

## DE REDACTIE PRIVAAT

### “COLLECTIVE SETTLEMENTS” EN INDIVIDUELE SCHIKKINGEN DOOR HOOFDELIJK AANSPRAKELIJKE DEBITEUREN

#### I. Inleiding

1. In de achterkamers van de Europese Commissie wordt hard gewerkt aan de afronding van een *public consultation paper* over collectief schadeverhaal (“*collective redress*”). Men verwacht de *consultation paper* voor het einde van dit jaar te kunnen presenteren(1). Bovendien hoopt de Commissie dat reeds in de lente van 2011 overeenstemming zal worden bereikt over een algemeen juridisch raamwerk voor collectief schadeverhaal in Europa(2). Hoewel het formele standpunt van de Europese Commissie voorlopig niet vaststaat — in theorie is gedurende de aankomende consultatiefase alles nog “open” — ligt in de lijn der verwachtingen dat zij (wederom) zal proberen om via wetgeving een collectieve actie in Europa te introduceren. Een dergelijke collectieve actie zou moeten bijdragen aan de effectieve handhaving van mededingingsrechtelijke en consumentenbeschermende normen in het Europese recht.

2. In een recente toespraak benoemde commissaris voor de mededinging Joaquín Almunia vijf beginselen die volgens hem en zijn collega-commissarissen Viviane Reding en John Dalli(3) bij de vormgeving van Europese mechanismen voor collectief schadeverhaal centraal zouden moeten staan(4). Eén van die vijf beginselen is dat

---

(1) Ten tijde van het ter perse gaan van deze bijdrage was de *consultation paper* nog niet verschenen.

(2) Zie de toespraak van Joaquín Almunia voor de Universiteit van Valladolid, 15 oktober 2010, speech/10/554 (<http://ec.europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/554>).

(3) Commissarissen voor Justitie, Grondrechten en Burgerschap, respectievelijk Gezondheid en Consumenten.

(4) Zie de toespraak van Joaquín Almunia voor de Universiteit van Valladolid, 15 oktober 2010, speech/10/554 (<http://ec.europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/554>).

er reële mogelijkheden moeten zijn om geschillen door middel van minnelijke regelingen op te lossen<sup>(5)</sup>. Een interessante vraag is of de Commissie in dat kader overweegt om, naast collectieve acties, ook collectieve schikkingen in Europa te introduceren. De Nederlandse Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade uit 2005 zou daarvoor wellicht model kunnen staan<sup>(6)</sup>.

3. Collectief of niet, als het op schikkingen aankomt, heeft de rechtspraktijk belang bij enige uniformering van het Europese privaatrecht. In het bijzonder waar verscheidene schuldenaren hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de geleden schade — een situatie die zich bij overtredingen van het mededingingsrecht vaak voordoet — overheerst op dit moment onzekerheid. Een onderneming die schuld heeft bekend aan een overtreding van het kartelverbod en ook met haar afnemers tot een vergelijk wil komen, ziet zich voor een dilemma gesteld. Biedt zij haar afnemers schadevergoeding aan, dan zijn die afnemers doorgaans bereid om te praten over een schikking waarbij aan de onderneming kwijting wordt verleend. Komt een schikking tot stand dan is daarmee echter niet gezegd dat de onderneming de problematiek ook daadwerkelijk achter zich kan laten. Immers, als de afnemers hun aanspraken vis-à-vis de overige hoofdelijke schuldenaren handhaven, is de kans groot dat de “schikkende” onderneming zich later geconfronteerd ziet met regresvorderingen van haar medeschuldenaren. Omdat de meeste Europese rechtssystemen bovendien processuele middelen als vrijwaring en gedwongen tussenkomst kennen, is goed mogelijk dat zij direct of indirect betrokken wordt bij gerechtelijke procedures tussen de eiser(s) en haar medeschuldenaren. Dat terwijl met een schikking doorgaans juist wordt beoogd ook dergelijke aanspraken en procedures voorgoed af te wenden.

---

(5) In haar Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels leek de Commissie nog voornemens om het faciliteren van schikkingen aan de lidstaten over te laten. Zie Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels (2 april 2008), COM(2008) 165 final (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:NL:PDF>), p. 11, waarin de Commissie de lidstaten “aanmoedigde” om “procedureregels uit te werken die schikkingen aanmoedigen (...)”. In een op het Witboek volgende conceptrichtlijn, die nooit formele status kreeg maar waarvan sinds de zomer van 2009 exemplaren circuleren, trok de Commissie het initiatief meer naar zichzelf toe door in (concept-)artikel 6(6) te bepalen dat “*Member States shall ensure that effective mechanisms are available for the parties in representative actions to agree on a fair and efficient consensual resolution of the case*”.

(6) Een wet die op haar beurt sterk geïnspireerd is door het Amerikaanse recht. Zie bijvoorbeeld de opmerkingen van de Minister van Justitie in de Nota naar Aanleiding van het Verslag, *Kamerstukken II 2003-2004*, 29.414, nr. 7, p.15-16.

4. In het Verenigd Koninkrijk heeft het *House of Lords* — nu: het *Supreme Court* — zich in 2002 in de zaak *Heaton a.o. v. Axa Equity & Law* over deze problematiek gebogen. Het *House of Lords* oordeelde dat een schuldeiser die kwijting verleent aan één hoofdelijke schuldenaar, in beginsel zijn aanspraken jegens de overige schuldenaren onverkort handhaaft. Wil een hoofdelijke schuldenaar naast de verleende individuele kwijting tevens beschermd zijn tegen regresvorderingen van zijn medeschuldenaren, dan zal hij de schuldeiser ertoe moeten bewegen om *hetzij* hem te vrijwaren tegen regresvorderingen van zijn hoofdelijke medeschuldenaren, *hetzij* finale kwijting te verlenen aan alle hoofdelijke schuldenaren. Lord Bingham verwoordde het als volgt:

*“If [a settling defendant], on compromising [the claimant]’s claim, wishes to protect himself against any claim against him by [a co-defendant] claiming contribution, he may achieve that end either (a) by obtaining an enforceable undertaking by [the claimant] not to pursue any claim against [the co-defendant] relating to the subject matter of the compromise, or (b) by obtaining an indemnity from [the claimant] against any liability to which [the settling defendant] may become subject relating to the subject matter of the compromise.”*(7)

Voor de rechtspraak is het oordeel van het *House of Lords* bepaald onpraktisch. De suggesties van Lord Bingham maken dat niet anders. Een schuldeiser zal niet gauw bereid zijn om aan één van zijn hoofdelijke schuldenaren toe te zeggen dat hij de overige schuldenaren niet zal aanspreken. Een dergelijke bereidheid bestaat mogelijk wel als de individuele schuldenaar de gehele vordering op zowel hemzelf als al zijn mede-schuldenaren zou willen voldoen, maar dat is doorgaans te kostbaar. Het door Lord Bingham aangedragen alternatief, de door de schuldeiser(s) als onderdeel van een regeling af te geven vrijwaring tegen regresvorderingen, komt in de rechtspraak wel voor. Een dergelijke vrijwaring voorkomt echter niet dat de “schikkende” schuldenaar door zijn mede-schuldenaren in procedures wordt betrokken. De vrijwaring bewerkstelligt alleen dat die regresprocedures voor rekening en risico van de schuldeiser komen. Bovendien zijn partijen zelden bereid een vrijwaring af te geven, zonder dat daarbij tevens een maximumbedrag wordt overeengekomen. Kortom: ook bij deze variant kan de gekweten (hoofdelijke) schuldenaar er niet op rekenen dat hij de problematiek voorgoed achter zich kan laten.

---

(7) *Heaton a.o. v. Axa Equity & Law*, [2002] UKHL 15 at 9, per Lord Bingham.

5. Een complicerende factor in kartelkwesties is dat er geen eenduidig antwoord is op de vraag naar de verdeling van de onderlinge draagplicht tussen de hoofdelijke schuldenaren. Betaalt een schuldenaar een schikkingssom gebaseerd op bijvoorbeeld zijn marktaandeel in de gekarteliseerde markt, dan is onzeker of hij daarmee zijn aandeel in de aansprakelijkheid heeft voldaan. Zijn mede-schuldenaren zullen, wanneer zij zich geconfronteerd zien met een vordering waarop de schikkingssom in mindering is gebracht, weinig moeite hebben om argumenten te vinden waarom de draagplicht van de “schikkende” schuldenaar hoger is dan de schikkingssom. Zo lang het risico op regresvorderingen niet effectief kan worden uitgesloten, is het voor deelnemers aan een overtreding van een kartelverbod — en in meer algemene zin voor hoofdelijke schuldenaren — dus niet erg aantrekkelijk om individueel met de schuldeiser(s) tot een minnelijke regeling te komen.

## II. De Belgische en de Nederlandse benaderingen

6. In *Heaton a.o. v. Axa Equity & Law* constateerde Lord Rodger terecht dat het beschreven probleem al door de klassieke Romeinse juristen werd besproken<sup>(8)</sup>. Het is nauwelijks verrassend dat sindsdien een aantal mogelijke oplossingen is bedacht. Voor de lage landen is een door Pothier aangedragen oplossing van bijzonder belang. In zijn *Traité des Obligations* van 1761 schreef Pothier over een kwijting die aan één van de hoofdelijke debiteuren is verleend:

*“Mais s’il y a deux ou plusieurs débiteurs solidaires, la décharge accordée à l’un n’éteint pas la dette; elle ne libère que celui à qui elle est accordée, et non son codébiteur. La dette est éteinte, néanmoins, pour la part de celui à qui la décharge est accordée, et l’autre ne demeure obligé que pour le surplus.”*<sup>(9)</sup>

Aldus bevrijdt een kwijting verleend aan een individuele, hoofdelijke schuldenaar de overige schuldenaren slechts in zoverre, dat de vordering jegens hen wordt verminderd met het aandeel van de gekweten schuldenaar (zijn “draagplicht”), zodat de overige schuldenaren alleen voor het “surplus” aansprakelijk blijven.

<sup>(8)</sup> *Heaton a.o. v. Axa Equity & Law*, [2002] UKHL 15 at 85, per Lord Rodger, met verwijzing naar *D. 2.14.32* (Paulus). Zie ook *D. 2.14.21.5*, *D. 2.14.22* (Ulpianus) en *D. 2.14.23* (Paulus).

<sup>(9)</sup> R.J. Pothier, *Traité sur Différentes Matières de Droit Civil (Tome I); Traité des Obligations* (Parijs & Orléans, 1773), p. 306 (nr. 617).

7. De oplossing van Pothier is praktisch en doet recht aan de belangen van beide partijen bij de schikking. Enerzijds wordt in de schikking niet een algehele kwijting ten gunste van alle hoofdelijke schuldenaren gelezen. Dat lijkt terecht: het is immers bepaald niet vanzelfsprekend dat de schuldeiser met een aan één individuele schuldenaar verleende kwijting beoogt ook de overige schuldenaren van hun aansprakelijkheid te verlossen. Anderzijds worden zijn aanspraken vis-à-vis de overige schuldenaren wel zodanig verkort, dat daarop het aandeel van de gekweten schuldenaar in mindering wordt gebracht. Gevolg is dat de overige schuldenaren geen legitiem belang meer hebben bij het nastreven van regresvorderingen op de gekweten schuldenaar. Voor zijn aandeel worden zij immers niet langer aangesproken. Aldus wordt recht gedaan aan het (doorgaans) beoogde doel van een schikking: de individueel gekweten schuldenaar wordt daadwerkelijk van aansprakelijkheid verlost.

8. Pothiers benadering is in de Franse *Code Civil* slechts gedeeltelijk gevolgd. Uitgangspunt naar Frans recht is dat een kwijting die is verleend aan één hoofdelijke schuldenaar in beginsel ook de andere schuldenaren bevrijdt. Slechts voor het geval dat de schuldeiser zijn vorderingen op de overige schuldenaren handhaaft, is de aan Pothier ontleende aftrek van het aandeel van de gekweten schuldenaar voorgeschreven. Dezelfde regeling is in zowel het Belgische Burgerlijk Wetboek als het Nederlandse Oud Burgerlijk Wetboek opgenomen. Zie artikel 1285 van het Belgische BW, dat inhoudelijk overeenstemt met artikel 1285 *Code Civil* en artikel 1476 van het Nederlandse Oud BW ("OBW"):

*"Kwijtschelding of ontslag bij overeenkomst ten voordele van een van de hoofdelijke medeschuldenaars, bevrijdt al de overigen, tenzij de schuldeiser zich uitdrukkelijk zijn rechten tegen hen heeft voorbehouden.*

*In dit laatste geval kan hij de schuld niet invorderen dan na aftrek van het aandeel van degene aan wie hij kwijtschelding verleend heeft."* (10)

Het in dit artikel verwoorde uitgangspunt dat een individuele kwijting in beginsel ook alle overige schuldenaren bevrijdt, leeft op gespannen

---

(10) Ter vergelijking: artikel 1476 OBW luidde: "De kwijtschelding eener schuld, of het ontslag bij overeenkomst, ten behoeve van éenen der hoofdelijke medeschuldenaren gegeven, bevrijdt alle de overige, ten ware zich de schuldeischer uitdrukkelijk zijne regten tegen de laatstgemelde mogt hebben voorbehouden. In welk laatste geval, hij de schuld niet verder kan invorderen, dan na aftrek van het aandeel van dengenen aan wien hij de schuld heeft kwijtgescholden".

voet met de gewone regels over uitleg van overeenkomsten. Normaal gesproken zou toch ten minste uit de uitingen of gedragingen van de schuldeiser moeten blijken dat hij beoogde van al zijn aanspraken jegens alle schuldenaren af te zien<sup>(11)</sup>. Uit het enkele feit dat een schuldeiser kwijting verleent aan een individuele schuldenaar, is een dergelijke verstrekkende bedoeling niet af te leiden. Op het uitgangspunt van artikel 1285 CC is om die reden in de negentiende en de eerste helft van de twintigste eeuw terecht kritiek geuit<sup>(12)</sup>. In de hedendaagse Belgische literatuur lijkt dit uitgangspunt niettemin te worden aanvaard<sup>(13)</sup>.

9. In Nederland heeft de regel van artikel 1476 OBW het niet overleefd. In de eerste helft van de twintigste eeuw is de regel door verschillende Nederlandse rechtsgeleerden “ernstig bekritiseerd”<sup>(14)</sup>. In 1988 wees de Hoge Raad vervolgens in *Bron/Bink* een arrest dat de rechtsregel van artikel 1476 (eerste zin) teniet deed. Het Hof Amsterdam had geoordeeld dat een kwijtschelding die door Bink was verleend aan één van zijn hoofdelijke schuldenaren, niet ten goede kwam aan de andere hoofdelijke schuldenaar Bron. Waar artikel 1476 OBW bepaalde dat de kwijting zich over alle schuldenaren uitstrekt tenzij de schuldeiser zich *uitdrukkelijk* zijn rechten tegenover de overige schuldenaren voorbehoudt, mocht het hof een dergelijk voorbehoud volgens de Hoge Raad ook uit de omstandigheden afleiden. De “rechtshistorische betekenis” van het eerste lid van art. 1476 BW kon daarbij volgens de Hoge Raad in het midden blijven. Het adjectief “rechtshistorische” had de Hoge Raad daarbij gerust kunnen weglaten; het oordeel van de Hoge Raad was *contra legem*.

(11) Aldus ook W.H. VAN BOOM, *Hoofdelijke Verbintenissen* (diss., 1999), p. 57. DE PAGE wijst in deze context op het rechtsbeginsel dat een handeling waarbij een schuld wordt kwijtescholden vanwege haar aard restrictief geïnterpreteerd dient te worden. Zie H. DE PAGE, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge (III-2)* (3<sup>e</sup> ed., Brussel, 1962), p. 675 (nr. 687).

(12) Zie bijvoorbeeld G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil (III)* (3e ed. Parijs, 1908), p. 119-120 (nr. 1792): “Il a méconnu ainsi le principe d'interprétation que nous venons de rappeler. Aussi la disposition de l'art. 1285 est-elle fort critiquée.” Zie voor verdere verwijzingen ook G. GEYSEN, *Dading (A.P.R. Brussel, Larcier 1966)*, p. 86 (nr. 216).

(13) Zie bijvoorbeeld B. TILLEMANS, I. CLAEYS, Ch. COUDRON en K. LOONTJES, *Dading* (Kluwer, Antwerpen, 2000), p. 499-500 (nr. 1046) en W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht* (Acco, Leuven, 2001), p. 330 (nr. 1792).

(14) Zie de conclusie van A.-G. HARTKAMP voor HR 11 maart 1988, NJ 1988, 580 (*Bron/Bink*), met verwijzingen naar onder meer J.Ph. SUIJLING, *Inleiding tot het Burgerlijk Recht (II-2)* (2e druk, Bohn, Haarlem, 1936), p. 114 (nr. 456). Suijling noemde de rechtsregel “onlukkig”, net als overigens VAN DER GRINTEN in zijn annotatie onder het arrest *Bron/Bink*.

10. In het huidige Nederlandse BW van 1992 is de aan de *Code Civil* ontleende rechtsregel van artikel 1476 OBW niet teruggekeerd. Waar in artikel 1476 OBW werd vermoed dat een individuele kwijting strekt ten behoeve van alle hoofdelijke schuldenaren, gaat artikel 6:14 Nederlands BW van een tegengesteld vermoeden uit. Behoudens andersluidend beding raakt een kwijting verleend aan één individuele hoofdelijke schuldenaar op geen enkele wijze de positie van de overige hoofdelijke schuldenaren(15). De gekweten schuldenaar kan daarom door de overige hoofdelijke schuldenaren in regres worden aangesproken. Wil hij ook tegen regresvorderingen beschermd zijn, dan geeft artikel 6:14 Nederlands BW de "schikkende" schuldenaar de mogelijkheid om de oplossing van Pothier overeen te komen. Hij kan bedingen dat de vordering op de overige hoofdelijke schuldenaren wordt verminderd met het bedrag van zijn draagplicht:

*"Afstand door de schuldeiser van zijn vorderingsrecht jegens een hoofdelijke schuldenaar bevrijdt deze niet van zijn verplichting tot bijdragen. De schuldeiser kan hem niettemin van zijn verplichting tot bijdragen jegens een medeschuldenaar bevrijden door zich jegens deze laatste te verbinden zijn vordering op hem te verminderen met het bedrag dat als bijdrage gevorderd had kunnen worden."*

Terwijl de eerste zin van artikel 1285 Belgisch BW een vermoeden ten nadele van de schuldeiser inhoudt, hanteert de eerste zin van artikel 6:14 Nederlands BW een uitgangspunt dat ten nadele van de schuldenaar strekt. Behoudens andersluidend beding blijft de hoofdelijke schuldenaar die op individuele basis schikt, blootgesteld aan regresvorderingen van zijn mede-schuldenaren. Dat met een schikking doorgaans wordt beoogd ook dergelijke aanspraken en procedures voorgoed af te wenden, was voor de Nederlandse wetgever kennelijk geen aanleiding om de problematiek op andere wijze te regelen(16).

---

(15) Zij het dat hetgeen ingevolge de schikking is betaald doorgaans in mindering zal komen op de vordering waarvoor de overige hoofdelijke schuldenaren aansprakelijk blijven.

(16) Uit de wetgeschiedenis bij artikel 6:14 Nederlands BW blijkt niet duidelijk waarom de wetgever heeft gekozen voor het uitgangspunt dat een individueel verleende kwijting er niet toe strekt de schuldenaar tevens van zijn verplichting tot bijdragen te bevrijden. Vgl. C.J. VAN ZEBEN, J.W. DU PON en M.M. OLTHOF, *Parlementaire Geschiedenis Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Boek 6 (Kluwer, Deventer 1981), p. 124-125.

### III. Een betere balans: terug naar Pothier

11. Voor de rechtspraktijk zijn uiteindelijk zowel de Belgische als de Nederlandse benaderingen minder gelukkig dan de door Pothier aangedragen oplossing.

12. De eerste zin van artikel 1285 Belgisch BW doet onvoldoende recht aan de belangen van de schuldeiser, in die zin dat wel erg licht verondersteld wordt dat een kwijtschelding ten behoeve van één schuldenaar zich tevens uitstrekt over de andere hoofdelijke schuldenaren. Het spreekt bepaald niet voor zich dat een schuldeiser die bedoeling heeft wanneer hij een individuele schuldenaar kwijting verleent.

13. Anderzijds doet de Nederlandse bepaling van artikel 6:14 BW niet voldoende recht aan de belangen van de gekweten schuldenaar. Waar in de praktijk een kwijtschelding in beginsel ertoe strekt de schuldenaar van de gehele problematiek te verlossen, veronderstelt artikel 6:14 Nederlands BW dat de vorderingen jegens de hoofdelijke mede-schuldenaren — en daarmee het risico van regresaanspraken — in volle omvang blijven bestaan. Gevolg zou zijn dat de gekweten schuldenaar, aldus Van Boom, is “blij gemaakt met een dode mus”(17). Ook dat zal doorgaans niet de bedoeling zijn geweest van de verleende kwijting.

14. Daarbij zij aangetekend dat in de praktijk partijen zich lang niet altijd bewust zijn van het bestaan van een situatie van hoofdelijkheid. Stel dat ten tijde van het aangaan van een schikking de schuldeiser zich er niet van bewust is dat hij, naast de schuldenaar aan wie hij kwijting verleent, nog een ander hoofdelijk aansprakelijk kan houden. Is dan niet evident onredelijk de regel van artikel 1285 Belgisch BW toe te passen en het ervoor te houden dat de schuldeiser ook de nieuw opgekomen schuldenaar kwijting heeft verleend(18)? Of neem het omgekeerde geval dat een schuldenaar een schikking aangaat, maar zich niet realiseert dat naast hem nog één of meer andere partijen voor zijn schuld hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden. Is in dat geval niet evenzo onredelijk om de rechtsregel van artikel 6:14 Nederlands BW toe te passen, waardoor de “schikkende” schul-

---

(17) W.H. VAN BOOM, *Hoofdelijke Verbintenissen* (diss., 1999), p. 189.

(18) Zie over dit bezwaar ook J.Ph. SUIJLING, *Inleiding tot het Burgerlijk Recht (II-2)* (2e druk, Bohn, Haarlem, 1936), p. 114 (nr. 456).



denaar zich via regresacties alsnog geconfronteerd ziet met de aanspraken waarvan hij dacht gekweten te zijn?

15. Met Van Boom zou ik menen dat uitgangspunt moet zijn dat de schuldeiser die één hoofdelijke schuldenaar kwijting verleent, zich er — behoudens andersluidend beding — toe verplicht zijn aanspraken jegens de andere schuldenaren slechts uit te oefenen “onder aftrek van de bijdrage die de bevrijde debiteur intern draagplichtig is”(19). Dat betekent *de facto* een terugkeer naar de door Pothier aangedragen oplossing: “*La dette est éteinte, néanmoins, pour la part de celui à qui la décharge est accordée, et l'autre ne demeure obligé que pour le surplus*”.

#### IV. Afronding: het belang van Pothiers oplossing voor (collectieve) schikkingen

16. De wijze waarop in een rechtssysteem wordt omgegaan met de individueel gekweten hoofdelijke schuldenaar, is niet alleen vanuit juridisch-dogmatisch oogpunt van belang. De door Pothier aangedragen oplossing maakt het voor een hoofdelijke schuldenaar mogelijk om op individuele basis met de schuldeiser(s) te schikken, zonder dat hij daarna blootgesteld blijft aan regresvorderingen van zijn medeschuldenaren. Daarmee bevordert deze oplossing daadwerkelijk de “schikkingsbereidheid” van hoofdelijke schuldenaren, zonder daarbij overigens het evenwicht tussen de belangen van de schuldeiser en de hoofdelijke schuldenaren uit het oog te verliezen(20). Beleidsmakers die, zoals de Europese Commissie, beogen reële mogelijkheden te creëren om geschillen door middel van (collectieve?) schikkingen op te lossen, doen er dan ook verstandig aan om aandacht te besteden aan de rechtspositie van de individueel gekweten hoofdelijke schuldenaar.

17. De Nederlandse wetgever heeft zich het belang van de hiervoor besproken problematiek aangetrokken bij de invoering van de Wet

---

(19) W.H. VAN BOOM, *Hoofdelijke Verbintenissen* (diss., 1999), p. 189-190. Vgl. ook VAN DER GRINTEN in zijn annotatie onder HR 11 maart 1988, NJ 1988, 580 (*Bron/Bink*): “Indien niet de schuld van allen wordt kwijtgescholden, zal als regel de kwijtschelding van een hoofdelijke schuldenaar aldus moeten worden verstaan, dat het de bedoeling is dat de schuldenaren die niet partij zijn bij de kwijtschelding niettemin bevrijd zijn voor het aandeel in de schuld waarvoor de hoofdelijke schuldenaar die kwijtschelding heeft verkregen, draagplichtig is.”

(20) *Ibid.*, p. 189.

Collectieve Afwikkeling Massaschade in 2005(21). In afwijking van de hoofdregel van artikel 6:14 Nederlands BW, wordt bij collectieve schikkingen op basis van die wet de overeenkomst “geacht mede een beding in te houden” waarbij de schuldeisers zich verbinden hun vorderingen op de overige hoofdelijke schuldenaren te verminderen met het bedrag dat als bijdrage gevorderd had kunnen worden van de “schikkende” schuldenaar (artikel 7:910 Nederlands BW). Anders gezegd: de door Pothier aangedragen oplossing is in Nederland voor collectieve schikkingen tot hoofdregel verheven.

18. Ook in de Verenigde Staten is de gedachtenvorming rondom de positie van de individueel gekweten hoofdelijke schuldenaar in ontwikkeling. In een rapport uit 2007 adviseerde de Amerikaanse *Antitrust Modernization Commission* om deelnemers aan een illegaal kartel, die naar geldend recht hoofdelijk aansprakelijk zijn maar geen regresrecht hebben, in de toekomst wel toe te staan om onderling regres op elkaar te nemen. Omdat kartelovertreeders in de Verenigde Staten veelal op individuele basis schikkingen aangaan met de *class* van eisers, zou het introduceren van een regresrecht mogelijk ook gevolgen hebben voor de “schikkingsbereidheid”. De *Antitrust Modernization Commission* stelde daarom voor om in de wet te regelen dat een dergelijke schikking de overige schuldenaren ten goede komt tot het beloop van het hoogste van (i) de draagplicht van de gekweten schuldenaar en (ii) de door hem betaalde schikkingsom:

*“Congress should enact a statute applicable to all antitrust cases involving joint and several liability that would permit non-settling defendants to obtain reduction of the plaintiffs’ claims by the amount of the settlement(s) or the allocated share(s) of liability of the settling defendant(s), whichever is greater.”*(22)

Deze variant is overigens ook bekend uit de Franse jurisprudentie met betrekking tot de tweede zin van artikel 1285 *Code Civil*(23).

19. Mocht de Europese Commissie serieuze initiatieven ontplooiën om collectieve schikkingen in Europa te introduceren, dan verdient aanbeveling dat ook zij specifieke aandacht besteedt aan de positie van de hoofdelijke schuldenaar die op individuele basis wenst te schikken. De oplossing die door Pothier is aangedragen — en in het

(21) Zie de Memorie van Toelichting, TK 2003/2004, 29 414, nr. 3, p. 24.

(22) Antitrust Modernization Commission, *Report and Recommendations*, april 2007, nr. 46, te raadplegen via [http://govinfo.library.unt.edu/amc/report\\_recommendation/toc.htm](http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm).

(23) Vgl. in dit kader *Civ. Ire*, 11 juli 1984, *JCP* 1986. II, 20576, m.nt. DUMORTIER.

verlengde daarvan de benadering in de Nederlandse Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade en de aanbeveling van de Amerikaanse *Antitrust Modernization Commission* — kunnen daarbij ter inspiratie dienen.

Jeroen KORTMANN(24)

---

(24) Prof. Mr. J.S. KORTMANN is bijzonder hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam en advocaat te Amsterdam.