil’ ter bepaling van de interne draagplicht bij de contractuele hoofdelijkheid. Op grond van dit criterium kan hetgeen schuldenaren in de externe relatie afspreken met de schuldeiser, zijn weerslag hebben op de interne draagplicht. Ter zake van het criterium van de veruiterlijkte wil en de borgtocht stelt Van Ransbeeck:

‘Door zich als borg samen met andere borgen voor eenzelfde schuld of een gelijk bedrag te verbinden, plaatst deze borg zich jegens de schuldeiser op gelijke voet met de overige borgen en wordt naar de medeborgen ontegenzeggelijk de schijn gewekt dat hij

182 Zie art. 1213 B.W.: De verbintenis die hoofdelijk jegens de schuldeiser is aangegaan, is van rechtswege deelbaar tussen de schuldenaars, die onder elkaar slechts ieder voor zijn aandeel verbonden zijn.

183 Vrederegerecht Zottegem, 3 januari 2013, *RW* 2014-2015, nr. 6, 11 oktober 2014; Van Gerven & Van Oevelen 2015, p. 560.

184 Cour de cassation 28 juni 1994, *Bull. civ.*, IV, nr. 236.

185 Hof van Cassatie 29 oktober 1998, *RW* 1999-2000, nr. 7, 16 oktober 1999, m.nt. R. van Ransbeeck.

186 Van Ransbeeck 1999, nr. 7.

zich ook als een gelijke zal gedragen in het raam van de bijdrageplicht tussen de verschillende borgen. Het spreekt voor zichzelf dat de medeborgen op deze gewekte schijn moeten kunnen vertrouwen. Elke borg dient dus bij te dragen voor een gelijk deel, behoudens afwijkende overeenkomst.¹⁸⁷

Wat de bijdrageplicht inzake art. 1214 B.W. aangaat, wordt voor schuldenaren die zich op gelijke wijze hebben verbonden jegens een schuldeiser, in beginsel uitgegaan van een gelijke verdeling behoudens een andersluidend beding. Een ongelijke verdeling kan billijk zijn wanneer het belang van de schuldenaren bij de schuldvordering ongelijk is.¹⁸⁸ Bijvoorbeeld wanneer de aangegane schuld maar één van de schuldenaren aangaat.¹⁸⁹

In de codificaties waarbij het hoofdregelstelsel wordt toegepast, wordt over het geheel van zaken gezien niet buitensporig veel gebruikgemaakt van de maatstaf draagplicht voor gelijke delen. Zo geldt voor het Duits recht dat het *Kopfteilsregres* van § 426 I BGB gerelativeerd wordt door een *soweit*-regel. Het *Kopfteilsregres* geldt *soweit nicht ein anderes bestimmt ist*. Dit betekent dat het *Kopfteilsregres* ter zijde kan worden geschoven door bijvoorbeeld draagplichtafspraken.¹⁹⁰ Afwijkingen van § 426 I BGB kunnen zelfs stilzwijgend worden overeengekomen.¹⁹¹ Bijvoorbeeld in het geval dat één van twee medehuuders de huurwoning verlaat en met goedkeuring van alle betrokkenen een nieuwe woning betreft van dezelfde verhuurder. Daarmee geeft de achterblijvende huurder stilzwijgend te kennen dat hij in hun onderlinge verhouding de huur voor de voormalige gemeenschappelijke woning alleen draagt.¹⁹²

187 Van Ransbeeck 1999, nr. 5.

188 Brussel 28 oktober 1933, *Pas.* 1934, II, 109; Van den Broeck 2011; Vrederegerecht te Zottegem, 3 januari 2013, *RW* 2014-2015, nr. 6, 11 oktober 2014; M. van Quickenborne, 'Hoofdelijkheid', in: *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 43; Van Gerven & Van Oevelen 2015, p. 560-561.

189 Art. 1216 B.W.: Indien de zaak waarvoor de schuld hoofdelijk is aangegaan, slechts één van de hoofdelijke medeschuldenaars aangaat, is deze tot voldoening van de gehele schuld gehouden ten aanzien van de overige medeschuldenaars, die te zijnen opzichte slechts als zijn borgen beschouwd worden.

190 BGH 10 november 1983, *NJW* 1984, 482; BHG 07 november 1985, *NJW* 1986, 1491, 1492; BHG 04 juni 1987, *NJW* 1987, 3126, 3129; BGH 3 februari 2010, *NJW* 2010, 868; BGH 15 januari 2003, *NJW* 2003, 1688.

191 LG Gießen 1 maart 2000, *NJW-RR* 2000, 1387.

192 OLG Köln 28 maart 2003, *FamRZ* 2003, 1839.

Naast maatstaven die voortvloeien uit de partijbedoeling, hebben maatstaven die voortkomen uit met § 426 I BGB samenlopende wetsbepalingen ook voorrang op het *Kopfteilsregres*.¹⁹³ Bijvoorbeeld maatstaven voortvloeiend uit arbeidsovereenkomst¹⁹⁴, overeenkomst van opdracht¹⁹⁵ of vennootschapsovereenkomst¹⁹⁶. Bovendien beroept de Duitse rechtspraak zich, bij afwezigheid van een verdelingsnorm die volgt uit wet of overeenkomst, dikwijls op de *Inhalt und Zweck des Rechtsverhältnisses* of op de *Natur der Sache*.¹⁹⁷ Hiermee wordt het gebruik van een andere maatstaf dan de draagplicht voor gelijke delen gerechtvaardigd.¹⁹⁸

In feite is de primaire functie van § 426 I BGB om *Kopfteilsregres* mogelijk te maken. In het bijzonder wanneer de presterende schuldenaar, bij uit rechtshandeling voortvloeiende hoofdelijke aansprakelijkheid, geconfronteerd wordt met een niet te duiden of bewijsbare onderlinge rechtsverhouding.¹⁹⁹ Ondanks de geringe toepassing in de praktijk heeft *Kopfteilsregres* wel grote invloed op de stel- en bewijsplicht. Een schuldenaar die een andere verdeling wenst, moet dit adstrueren.²⁰⁰ Het één en ander met de kanttekening dat wanneer de betreffende schuldenaar succesvol aantoont dat hem een ongelijk deel van de draagplicht toevalt, dit niet automatisch betekent dat andere schuldenaren ook een draagplicht voor ongelijke delen hebben. Tussen hen kan het resterende bedrag nog steeds naar gelijke delen worden toebedeeld.²⁰¹

Andere codificaties en ontwerpen die gebruikmaken van het hoofdregelstelsel hebben een gelijke vorm en inhoud toegekend aan de draagplicht voor gelijke delen. De DCFR stelt bijvoorbeeld dat de ‘rule of equal sharing’ wordt gebruikt als algemene regel. Gelijk aan het Duitse recht zijn de mogelijkheden om van deze regel af te wijken ruim: ‘*Unequal sharing may result from an express or implied provision of the contract or other juridical act or from the rule of law regulating the obligation*’.²⁰²

193 BGB 4 juli 1963, *NJW* 1963, 2067; BGB 29 juni 1972, *NJW* 1972, 1802; OLG 12 juli 1993, Köln *NJW-RR* 1993, 1475.

194 § 611 BGB.

195 § 670 BGB.

196 § 705 BGB.

197 BGHZ 24 maart 1980, 77, 55, 58; BGH 13 januari 2000, *NJW* 2000, 1034, 1035; BGH 31 mei 2006, *NJW* 2006, 2623, 2624; BGH 09 januari 2008, *NJW* 2008, 849, 850; BGH 18 november 2014, *NJW* 2015, 1763. Krüger 2007, p. 2649; Palandt 2015, p. 643.

198 Staudingers 2012, p. 568.

199 Meier 2010, p. 385.

200 BGH 10 november 1983, *NJW* 1984, 482; BGH 13 april 2000, *NJW* 2000, 1944, 1945; BGH 25 oktober 2000, *NJW* 2001, 365, 366. In het Duitse recht kan de rechter besluiten de bewijslast inzake een regresaanspraak op grond van § 426 I BGB om te keren, zie BGH 6 oktober 2009, VI ZR 24/09, *NJW-RR* 2010, 831.

201 OLG Köln 2 augustus 1995, *NJW-RR* 1996, 557. Staudingers 2012, p. 582.

202 Commentaar bij art. III.-4:106 DCFR. A Default rule of equality, DCFR, p. 983-984.

2.5.6.2 Het restregelstelsel

Een goed voorbeeld van een (expliciet) restregelstelsel zijn de regresbepalingen art. 443-445, I, 5 ALR:

§ 443. *Wie weit ein Verpflichteter, der die Verbindlichkeit gegen den Berechtigten erfüllt hat, sich an die übrigen halten könne, ist nach dem Inhalte des unter ihnen bestehenden Vertrags zu beurtheilen.*

§ 444. *Ist kein solcher Vertrag vorhanden, so muß die unter ihnen bestehende Verbindlichkeit nach ihnen, in Ansehung des übernommenen Geschäfts oder des daraus gezogenen Vortheils, obwaltenden besondern Verhältnissen beurtheilt werden.*

§ 445. *Kann auch hiernach die Entscheidung nicht erfolgen, so haften die Verpflichteten unter sich zu gleichen Theilen.*

De wetsartikelen geven helder de rangorde weer, waarbij de verdelingsnorm draagplicht voor gelijke delen de functie van restbepaling heeft.

Het Nederlandse regresstelsel is een impliciet restregelstelsel. De restpositie van de draagplicht voor gelijke delen blijkt uit de parlementaire geschiedenis²⁰³, de jurisprudentie²⁰⁴ en ook in de literatuur is voor dit standpunt steun te vinden.²⁰⁵ Er is ook een ander geluid, zo is in de literatuur geopperd dat de draagplicht voor gelijke delen in het geheel niet als een regel moet worden aanvaard. Dit wordt onderbouwd met het argument dat de rechter anders ‘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’.²⁰⁶

Wanneer bij regres dat voortvloeit uit de contractuele hoofdelijkheid de rechter zijn toevlucht zoekt tot de restregel spreekt dit mijns inziens al boekdelen. Kennelijk hebben partijen geen alternatieve draagplichtverdeling afgesproken en vloeit deze ook anderszins niet voort uit de partijverhouding. Verder zal de regreszoekende partij moeten aantonen dat de wederpartij draagplichtig is, aangenomen mag worden dat daarom de omstandigheden van het regres voor partijen duidelijk zullen zijn. Ook kan het ontbreken van een restregel (of hoofdregel) de regreszoekende partij parten spelen

203 Parl. Gesch. Boek 6, p. 108; T.M. art. 6.1.2.4.

204 HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206, *JOR* 2012/306, m.nt. Bergervoet (Janssen q.q./JVS Beheer). Vgl. HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3411, *JOR* 2003/160, m.nt. Bartman (Van de Wetering). Hierbij valt op dat in het geval van regres bij concernfinanciering er ten aanzien van de rangorde bij draagplicht onderscheidenlijke uitspraken zijn. Zie hiervoor H4.

205 Van Boom 2016, p. 128, aldaar noot 107.

206 Van Boom 2016, p. 130.

die ten opzichte van de aangesproken partij weinig mogelijkheden heeft om informatie en bewijs te vergaren. Het hebben van een regel kan tegemoetkomen aan deze asymmetrie tussen partijen. Bovendien kan het hebben van een hoofd- of een restregel bijdragen aan de rechtszekerheid. Partijen hebben zodoende enig inzicht in een mogelijke verdeling van de draagplicht.

De Nederlandse wet kent rechtsfiguren waarbij de draagplicht voor gelijke delen als hoofdregel wordt gebruikt. Bijvoorbeeld bij de interne verhouding tussen medeschuldeisers in de zin van art. 6:15 BW. De maatstaf ‘gerechtigdheid tot gelijke delen’ vormt in de onderlinge verhouding tussen de schuldeisers de hoofdregel. Art. 6:15 BW bevat de tenzij-clausule waaruit volgt dat de hoofdregel geldt voor zover niets anders voortvloeit uit de tussen de schuldeisers bestaande rechtsverhouding. Hierbij is titel 3.7 BW (Gemeenschap) van toepassing op de interne verhouding tussen schuldeisers. Deze rechtsverhouding wordt conform art. 3:166 lid 3 BW door de redelijkheid en billijkheid beheerst. Waarbij ingevolge art. 3:166 lid 2 BW ook bij deelgenoten het vermoeden van gelijke aandelen geldt.²⁰⁷ De in het Nederlandse recht gehanteerde verschillende stelsels bij een pluraliteit van schuldenaren en een pluraliteit van schuldeisers is niet noodzakelijkerwijs nodig. Verschillende buitenlandse rechtsstelsels hanteren voor beide groepen één stelsel.²⁰⁸

Het kenmerkende verschil tussen het hoofdregelstelsel en het restregelstelsel schuilt in de stelplicht en de bewijslast. Wanneer de draagplicht voor gelijke delen als restregel wordt toegepast moet de regresgerechtigde schuldenaar per medeschuldenaar zowel de draagplicht als de omvang van zijn draagplicht aantonen. Ingeval deze verdelingsnorm echter als uitgangspunt wordt gebruikt zal eenieder die een andere verdeling dan gelijke delen voorstaat dit moeten stellen en bewijzen.²⁰⁹

In de Nederlandse literatuur wordt overwegend de voorkeur gegeven om de draagplicht voor gelijke delen niet als hoofdregel te hanteren.²¹⁰ Mijns inziens is dit te billijken bij regressituaties die betrekkelijk gemakkelijk te stellen en te bewijzen zijn. Wanneer dit niet het geval is, dient deze afweging anders uit te vallen. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn bij regressituaties waarbij er tussen partijen sprake is van een onredelijke mate van informatie asymmetrie. In het Duitse recht is het mogelijk dat de rechter in een dergelijk geval de bewijslast omkeert.²¹¹ Mijns inziens dient deze mogelijkheid ook beschikbaar te zijn voor de Nederlandse rechter.

207 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/136, 137.

208 Art. 1298 CC I; art. 516 CC P.

209 Diephuis 1886, p. 197. Zie voor Kopfteilsregres: Schmoeckel, Rückert & Zimmerman 2007, p. 2505; Krüger 2007, p. 2649. BGH *NJW* 88, 134, Hamm, *NJW-RR* 10, 755.

210 De Kok 1965, p. 21; Van Boom 1999, p. 109.

211 BGH 6 oktober 2009, *NJW-RR* 2010, 831. Palandt 2015, p. 643.

2.5.7 Kosten en rente

Naast hun aandeel in de schuld dienen schuldenaren bij te dragen in de door één van hen in redelijkheid gemaakte kosten, tenzij deze kosten een schuldenaar persoonlijk aangaan.²¹² Bijdrage in deze kosten geschiedt naar evenredigheid van het gedeelte van de schuld dat ieder van de schuldenaren aangaat. De verplichting tot het bijdragen in kosten is los van art. 6:10 lid 2 BW geregeld. De verplichting hoort ook los te staan van de voorwaarden die art. 6:10 lid 2 BW stelt. Immers, het kan voorkomen dat een schuldenaar kosten maakt zonder dat de schuld is gedelgd. Bijvoorbeeld de kosten van inbewaringstelling.²¹³

Uit art. 6:10 lid 3 BW²¹⁴ blijkt niet om welke kosten het precies gaat. Evenmin volgt uit de wet een typering van de relatie tussen enerzijds de gemaakte kosten en anderzijds de hoofdelijke prestatie.²¹⁵ De parlementaire geschiedenis geeft wel aanwijzingen voor die gevallen waarin de hoofdelijke schuldenaren ook voor gemaakte kosten hoofdelijk verbonden zijn jegens de schuldeiser. Ter zake stelt de parlementaire geschiedenis:

‘Dit [de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de kosten] kan zowel rechtstreeks uit hun overeenkomst of andere rechtsverhouding met de schuldeiser voortvloeien, als ook uit art. 6.1.9.8 lid 1, dit laatste echter alleen indien alle hoofdelijke schuldenaren voor de door deze kosten ontstane schade aansprakelijk zijn, hetgeen [...] niet steeds het geval behoeft te zijn. De kosten waarvoor alle schuldenaren hoofdelijk aansprakelijk zijn, vallen onder artikel 4 lid 2, zodat, indien een der schuldenaren ze aan de schuldeiser voldoet, de anderen verplicht zijn daarin bij te dragen.’²¹⁶

Ook volgt uit de parlementaire geschiedenis dat schuldenaren intern moeten bijdragen aan kosten die zijn gemaakt voor zaken waar de gehele sociëteit van schuldenaren belang bij heeft. Bijvoorbeeld bij een veroordeling tot betaling van de proceskosten in een geschil dat de schuldenaar, ook in het belang van zijn medeschuldenaren, tegen de schuldeiser heeft aangespannen. Gaat de zaak alleen de procesvoerende schuldenaar aan dan is er geen bijdrageplicht voor de proceskosten.

De hoofdelijk schuldenaar die meent recht te hebben op een interne bijdrage van de door hem gemaakte kosten, moet conform art. 150 Rv stellen en bewijzen dat de door hem gemaakte kosten redelijk zijn. Aan de hand van deze redelijkheidstoets

212 Art. 6:10 lid 3 BW; Parl. Gesch. Boek 6, p. 113.

213 Parl. Gesch. Boek 6, p. 113, 235-239; art. 6:66 e.v. BW.

214 Vgl. § 69 (5) LOA.

215 Van Boom 1999, p. 144.

216 Parl. Gesch. Boek 6, p. 113.

wordt medebepaald of de medeschuldenaren daadwerkelijk moeten bijdragen. Het staat de aangesproken medeschuldenaar vrij om te stellen en te bewijzen dat de gevorderde kosten hem niet aangaan omdat de kosten de vorderende schuldenaar geheel of gedeeltelijk persoonlijk betreffen.²¹⁷

Rente

Hoewel rente niet als zodanig wordt genoemd in art. 6:10 BW wordt aangenomen dat de bedongen rente tot de schuld moet worden gerekend. Voor de wettelijke rente geldt een andere situatie. Vanwege de zelfstandigheid van vorderingsrechten is het verzuim van een schuldenaar voor zijn eigen rekening en risico. Uitzondering hierop kan bijvoorbeeld het regres ex art. 6:102 jo 101 BW met zich meebrengen. Immers, wanneer hoofdelijke schuldenaren door de schuldeiser gezamenlijk in gebreke worden gesteld voor het niet betalen van een geldbedrag, komt de verplichting tot betaling van wettelijke rente op ieder van de schuldenaren te rusten.²¹⁸ Hierbij moet in acht worden genomen dat afwijkingen van de wettelijke rente in de zin van art. 6:119 lid 3 BW voor rekening komen van de betreffende schuldenaar. Het kan namelijk voorkomen dat één schuldenaar een hoger rentepercentage afsprekt met de schuldeiser. Voor het verschil tussen de gezamenlijke renteschuld en het hogere rentepercentage kan deze schuldenaar geen regres nemen op zijn medeschuldenaren. Ook in het geval dat één, maar niet alle hoofdelijk aansprakelijke schuldenaren in verzuim zijn, moet worden gekeken wie van de schuldenaren de wettelijke rente aangaat. Het bepalen van de draagplicht voor de wettelijke rente moet dan los van de draagplicht voor de hoofdelijk verschuldigde prestatie worden vastgesteld. Het kan daarom voorkomen dat alle schuldenaren draagplichtig zijn voor de hoofdelijke prestatie, maar dat sommige van deze schuldenaren niet draagplichtig zijn voor de wettelijke rente.²¹⁹

2.5.8 Medewerkingsplicht, vrijwaringsplicht en mededelingsplicht

In de Duitse rechtspraak zijn zogenaamde medewerkingsplichten ontwikkeld uit § 426 I BGB. Dit zijn verplichtingen die hoofdelijke schuldenaren onderling kunnen hebben, naast de plicht om bij te dragen in de schuld.²²⁰ Te denken valt aan het leegruimen van een gezamenlijk gehuurde woning na het tenietgaan van de huurovereenkomst.²²¹ Of het meewerken aan bewijsverzameling in het kader van een proces tegen de schuldeiser.²²² Andere vaak voorkomende medewerkingsplichten zijn:

217 Boonekamp & Valk 2016, p. 135.

218 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/125.

219 Van Boom 1999, p. 148.

220 Staudingers 2012, p. 593-595.

221 BGH 22 november 1995, *NJW* 1996, 515, 517.

222 OLG Hamm 23 maart 1987, *NJW-RR* 1988, 55.

de *Freistellungsanspruch* (vrijwaringsplicht)²²³ die eist dat schuldenaren hun nakoming aan de debiteur correct afhandelen en de *Interessenwahrungspflicht* (mededelingsplicht)²²⁴, op grond waarvan de presterende schuldenaar zijn medeschuldenaren moet verwittigen van de delging van de schuld om onverschuldigde betaling te voorkomen. Medewerkingsplichten komen vaak tot stand bij een contractueel regresrecht en zijn gebaseerd op de overeengekomen rechtsverhouding tussen partijen. De vraag is of medewerkingsplichten mogelijk zijn zonder dat er sprake is van een bijzondere onderlinge rechtsverhouding. Naar Duits recht is dit mogelijk.²²⁵ Mijns inziens kunnen medewerkingsplichten ook ontstaan naar Nederlands recht. Onderstaand volgt een uitwerking van de vrijwaringsplicht en de mededelingsplicht naar Nederlands recht.

2.5.8.1 Vrijwaringsplicht

De Duitse *Freistellungsanspruch* (ook wel *Befreiungsanspruch* genoemd)²²⁶ schept de verplichting dat schuldenaren zorg dragen voor hun nakoming aan de debiteur. Hierbij moet iedere schuldenaar zijn deel nakomen aan de schuldeiser zodat er geen noodzaak ontstaat voor regres. Naar het Nederlandse recht zou een overeenkomstige plicht vorm krijgen met behulp van de redelijkheid en billijkheid in de zin van art. 6:2 BW. Schuldenaren moeten elkaar niet onnodig opzadelen met de risico's en de kosten die het voorschieten van andermans aandeel met zich meebrengt.

Een voorbeeld: A en B zijn hoofdelijke schuldenaren van C en zijn onderling draagplichtig voor gelijke delen. C spreekt A aan tot nakoming, B heeft hier weet van, maar voldoet zijn aandeel in de schuld niet. A heeft genoeg geld om zijn eigen schuld te voldoen, maar onvoldoende middelen om de gehele hoofdelijke schuld te betalen. Met als gevolg dat A een lening afsluit en zekerheden verleent aan de bank. De kosten die het afsluiten van de geldlening met zich meebrengen zou A in mijn opinie volledig moet kunnen verhalen op B. Wel is vereist dat de medeschuldenaren elkaar kennen en op de hoogte zijn van elkaars aandeel in de schuld. Anders kan een medeschuldenaar het verwijt niet worden gemaakt dat hij de belangen van een andere schuldenaar schaadt. Ingeval de medeschuldenaren niet bekend zijn met elkaar en bovenstaande kosten ontstaan, dan moet de betreffende schuldenaar deze kosten zelf dragen.²²⁷

223 Krüger 2007, p. 2668-2670.

224 Staudingers 2012, p. 595.

225 RG 27 februari 1913, *RGZ* 81, 414; RG 24 januari 1918, *RGZ* 92,143; BGH 3 juli 1962, *NJW* 1962, 1678, 1680; BGH 23 oktober 1986, *NJW* 1987, 374, 376.

226 BGH 21 februari 1957, (VII 216/56), *JZ* 1957, 443; BGH 5 maart 1981, *NJW* 1981, 1666, 1667; BGH 28 april 1994, *NJW* 1994, 2231, 2232.

227 Meier 2010, p. 329-331.

Bij een toerekenbaar tekortkomen van de vrijwaringsplicht kan een veroordeling tot het vergoeden van de kosten en schade die ten laste zijn gekomen van andere medeschuldenaren volgen. Dikwijls zal de vrijwaringsplicht uit hoofde van art. 6:2 BW samenloop hebben met de vrijwaringsplicht die voortkomt uit de rechtsverhouding tussen de medeschuldenaren. Hoewel art. 6:10 lid 3 BW schuldenaren toestaat om in redelijkheid gemaakte kosten op elkaar te verhalen, valt de schade wegens het schenden van de vrijwaringplicht hier niet onder. Hierbij wordt deze schade volledig verhaald op de schuldenaar die zich hieraan schuldig heeft gemaakt. Het betreft dus geen verdeling naar evenredigheid van het gedeelte van de schuld die een schuldenaar aangaat.²²⁸

2.5.8.2 Mededelingsplicht

De *Interessenwahrungspflicht* kent in het Nederlandse recht reeds een verschijningsvorm bij de borgtocht. In het geval dat de hoofdschuldenaar zijn schuldeiser betaalt, terwijl zijn borg de verbintenis reeds is nagekomen zonder hem daarvan mededeling te doen, kan de hoofdschuldenaar ingevolge art. 7:867 BW tegenover de borg volstaan met overdracht aan deze van zijn vordering, wegens onverschuldigde betaling, op de schuldeiser. De ratio van de bepaling is om te voorkomen dat schuldenaren bij een onverschuldigde betaling bloot worden gesteld aan terugbetalingsrisico's die worden vermeden indien de eerst betalende schuldenaar een mededeling doet van zijn betaling aan de schuldeiser.

Mijns inziens is ook de hoofdelijke schuldenaar die door de schuldeiser wordt aangesproken, gehouden zijn medeschuldenaren in te lichten. Echter, het naar analogie toepassen van art. 7:867 BW lijkt mij onnodig gecompliceerd. Het is in mijn opinie logischer de mededelingsplicht te laten voortvloeien uit art. 6:2 BW dat krachtens art. 6:8 BW van toepassing is tussen hoofdelijke schuldenaren. Zij zijn verplicht zich onderling te gedragen overeenkomstig de eisen van de redelijkheid en billijkheid. Dit kan met zich meebrengen dat de presterende schuldenaar zijn medeschuldenaren moet verwittigen van zijn betaling.²²⁹ Overigens moeten de medeschuldenaren wel van elkaars bestaan op de hoogte zijn, anders is het niet duidelijk aan wie de mededeling gedaan moet worden.

Ook bij afwezigheid van dubbele betaling aan de schuldeiser, kan het verzaken van de mededelingsplicht gevolgen hebben. Uit de redelijkheid en billijkheid kan voortvloeien dat de betalende hoofdelijke schuldenaar van zijn betaling mededeling moet doen aan zijn medeschuldenaar. Wanneer de betalende hoofdelijke schuldenaar dit niet doet en bij aanwezigheid van gerechtvaardigd vertrouwen van de medeschuldenaar of bij benadeling, kan er sprake zijn van rechtsverwerking. De hoofdelijke schuldenaar kan dan zijn regresvordering niet meer verhalen.²³⁰

228 Van Boom 1999, p. 139-141; Van Boom 2016, p. 126 e.v.

229 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008/121.

230 PHR 6 april 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BU3784 (ASR/Achmea), nr. 29.

2.6 Regres en verhaal

De regresgerechtigde kan bij uitoefening van zijn regresvordering gebruikmaken van hetgeen het Nederlandse regressysteem biedt met art. 6:10 BW en art. 6:12 BW. De wetgever heeft bij het ontwerpen van dit systeem te maken gehad met verschillende systeemkeuzen. De mogelijke keuzen hebben onderscheidelijke gevolgen voor de verhaalsmogelijkheid van de regresgerechtigde. In deze paragraaf worden een aantal van deze keuzen uiteengezet. In § 2.6.1 wordt het drempelloos regresstelsel behandeld. Eventuele samenloop met art. 6:10 BW en andere rechtsfiguren wordt toegelicht in § 2.6.2. In § 2.6.3 worden de relatieve en de absolute draagplicht en het cascaderegres besproken. In § 2.6.4 worden processuele aspecten van regres beschreven.

2.6.1 Drempel(loos)regresstelsel?

De regresgerechtigde kan regres nemen op zijn medeschuldenaren *vanaf* het gedeelte dat hij boven zijn eigen aandeel in de schuld heeft voldaan. Oftewel, de drempel van het eigen aandeel moet zijn overschreden voordat de aangesproken hoofdelijke schuldenaar de mogelijkheid heeft om regres te nemen. De regresgerechtigde kan dan verhaal halen op zijn medeschuldenaren *tot* het gedeelte dat een regresplichtige schuldenaar aangaat in de schuld. Of de mogelijkheid tot regresneming en de geleverde bijdrage van alle medeschuldenaren in een redelijke verhouding tot elkaar staan, hangt in het huidige Nederlandse regresstelsel ook af van de schuldeiser. Hierin schuilt een potentiële onredelijkheid. Wanneer de schuldeiser namelijk niet de gehele schuld vordert, maar slechts een deel, leidt dit mogelijk tot onredelijke verhoudingen tussen de schuldenaren.²³¹

Ter verduidelijking een voorbeeld. A en B zijn hoofdelijk verbonden schuldenaren jegens schuldeiser C voor een bedrag van € 200. A en B zijn beide draagplichtig en ook de omvang van hun draagplicht is gelijk. Nu wordt A door C aangesproken voor een bedrag van € 90. A moet C hierin voldoen zonder dat A een regresrecht toekomt, aangezien hij niet boven zijn eigen aandeel heeft voldaan. Zou A voor € 120 zijn aangesproken door C, dan zou A na betaling hiervan een regresvordering ad € 20 hebben op B.

In dit voorbeeld kan A regres nemen *vanaf* het gedeelte dat hij boven zijn aandeel in schuld heeft voldaan en dit is vanaf € 100. Oftewel, de drempel van € 100 moet worden geslecht voordat er sprake kan zijn van regres. A kan bij betaling van € 120 aan C, B aanspreken *tot* het gedeelte dat B aangaat, namelijk € 100. Dit betekent dat bij een betaling van € 120 door A aan C, A een regresvordering heeft op B ad € 20.

231 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/123.

Wanneer C besluit niet de gehele schuld te delgen, leidt dit tot onredelijke uitkomsten. Immers, A en B zijn in hun onderlinge verhouding voor een gelijk deel draagplichtig, maar in de bovenstaande voorbeelden is het gedelgde deel van de schuld alleen of voornamelijk ten laste van het vermogen van A gekomen. Hierbij beïnvloedt de externe schuldeiser de interne verhouding tussen de schuldenaren.

Hoe kan deze onredelijkheid worden geadresseerd? Mijns inziens door regres toe te staan vanaf het moment dat een gedeelte van de hoofdelijke schuld wordt gedelgd, ongeacht of dit gedeelte het eigen aandeel overstijgt. Een zogenaamd drempelloos regresstelsel zou in een dergelijk geval de onredelijkheid kunnen verzachten. In een drempelloos regresstelsel vindt na iedere betaling aan de schuldeiser door een hoofdelijk schuldenaar verrekening plaats tussen de draagplichtige schuldenaren naar evenredigheid van hun onderlinge draagplicht.²³² Dit betekent dat op grond van het bovenstaande voorbeeld A na betaling van de door C gevorderde € 120 voor € 60 verhaal kan halen op B. Het zou onder omstandigheden raadzaam zijn om de mogelijkheid van een drempelloos regres op te nemen in een tussen partijen overeengekomen regresovereenkomst.

2.6.2 Samenloop met art. 6:10 BW

De hoofdelijke schuldenaar die meer heeft bijgedragen in de schuld dan hem aangaat kan dit verhalen op zijn medeschuldenaren. Dit kan hij doen met een beroep op: ongerechtvaardigde verrijking, zaakwaarneming, onrechtmatige daad, contractsbepalingen of de redelijkheid en billijkheid om zijn (regres)vordering te verhalen op de medeschuldenaren. Deze rechtsfiguren kunnen samenloop hebben met art. 6:10 BW. Of deze rechtsfiguren tot een ander resultaat leiden dan bij toepassing van art. 6:10 BW is zeer de vraag. Immers, de omvang van ieders draagplicht dient te worden vastgesteld en art. 6:10 BW geeft daartoe alleen algemene kaders. Concrete invulling van de regresmaatstaf gebeurt op grond van andere bronnen van verbintenis. De maatstaf wordt ingekleurd door wat partijen zijn overeengekomen, een wettelijke bepaling of door rechtsbeginselen. Anders gesteld, het resultaat van de vaststelling van de draagplicht conform art. 6:10 BW volgt uit de gekozen invulling van de kaders. Wanneer op grond van ongerechtvaardigde verrijking de kaders van art. 6:10 BW worden ingevuld, leidt dit voor de vaststelling van de omvang van de draagplicht niet tot een ander resultaat in vergelijking met het zelfstandig toepassen van art. 6:212 BW.²³³

²³² Van Boom 1999, p. 149-151; Klaassen 2002, p. 688; Van Boom 2016, p. 102.

²³³ Voor een uitgebreide beschouwing op de samenloop tussen art. 6:10 BW en andere rechtsfiguren zie Van Boom 2016, p. 115 e.v.

2.6.3 Regres: vier scenario's

Bij het vormgeven van een regresstelsel staan de wetgever verschillende modellen ter beschikking. De keuze voor het ene stelsel of het andere stelsel laat zich leiden door antwoorden op vragen als: Wanneer is er sprake van regres? Op welke wijze dient de regresvordering te worden verhaald? Hoe wordt de omvang van het regres bepaald? Hoewel het regresstelsel van art. 6:10-14 BW met de rechtstelsels van de ons omringende landen veel overeenkomsten en historische verwantschap heeft, zijn de gemaakte stelselkeuzen niet zonder meer vanzelfsprekend. De grote verscheidenheid aan casuïstiek maakt het lastig om een systeem te ontwerpen dat in alle situaties balans vindt en tot redelijke uitkomsten leidt op een efficiënte en voor de praktijk hanteerbare wijze.

Het verhalen van een regresvordering kan volgens vier scenario's. Stel: A, B en C zijn hoofdelijk aansprakelijk voor een schuld van € 150 en hebben onderling een evenredige draagplicht. A voldoet de schuld en wil regres nemen op C. A kan C aanspreken voor: (I) € 150 ingeval de regresvordering zich op het volle schuldbedrag richt en als hoofdelijke schuld is aangemerkt; (II) € 100 ingeval A zijn deel van de totale schuld moet afhalen. Hier is sprake van bij cascaderegres; (III) € 50 wanneer de bijdrageplicht als deelschuld is vormgegeven,²³⁴ (IV) € 75 ingeval een regeling als art. 6:13 BW geldt²³⁵ of er sprake is van een relatieve draagplicht, lijkend op de Duitse *Einzelabwägung*.

Het eerste scenario komt tegenwoordig niet meer voor. Aangezien A en C evenredig draagplichtig zijn, zal na het regres C een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking instellen tegen A voor de helft van de oorspronkelijke schuld. Geen van de continentale Europese codificaties hanteert een dergelijk stelsel.²³⁶ Scenario twee, het cascaderegres, wordt besproken in § 2.6.3.2. Scenario drie is het uitgangspunt in het regressysteem van art. 6:10 BW en is samen met scenario vier voor wat betreft art. 6:13 BW besproken in § 2.4. Onderstaand wordt eerst ingegaan op de relatieve en absolute draagplicht en daarna op het cascaderegres.

2.6.3.1 De relatieve en absolute draagplicht

Het toepassen van een maatstaf leidt tot een interne verdeling van de schuld. Onderdeel van het toepassen van een maatstaf is dat besloten wordt tussen welke schuldenaren de maatstaf werking heeft. Dit aspect van draagplichtverdeling wordt

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

235 Meier 2010, p. 287. Het vierde model is ook gangbaar in de ons omringende rechtstelsels. Vgl. § 426 I BGB; art. 1214 II CC; § 896 ABGB; art. 148 (3) OR; art. 1214 B.W.

236 Het Common Law systeem kent nog wel omstandigheden waar de schuldenaren geen regres toekomt. Friedmann & Cohen 2007, p. 3. Vgl. met het Romeins recht dat de presterende hoofdelijk schuldenaar ook niet automatisch een regresrecht toekent.

niet vaak besproken in de literatuur en de rechtspraak.²³⁷ Op basis van de literatuur lijken er twee opties te bestaan.²³⁸ Enerzijds is het mogelijk om een systeem van relatieve draagplicht toe te passen, anderzijds kan een systeem van absolute draagplicht worden gebruikt.

Bij relatieve draagplicht wordt het aandeel in de schuld dat de ene schuldenaar heeft ten opzichte van de andere schuldenaar, uitgedrukt als grootte die in verhouding staat tot het aandeel van zijn medeschuldenaar. Bij absolute draagplicht wordt het aandeel dat een schuldenaar heeft ten opzichte van een medeschuldenaar uitgedrukt als deel van de schuld. Anders gesteld: wanneer bij medeschuldenaren A, B, en C, A, B aanspreekt, kan de draagplicht gewaardeerd worden door (I) alleen hun onderlinge verhouding als uitgangspunt te nemen of door (II) de interne verhouding tussen alle schuldenaren in acht te nemen.

Een voorbeeld. A, B en C zijn hoofdelijk verbonden voor een schuld ad € 6000, de omvang van hun draagplicht is evenredig en A betaalt de gehele schuld aan de schuldeiser. Het aandeel dat de schuldenaren in de schuld hebben staat in een verhouding van 1 ten opzichte van elkaar. Wordt het aandeel echter uitgedrukt als deel van de schuld dan moet iedere schuldenaar intern 1/3 aan de schuld bijdragen. Het individuele aandeel wordt in dit geval in de onderlinge verhouding tussen de schuldenaren afgezet ten opzichte van de totale schuld. Dit leidt tot een integrale benadering van regresuitoefening, een absolute bepaling van de draagplicht.²³⁹ Oftewel; $A : B : C = 1 : 1 : 1 = 1/3 : 1/3 : 1/3$. Dit betekent dat conform de absolute draagplicht, waar de totale schuld als uitgangspunt dient, B 1/3, namelijk € 2000, moet bijdragen. Echter, wanneer A schuldenaar B aanspreekt, bedraagt de relatieve draagplicht van B de helft van de schuld, € 3000. Immers A en B staan in een 1 : 1 verhouding tot elkaar. Het mag duidelijk zijn dat beiden € 1000 boven hun eigenlijke aandeel betalen. Daarom zou het voor A en B mogelijk moeten zijn om ieder voor € 1000 regres te nemen op C.

In tegenstelling tot de Nederlandse literatuur en rechtspraak is de Duitse rechtstheorie een stuk uitgebreider over deze materie. Met name in geval van draagplicht bij schade die mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend.²⁴⁰ Voor deze situatie zijn drie zienswijzen ontwikkeld. De *Einzelabwägung*²⁴¹, de *Gesamtschau*²⁴² en de *Kombinationstheorie*²⁴³.

237 HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, *NJ* 1994/535, m.nt. Brunner (DES-dochters); Van Boom 1999, p. 151.

238 Van Boom 1999, p. 151.

239 Van Boom gebruikt de termen onderlinge draagplicht en interne draagplicht. Van Boom 1999, p. 151.

240 Vgl. art. 6:102 jo 101 BW.

241 RG *DR* 1940, 453; BGHZ 03 februari 1954, *NJW* 1954, 875.

242 Koch, *NJW* 1967, 181.

243 BGH 16 juni 1959, *NJW* 1959, 1772; BGH 13 december 2005, *NJW* 2006, 896.

2.6.3.2 Einzelabwägung, Gesamtschau en de Kombinationstheorie

Bij *Einzelabwägung* wordt de draagplicht van de benadeelde tegen de draagplicht van de aansprakelijke medeschuldenaar afgewogen en komt (goedgeels) overeen met het eerder toegelichte systeem van relatieve draagplicht. Stel: A, B en C zijn betrokken bij een ongeluk. C is de benadeelde en heeft € 6000 schade die deels aan zichzelf te wijten is. A, B en C zijn in gelijke mate draagplichtig en staan tot elkaar in verhouding van 1 : 1 : 1. Bij een zuivere toepassing van *Einzelabwägung* kan dit ertoe leiden dat C € 3000 kan vorderen van A of B. C krijgt dus meer van A of B dan gewenst en tegelijkertijd moet C in de 1 : 1 verhouding de helft van de schade dragen, terwijl hij maar voor 1/3 eigen schuld heeft. Kortom, in zijn pure vorm kan de *Einzelabwägung* tot onbillijke situaties leiden.²⁴⁴

Bij *Gesamtschau* wordt de bijdrageplicht van alle aansprakelijke medeschuldere-naren als één entiteit beschouwd. Er ontstaat een aansprakelijkheidseenheid (*Haf-tungseinheit*). Vervolgens wordt de bijdrageplicht van de benadeelde gewogen tegen deze aansprakelijkheidseenheid.²⁴⁵ Bijvoorbeeld: de draagplicht tussen aansprakelijke schuldenaren A, B en benadeelde C is 2/3 tegen 1/3. In die zin dat allen voor 1/3 aan-deel hebben in de schade. Bij een schade van € 6000 krijgt C € 4000 van de hoofde-lijke schuldenaren A en B, die bij betaling door A aan C van dat bedrag onderling regres kan nemen voor 1/3 van de schuld. Echter, wanneer B betalingsonmachtig is komt de schade ad € 4000 geheel en al voor rekening van A. De aansprakelijke schuldenaren dragen elkaars faillissementsrisico. C die ook schuld heeft, ontspringt de dans en deelt niet mee in een eventuele omslag.

Het BGH heeft de nadelen die zijn verbonden aan de *Einzelabwägung* en de *Gesamtschau* proberen te mitigeren door beide systemen te combineren in de *Kombinationstheorie*.²⁴⁶ De *Kombinationstheorie* bestaat uit twee stappen. Bij de eerste stap wordt door middel van *Gesamtschau* de omvang van ieders draagplicht in het licht van de totale schuld berekend. Dit betekent dat op grond van ons voorbeeld A en B voor 2/3 aansprakelijk zijn en C voor 1/3 ((A + B) : C = 2/3 : 1/3). In stap twee wordt de *Einzelabwägung* toegepast wat in het onderhavige voorbeeld leidt tot: A : C = 1/3 : 1/3 = 1 : 1 en B : C = 1/3 : 1/3 = 1 : 1. Dus: C heeft een vordering tegen A en B gezamenlijk voor € 4000. A en B zijn in hun afzonderlijke verhouding jegens C conform de *Einzelabwägung* aansprakelijk voor € 3000. Ingeval B betalingson-machtig is dient C zijn aanspraak te richten tot A. Het resultaat is dat zowel A als C € 3000 van de schade dragen en het faillissementsrisico van B delen.

244 Dunz, *JZ* 1955, 727; Koch, *NJW* 1967, 181.

245 Koch, *NJW* 1967, 181.

246 BGH 16 juni 1959, *NJW* 1959, 1772; BGH 13 december 2005, *NJW* 2006, 896. Krüger 2007, p. 2657; Schmoeckel, Rückert & Zimmerman 2007, p. 2507.

Voor- en nadelen

Wat zijn nu de voor- en nadelen in de voornoemde stelsels? Bij onbekendheid met een medeschuldenaar of met onbekendheid van zijn aandeel in de schuld, kan de *Einzelabwägung* op een billijke wijze de relatieve draagplicht bepalen tussen de wel bekende medeschuldenaren. In het geval A regres wil nemen op B en medeschuldenaar C niet bij partijen bekend is, kan er tussen A en B toch regres plaatsvinden. Stel: A en B zijn verwickeld in een regresprocedure waarin de rechter de onderlinge verhouding moet vaststellen. C is niet bij de procedure betrokken. Dit geeft de rechter de mogelijkheid om te oordelen over A en B zonder zich uit te spreken over de draagplicht van C.²⁴⁷ Echter, bij een opvolgend regres van A of B op C zal het integrale regresbeeld tussen A : B : C bekeken moeten worden teneinde tot een billijke verdeling te komen. Uitzondering hierop is de situatie dat de regresmaatstaf bestaat uit een absolute waarde.²⁴⁸

Welk systeem heeft de Nederlandse wetgever voor ogen bij het toepassen van art. 6:10 e.v. BW? Brunner duidt de eerdergenoemde relatieve draagplicht als de keuze van de wetgever.²⁴⁹ Van Boom bestrijdt dit. Hij betoogt dat de wetgever met de zinsnede ‘in hun onderlinge verhouding’ uit art. 6:10 lid 1 BW en art. 6:102 lid 1 BW niet verwijst naar een specifiek systeem. Verder concludeert Van Boom op grond van de Toelichting Meijers en de aard van art. 6:102 lid 2 BW dat het systeem van absolute draagplicht geldend recht lijkt te zijn.²⁵⁰

Ik ben geneigd om Van Boom hierin gelijk te geven. Mede ingegeven door het feit dat de Hoge Raad gebruikmaakt van de methode van de absolute draagplicht. Een voorbeeld hiervan is te vinden bij het Hangmat-arrest. Dit arrest gaat over de vraag of de bezitter van een gebrekkige opstal uit hoofde van art. 6:174 BW ook aansprakelijk is voor schade die als gevolg van dit gebrek wordt geleden door de andere medebezitter(s). De Hoge Raad beantwoordt deze vraag bevestigend.²⁵¹

Medebezitters van een opstal, in de zin van art. 6:174 BW, vormen een aansprakelijkheidseenheid. Als er schade voortvloeit uit de gebrekkigheid van deze opstal, dan is eenieder die tot de aansprakelijkheidseenheid behoort aan te spreken voor die schade. Ook wanneer de benadeelde één van de medebezitters is. De schade valt dus niet toe aan een deel van de eenheid, maar in beginsel altijd aan allen die behoren tot de aansprakelijkheidseenheid. Voor het bepalen van de hoogte van ieders aandeel in de risicoaansprakelijkheid, weegt de Hoge Raad indachtig de aansprakelijkheidseenheid wat ieders aandeel is in de schadeveroorzakende opstal. De schade die een medebezitter draagt, komt overeen met zijn aandeel in de opstal.²⁵² Het op deze wijze verdelen van schade is te vergelijken met de wijze waarop dit gebeurt volgens de *Gesamtschau*.

247 Van Boom 1999, p. 154.

248 Van Boom 1999, p. 155.

249 HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, *NJ* 1994/535, m.nt. Brunner (DES-dochters).

250 Van Boom 1999, p. 152-154.

251 HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, *NJ* 2011/465, m.nt. Hartlief (Hangmat).

252 HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, *NJ* 2011/465, m.nt. Hartlief (Hangmat), r.o. 4.5.2.

Gezien het voorgaande is mijns inziens de absolute draagplicht het uitgangspunt. Echter, aangezien de wetgever geen expliciete keuze heeft gemaakt voor de methode van de relatieve draagplicht of de absolute draagplicht, lijkt mij het gebruik van de eerste methode niet op voorhand uitgesloten. Uiteindelijk zal in het belang van redelijke uitkomsten in een specifieke situatie de redelijkheid en billijkheid de leidraad moeten zijn bij het toepassen van de relatieve draagplicht of de absolute draagplicht. Hierbij kan indachtig de *Kombinationstheorie* zelfs van beide methoden gebruikgemaakt worden. Niettemin zou het in een dergelijke situatie wellicht meer voor de hand liggen om een beroep te doen op ongerechtvaardigde verrijking of een billijkheidscorrectie.

2.6.3.3 Het cascaderesgres

In het huidige Nederlandse regresstelsel kan de betalende schuldenaar ten opzichte van de andere schuldenaren onevenredig worden belast. Het komt voor dat de betalende schuldenaar meerdere verhaalsacties moet uitvoeren om zijn regresvordering voldaan te krijgen. Dit lijkt onredelijk aangezien hij ogenschijnlijk willekeurig is aangesproken door de schuldeiser. Een mogelijkheid om deze onredelijkheid te redresseren is het cascaderesgres. Hierbij kan de aangesproken schuldenaar het totaal betaalde bedrag minus zijn aandeel verlangen van zijn medeschuldenaar.

Bijvoorbeeld: bij een schuld van € 400, vier schuldenaren, die allen een gelijk aandeel hebben in de schuld, waarbij A de gehele schuld voldoet aan de schuldeiser, vindt als volgt het regres plaats. A kan B aanspreken voor de totale schuld (€ 400) minus zijn aandeel in die schuld (€ 100) is € 300. B op zijn beurt kan C aanspreken voor € 200 en C spreekt D aan voor € 100. Op deze wijze wordt het risico en de belasting van het verhaal gelijkmatiger verdeeld. Niettemin is er ook in het cascaderesgres geen evenredige verdeling van het risico. D loopt het minste risico aangezien deze schuldenaar alleen zijn eigen aandeel betaalt. Hierbij zou het tot stel- en bewijsproblematiek kunnen leiden wanneer A, B aanspreekt terwijl C failliet is. In een dergelijk geval moet B aantonen dat C failliet is. Het is zeer de vraag of volledige gelijkheid tussen de hoofdelijke schuldenaren mogelijk is. Mijns inziens wordt de complexiteit van het cascadesysteem niet gerechtvaardigd door de resultaten die dit systeem biedt.²⁵³

253 BGH 3 juli 1962, *NJW* 1962, 1678; BGH *NJW* 1981, 1666, 1667; Van Ransbeeck 1999; Krüger 2007, p. 2654; Meier 2010, p. 288.

2.6.4 Processuele aspecten van regres

In regresprocedures kan het gezag van gewijsde voor problemen zorgen. Stel: A, B en C zijn hoofdelijk verbonden schuldenaren. A betaalt de schuldeiser en zoekt dientengevolge regres bij B die door A wordt gedagvaard. Wanneer de rechter een oordeel velt over de draagplicht tussen A en B, staat, als gevolg van het gezag van gewijsde, de draagplicht tussen A en B vast in een zaak waarbij naast A en B ook C tot de procespartijen behoort. Dit is problematisch. Immers, om de draagplicht tussen A en B te bepalen moet de rechter naar de draagplicht van alle schuldenaren kijken. Het bepalen van de relatieve draagplicht tussen A en B volstaat niet. Ook al wordt C niet in vrijwaring opgeroepen en voegt C zich evenmin in de procedure, dan ontkomt de rechter er niet aan een oordeel te vellen over de draagplicht van C. Wat betekent dit wanneer A, C in rechte betreft? Aangezien C geen partij is geweest in de eerdere procedure van A tegenover B, werkt het gezag van gewijsde niet tegenover C. Hij kan het oordeel van de rechter dus naast zich neerleggen. Wanneer A nu C aanspreekt in een volgende procedure kan de rechterlijke vaststelling van de draagplicht afwijken van het eerdere oordeel. Om kort te gaan: de beide uitspraken kunnen conflicteren.

Een voorbeeld. In de procedure tussen A en B heeft de rechter een draagplicht voor gelijke delen vastgesteld voor alle schuldenaren. Dit leidt ertoe dat A, B en C allen een 1/3 aandeel in de schuld hebben. Echter, in de procedure tussen A en C kan de draagplicht van alle schuldenaren door een andere maatstaf worden bepaald en dit resulteert in een ongelijke draagplicht, A (2/5), B (2/5) en C (1/5). In vergelijking met het eerste vonnis komt C er in het tweede vonnis beter vanaf, terwijl het oordeel juist nadeliger uitvalt voor A. Ter voorkoming van de bovenstaande problematiek zouden idealiter alle schuldenaren moeten worden gedagvaard. Zodoende is het gezag van gewijsde van toepassing op alle schuldenaren als zijnde procespartijen. Daarnaast zou onder omstandigheden een actie uit onrechtvaardige verrijking of een billijkheidscorrectie soelaas kunnen bieden. Eén en ander voor zover het gezag van gewijsde zich hier niet tegen verzet.²⁵⁴

2.7 Conclusie

In het Romeins recht is gepoogd het regres te voorzien van grondslagen. Aanvankelijk is regres enkel toegestaan bij een rechtsverhouding uit *societas*. Later is het mogelijk om regres op andere rechtsverhoudingen te baseren en dient de door de schuldeiser aan de presterende schuldenaar gecedeerde vordering ook als grondslag voor regres. De uitbreiding van grondslagen is kenmerkend voor de ontwikkeling van het regresrecht. Hierbij is de diversiteit van de casuïstiek een stuwende kracht.

²⁵⁴ Van Boom 1999, p. 229-231.

Deze ontwikkeling gaat door tot er in de negentiende eeuw bij de grote nationale codificaties een wettelijk regresrecht ontstaat dat voortvloeit uit de hoofdelijkheid.

Uit een rondgang langs verschillende Europese regresregelingen volgt dat twee stelsels zijn te onderscheiden: (I) een hoofdregelstelsel waar de draagplicht voor gelijke delen als uitgangpunt wordt gebruikt en (II) een restregelstelsel dat deze maatstaf als laatste mogelijkheid ziet bij het vaststellen van ieders draagplicht. Voor het bepalen van de omvang van de draagplicht is niet alleen de gebruikte maatstaf van belang, maar ook het ijkpunt waarop de hoofdelijke prestatie wordt gewaardeerd. Verder moet eveneens rekening worden gehouden tegen welke grootte het regres wordt vastgesteld, een medeschuldenaar of de schuld. In dit licht kan gebruik worden gemaakt van een systeem van relatieve draagplicht of van een systeem van absolute draagplicht. Naast voorgaande opties bestaan er nog verscheidene andere ontwerpmogelijkheden.

Gewoonlijk ontstaat bij hoofdelijke schuldenaren de behoefte aan regres wanneer de interne aansprakelijkheid niet overeenkomt met de externe aansprakelijkheid. In deze zin is het regresrecht een correctiemechanisme. Hierbij heeft de onderlinge rechtsverhouding tussen de hoofdelijke schuldenaren een belangrijke functie. Het is deze rechtsverhouding die in specifieke situaties richting moet geven aan het verdelen van de interne draagplicht.

