

# SCHIKKINGSPERIKELLEN MET MEDESCHULDENAREN BIJ HOOFDELIJKE AANSPRAKELIJKHEID VOOR MASSASCHADE

*D.J. Beenders, A.D. Polkerman en J.K. de Pree*<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

In onze bijstand aan cliënten die gezamenlijk met anderen worden aangesproken in verband met het vermeend veroorzaken van massaschade komen vaak complexe vragen op. Verschillende van die vragen spelen rondom het onderwerp hoofdelijkheid. In deze bijdrage gaan wij in op de positie van een hoofdelijk aansprakelijke partij die besluit tot het vroegtijdig schikken van een (dreigende) massaschadeclaim. Hij beoogt daarmee doorgaans een finale oplossing te bereiken voor het geschil waarin hij als schuldenaar is betrokken. Deze finaliteit wordt grotendeels bereikt door het overeenkomen van een minnelijke regeling met de verschillende schuldeisers. De verhouding tussen de schikkende schuldenaar en de schikkende schuldeisers, en de schikkingsproblematiek die daarmee gepaard gaat, komt elders in deze bundel aan de orde. Maar met het aangaan van een minnelijke regeling in deze externe verhouding is de schikkende schuldenaar er vaak nog niet. Een schikkende schuldenaar komt mogelijk bedrogen uit als hij meent met het overeenkomen van een minnelijke regeling de problematiek voor eens en voor altijd achter zich gelaten te hebben. Voor het bereiken van finale oplossing is ook de interne verhouding tussen de schikkende schuldenaar en zijn medeschuldenaren relevant.

In deze bijdrage gaan wij in op de “interne schikkingsproblematiek” en de daarbij opkomende complicaties die wij in de praktijk van massaschadezaken geregeld tegenkomen. Wij bespreken deze onderwerpen hierbij vanuit het perspectief van massaschadezaken op mededingingsrechtelijk

---

1 Mr. D.J. (Daan) Beenders, mr. A.D. (Andries) Polkerman en mr. J.K. (Jolling) de Pree zijn advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam. Een deel van deze bijdrage komt overeen met en is gebaseerd op een bijdrage die Daan Beenders, Andries Polkerman en Wouter Hofstee eerder schreven, getiteld: ‘Finaliteit bij hoofdelijkheid? Een gewaarschuwd mens telt voor twee’, *MvV*, 2017, afl. 5, p. 151 ev. Voor de volledigheid merken de auteurs nog op dat zij in verschillende van de in deze bijdrage genoemde zaken als advocaat betrokken zijn.

terrein. Verschillende massaschadezaken die bij de Nederlandse rechter aanhangig (dreigen te) zijn, bevinden zich namelijk op het gebied van het mededingingsrecht (althans de privaatrechtelijke handhaving daarvan). Voor een goed begrip van voornoemde problematiek maken wij in § 2 van deze bijdrage allereerst een aantal opmerkingen over het onderwerp hoofdelijkheid en gaan wij in dat verband onder meer in op de introductie van enkele nieuwe regels die van toepassing zijn wanneer sprake is van een inbreuk op het mededingingsrecht. In § 3 van deze bijdrage gaan wij vervolgens in op de interne schikkingsproblematiek en besteden wij aandacht aan de reeds bestaande en onlangs (in het kader van de handhaving van het mededingingsrecht) geïntroduceerde bepalingen die voorzien in een mechanisme om een (meer) finale oplossing van een geschil te realiseren. In de laatste paragraaf geven wij in het licht daarvan enkele praktische wenken die van nut kunnen zijn bij het aangaan van een schikkingsovereenkomst. Wij ronden af met een conclusie.

## 2. Hoofdelijkheid

### 2.1 Algemene regeling hoofdelijkheid

Massaschadeclaims doen zich relatief vaak voor op financieel- en (zoals gezegd) mededingingsrechtelijk terrein. Meestal zijn bij het instellen van dergelijke massaschadeclaims speciaal daarvoor opgerichte entiteiten (ook wel claimvehikels genoemd) betrokken, aan wie vooraf een groot aantal claims door (vermeend) benadeelde partijen is gecedeerd of door wie anderszins is ingestemd met de behartiging van hun belangen. Een casus ter illustratie:

*Onderneming X is samen met drie andere rechtspersonen (de “betrokken ondernemingen”) hoofdelijk aansprakelijk jegens een groot aantal benadeelden. Er is een claimvehikel opgericht dat opkomt voor de belangen van alle benadeelden (“claimvehikel A”). Tegen betaling van een gering bedrag vooraf en een substantieel percentage van de eventuele opbrengst als de claim wordt toegewezen, biedt claimvehikel A aan de vordering van de benadeelden over te nemen en in rechte na te streven. Claimvehikel A verkrijgt langs deze weg alle bestaande vorderingen ter hoogte van tezamen € 200 miljoen. Claimvehikel A maakt aanspraak op betaling en dreigt een procedure aanhangig te maken. Claimvehikel A stelt dat het aandeel van onderneming X in de totale schade (verdeeld over de betrokken ondernemingen die elk hoofdelijk aansprakelijk zijn) € 50 miljoen bedraagt. Onderneming X betwist de omvang van deze aansprakelijkheid.*

*Claimvehikel A heeft al kenbaar gemaakt dat zij – om een eventuele procedure niet onnodig te compliceren – slechts twee van de vier betrokken ondernemingen in rechte zal betrekken, welke ondernemingen elk afzonderlijk aansprakelijk worden gehouden voor de volledige schade.*

Wanneer meerdere schuldenaren betrokken zijn bij een schadeveroorzakende gedraging, kan elk van deze schuldenaren door benadeelden (al dan niet via claimvehikels) mogelijk hoofdelijk aansprakelijk worden gehouden voor dezelfde (en volledige) schade. Hoofdelijkheid volgt volgens art. 6:6 lid 1 en 2 BW uit de wet, gewoonte of rechtshandeling.<sup>2</sup> Een voorbeeld van een wettelijke grond voor hoofdelijkheid is art. 6:102 BW. Dit artikel bepaalt dat wanneer twee of meer personen aansprakelijk zijn voor dezelfde schade (bijvoorbeeld in geval van medeschuld of samenloop van aansprakelijkheid) zij hiervoor hoofdelijk verbonden zijn.<sup>3</sup> Een kenmerk van hoofdelijkheid is dat een schuldeiser de keuze heeft welke van de hoofdelijk verbonden schuldenaren hij aanspreekt (art. 6:7 lid 1 en 2 BW).<sup>4</sup> Wanneer een aangesproken schuldenaar de gehele prestatie vergoedt, kan deze regres uitoefenen op de andere hoofdelijk verbonden schuldenaren voor het gedeelte dat ieder van hen in de onderlinge verhouding aangaat (art. 6:10 BW).<sup>5</sup>

Een strikt taalkundige lezing van art. 6:102 BW lijkt overigens te impliceren dat deze bepaling niet als zelfstandige grondslag voor een schadevergoedingsverplichting gebruikt kan worden. Met name bij massaschadeclaims wordt deze verplichting in de jurisprudentie veelal gebaseerd op “artikel 6:102 BW en/of 6:166 BW” (jo. art. 6:162 BW).<sup>6</sup> De

2 W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, Den Haag: Boom Juridisch 2016, p. 20 (hierna: Van Boom 2016). In deze bijdrage gaan wij uit van de toepasselijkheid van Nederlands recht. Dat is overigens bepaald geen gegeven in massaschadezaken, omdat veel van die zaken een internationaal karakter hebben en vaak buitenlandse rechtsstelsels van toepassing zijn.

3 A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2016/106 (hierna: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2016).

4 Van Boom 2016, p. 25; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2016/112.

5 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2016/112; H.M. van Kessel, ‘Schikkingsperikelen bij hoofdelijke verbondenheid’, *MvV* 2013, afl. 4, p. 94 (hierna: Van Kessel, *MvV* 2013).

6 Zie HR 2 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2914. Blijkens de wetsgeschiedenis voorziet art. 6:166 BW in een individuele aansprakelijkheid van tot een groep behorende deelnemers voor onrechtmatig vanuit de groep toegebrachte schade. De mate van betrokkenheid van de afzonderlijke deelnemers is bij het onrechtmatig handelen niet van belang. Deze individuele aansprakelijkheid vindt haar rechtvaardiging in een ieders bijdrage aan het in het leven roepen van de kans dat

achtergrond daarvan lijkt te volgen uit de eerste volzin van art. 6:102 BW: “rust op ieder van twee of meer personen een verplichting tot vergoeding van dezelfde schade, dan zijn zij hoofdelijk verbonden”. Deze zinsnede veronderstelt dat er reeds een verplichting tot vergoeding van schade bestaat, reden waarom het gebruik van art. 6:102 BW als zelfstandige basis minder aannemelijk lijkt. Dit strookt ook met de wettelijke systematiek. Art. 6:102 BW bevindt zich in Afdeling 10 (Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding) van Titel 1 (Verbintenissen in het algemeen) van Boek 6 (Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht). De bepalingen van deze afdeling geven algemene regels ten aanzien van inhoud en omvang van alle wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, waarvan de grondslag elders in de wet is geregeld.<sup>7</sup>

## 2.2 *Afwijkingen regeling hoofdelijkheid in geval van mededingingsinbreuk*

Wanneer massaschadeclaims zich voordoen op mededingingsrechtelijk terrein, gaat het veelal om vorderingen tot schadevergoeding in verband met kartels, nadat die door een mededingingsautoriteit (in de zaken die bij de Nederlandse rechter spelen veelal de Europese Commissie) zijn geconstateerd en beboet. De opzet van claimvehikels is vaak het verkrijgen van een vonnis waarin de hoofdelijke aansprakelijkheid van de gedaagde karteldeelnemers wordt vastgesteld, met verwijzing naar een schadestaat-procedure, waardoor een complexe discussie over causaliteit en schade wordt vooruitgeschoven.<sup>8</sup> In dit verband is Richtlijn 2014/104/EU (de “Richtlijn Kartelschade”) relevant. De Europese Commissie heeft in de Richtlijn Kartelschade voorzien in regels voor schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken met als doel om de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht te stimuleren en om te voorkomen dat publiek- en privaatrechtelijke handhaving elkaar doorkruisen. De Richtlijn Kartelschade bevat onder meer regels over begroting van schade, toegang tot bewijsmateriaal en doorwerking van besluiten over inbreuken in procedures over schadevergoeding, maar geeft ook specifieke regels die

---

zodanige schade zou ontstaan. Zij vindt haar begrenzing in de eis dat de kans op het aldus toebrengen van schade hen had behoren te weerhouden van hun gedragingen in groepsverband. Eenheid van tijd en plaats van de gedragingen is niet vereist om aansprakelijkheid op grond van art. 6:166 BW aan te nemen.

7 Zie ook S.H. Lindenbergh, ‘Commentaar op afd. 10 Boek 6’, in: H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker en W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, aant. 1.

8 B.J. Drijber, ‘Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht: nieuwe rechtspraak en nieuwe wetgeving’, *Ondernemingsrecht 2016/124*, p. 620 (hierna: Drijber *Ondernemingsrecht 2016*).

zien op hoofdelijke aansprakelijkheid bij inbreuken op het mededingingsrecht. Deze nieuwe regels zijn alleen van toepassing op grensoverschrijdende overtredingen van het mededingingsrecht en op overtredingen van het nationale mededingingsrecht voor zover de overtreding tevens effect heeft op de handel tussen lidstaten. De regels gelden dus niet voor zuiver nationale overtredingen van het mededingingsrecht. Een separaat wetsvoorstel waarin de bepalingen ook op nationale gevallen van toepassing worden verklaard, is in voorbereiding. Nationale bepalingen van niet-materiële aard die zijn vastgesteld ter implementatie van de Richtlijn Kartelschade zijn enkel van toepassing op vorderingen tot schadevergoeding wegens mededingingsinbreuken die na 26 december 2014 bij een nationale rechterlijke instantie aanhangig zijn gemaakt.<sup>9</sup> Nationale bepalingen van materiële aard (waarop in deze bijdrage dieper wordt ingegaan) hebben geen terugwerkende kracht en zijn enkel van toepassing op mededingingsinbreuken die hebben plaatsgevonden na inwerkingtreding van de implementatiewet. In Nederland vond inwerkingtreding plaats op 10 februari 2017. Voor mededingingsinbreuken die hebben plaatsgevonden in de periode voor inwerkingtreding van de implementatiewet, maar ook wanneer het gaat om andere zaken dan mededingingsinbreuken, moet (voor wat betreft de materiële bepalingen) worden teruggevallen op de nog steeds geldende bepalingen die voor de implementatie van de Richtlijn Kartelschade reeds werden gebruikt.<sup>10</sup>

In het Nederlandse recht zijn de door de Richtlijn Kartelschade geïntroduceerde regels bij wet van 25 januari 2017 geïmplementeerd in een aparte afdeling in het Burgerlijk Wetboek en in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. In Boek 6 BW gaat het onder meer om een nieuw ingevoegde afdeling 6.3.3B, getiteld “Schending van mededingingsrecht”, omdat de aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrechtelijke bepalingen van de Richtlijn Kartelschade deels aansluiten bij een aantal uitgangspunten in het Nederlandse burgerlijk recht, maar ook een aantal uitzonderingen

<sup>9</sup> Zie art. 22 Richtlijn Kartelschade.

<sup>10</sup> Opmerking verdient overigens wel dat mededingingsinbreuken die hebben plaatsgevonden na inwerkingtreding van de implementatiewet en waarop de in deze bijdrage beschreven materiële bepalingen van toepassing zijn, naar alle waarschijnlijkheid pas over vele jaren zullen worden vastgesteld. Daarbij rijst bovendien ook de vraag hoe moet worden omgegaan met een mededingingsinbreuk die is aangevangen in de periode voor inwerkingtreding van de implementatiewet en daarna is voortgezet (de problematiek van de “*single and continuous infringement*”).

daarop bevatten.<sup>11</sup> Relevant zijn met name wijzigingen in de regeling van hoofdelijkheid voor schade door een mededingingsinbreuk in geval van meerdere schuldenaren.<sup>12</sup> Onder het oude recht werden dergelijke kartelschadevorderingen gebaseerd op onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) en vloeide hoofdelijkheid voort, althans zo werd dan wel wordt betoogd, uit art. 6:102 BW jo. 6:166 BW. Het nieuwe art. 6:193m lid 1 BW introduceert een zelfstandige grondslag en bepaalt expliciet dat indien ondernemingen door een gemeenschappelijk optreden een inbreuk hebben gepleegd op het mededingingsrecht, elk van hen voor het geheel van de door de inbreuk veroorzaakte schade aansprakelijk is.<sup>13</sup>

Mocht de Europese Commissie hebben geconstateerd dat ondernemingen door een gemeenschappelijk optreden een inbreuk hebben gepleegd op het mededingingsrecht, dan is het bestaan van hoofdelijkheid in een civiele context overigens niet per definitie gegeven. Dit ligt genuanceerd wanneer zich complicaties voordoen, bijvoorbeeld wanneer sprake is van een bepaalde concernrelatie, van een inbreuk die bestaat uit een samenstel van gedragingen of van gedragingen die zich niet op dezelfde markt hebben afgespeeld. Het is de vraag of dergelijke complicaties onder het nieuwe recht een andere uitwerking hebben op het aannemen van hoofdelijke aansprakelijkheid. Hoewel art. 6:193m BW lijkt te suggereren dat complicaties om tot hoofdelijke aansprakelijkheid te komen vanwege de zelfstandige grondslag in mindere mate aan de orde zijn, achten wij het evenwel denkbaar dat met eventuele complicaties nog steeds rekening gehouden moet worden. Het effect van de nieuwe regelgeving zal zich in de praktijk moeten uitkristalliseren en blijft in deze bijdrage verder buiten beschouwing.

### 2.3 *Hoofdelijkheid in geval van coulance en clementie*

Een eerste uitzondering op het uitgangspunt van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de volledige schade zoals volgt uit art. 6:193m lid 1 BW (en art. 6:102 lid 1 BW jo. 6:6 BW) is opgenomen in art. 6:193m lid 2 BW. Een kleine of middelgrote onderneming die een mededingingsinbreuk heeft gepleegd, kan een beroep doen op coulance en is daarmee slechts aansprakelijk jegens haar eigen directe en indirecte afnemers. Directe en indirecte

---

11 Omdat onrechtmatige daad de meest voor de hand liggende grondslag is voor een schadevergoedingsactie in geval van schending van mededingingsrecht, maakt deze afdeling onderdeel uit van titel 3 van Boek 6 BW, getiteld "Onrechtmatige daad".

12 Zie afdelingen 6.1.2 en 6.1.10 BW.

13 M.H.C. Sinninghe Damsté & T.M.C. Arons, 'Collectief schadeverhaal bij kartels in de financiële sector; zegen of vloek', *Ondernemingsrecht* 2017/84, p. 465.

afnemers van andere bij de inbreuk betrokken ondernemingen kunnen de kleine of middelgrote onderneming dan niet aanspreken. Voorwaarde daarvoor is wel dat het marktaandeel van deze onderneming op de relevante markt tijdens de inbreuk voortdurend minder dan vijf procent bedroeg en dat de toepassing van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de volledige schade haar economische levensvatbaarheid onherstelbaar in gevaar zou brengen en haar vermogensbestanddelen al hun waarde zou doen verliezen.<sup>14</sup> Het beroep op deze coulanceregeling gaat echter niet op wanneer de benadeelden geen volledige vergoeding van schade kunnen krijgen van de andere bij de inbreuk betrokken ondernemingen.<sup>15</sup> Bovendien blijft een beroep op de coulanceregeling ingevolge art. 6:193m lid 2 BW buiten toepassing indien de onderneming die zich hierop beroept een leidinggevende rol heeft gespeeld bij de inbreuk of andere ondernemingen heeft aangezet hieraan deel te nemen, of wanneer zij eerder schuldig bevonden is aan een inbreuk op het mededingingsrecht.<sup>16</sup>

Een tweede uitzondering op het uitgangspunt van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de volledige schade geldt voor de ontvanger van immuniteit in het kader van een clementieregeling. Ondernemingen die met mededingingsautoriteiten samenwerken, spelen een belangrijke rol bij het opsporen van geheime kartelinbreuken en bij het beëindigen van deze inbreuken. Daardoor blijft de schade als gevolg van een kartelinbreuk veelal beperkt. De Europese Commissie achtte het om die reden van belang om ervoor te zorgen dat een onderneming die in het kader van een clementieregeling van een mededingingsautoriteit immuniteit tegen boetes heeft gekregen, niet onnodig aan privaatrechtelijke schadevergoedingsvorderingen wordt blootgesteld. Dat risico is immers reëel, aangezien het besluit van de mededingingsautoriteit waarbij een mededingingsinbreuk is vastgesteld mogelijk eerder in kracht van gewijsde gaat voor de onderneming waaraan immuniteit is verleend dan voor andere ondernemingen die geen immuniteit hebben verkregen. Schadevergoedingsvorderingen worden daarom bij voorkeur ingesteld tegen de onderneming waaraan immuniteit is verleend.<sup>17</sup> Publiek- en privaatrechtelijke handhaving zouden bovendien botsen wanneer bijvoorbeeld een benadeelde van een mededingingsinbreuk toegang verkrijgt tot informatie die mededingingsautoriteiten van een inbreukmakende onderneming hebben

14 Als bedoeld in Aanbeveling (2003/361/EG) van de Europese Commissie (6 mei 2003), *Betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen*.

15 Art. 6:193m lid 2 BW eerste zin vermeldt: "Mits volledige vergoeding van schade kan worden verkregen van de andere bij de inbreuk betrokken ondernemingen".

16 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 490, 3, p. 14, 15.

17 Overweging 38 van de preambule van de Richtlijn Kartelschade.

verkregen in het kader van een clementieregeling. Inbreukmakende ondernemingen opteren mogelijk minder snel voor het indienen van een clementieverzoek als zij hierdoor later bijzonder nadeel ondervinden in een schadevergoedingsprocedure, zeker wanneer dat nadeel groter is vergeleken met andere bij de inbreuk betrokken ondernemingen die geen clementieverzoek indienen.<sup>18</sup> Gelet hierop bepaalt art. 6:193m lid 4 BW dat een inbreukpleger die de inbreuk heeft aangegeven bij een mededingingsautoriteit en om die reden immuniteit voor boetes heeft gekregen, alleen door zijn eigen directe en indirecte afnemers en leveranciers kan worden aangesproken tot volledige vergoeding van geleden schade. Andere benadeelden van de betreffende inbreuk kunnen zich niet tot deze inbreukpleger wenden. Evenals bij toepassing van de eerder beschreven coulancregeling het geval is, geldt ook hier dat de uitzondering op het uitgangspunt van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de volledige schade niet opgaat indien de andere inbreukplegers geen volledig verhaal bieden.<sup>19</sup>

*Stel dat onderneming X tezamen met ondernemingen Y en Z heeft deelgenomen aan een onrechtmatig kartel. Onderneming X heeft een marktaandeel van 4%, onderneming Y en Z hebben elk een marktaandeel van 48% of de situatie is aldus dat allen een gelijk marktaandeel hebben maar onderneming X besluit het kartel en haar betrokkenheid te melden aan de relevante mededingingsautoriteit in ruil voor immuniteit. Op basis van de reeds bestaande regelgeving inzake hoofdelijke aansprakelijkheid zou onderneming X in beginsel aansprakelijk kunnen zijn voor de schade die is geleden door haar eigen afnemers, maar tevens voor de schade die is geleden door de afnemers van ondernemingen Y en Z. Als gevolg van de toepasselijkheid van de nieuwe regelgeving inzake hoofdelijke aansprakelijkheid komt onderneming X echter een beroep toe op de coulancre- of clementieregeling. Onderneming X is daarmee in beginsel enkel aansprakelijk voor de schade die haar eigen afnemers hebben geleden en niet tevens voor de schade die is geleden door afnemers van ondernemingen Y en Z. Ondernemingen Y en Z blijven onverminderd hoofdelijk aansprakelijk (naast onderneming X) voor de schade van de afnemers, ook voor zover het afnemers van onderneming X betreft.<sup>20</sup>*

18 Zie ook *Kamerstukken II* 2015/16, 34 490, 3, p. 4.

19 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 490, 3, p. 14, 15.

20 Zie in dit verband verder W.H. van Boom, 'Kartelschade, hoofdelijke aansprakelijkheid en wetsvoorstel 34-490', *WPNR* 7127 (2016), p. 950-951. Van Boom stelt terecht dat de Richtlijn Kartelschade geen uitsluitel geeft over de vraag in hoeverre de overige inbreukplegers aansprakelijk blijven en acht het intussen wel opmerkelijk dat de coulancre ten aanzien van de kleine onderneming in feite door de overige inbreukplegers wordt betaald. Ook na implementatie van de Richtlijn Kartelschade lijkt hierover nog geen volledige helderheid te bestaan.

### **3. Regresverhouding en schikkingsproblematiek**

#### *3.1 Inleiding*

Hoofdelijke aansprakelijkheid leidt er – los van de daarvoor gekozen grondslag – in beginsel toe dat elk van de hoofdelijk verbonden schuldenaren kan worden aangesproken voor de volledige schade, ook wanneer de aangesproken schuldenaar daarvoor slechts gedeeltelijk verantwoordelijk is (art. 6:7 lid 1 en 2 BW). Ingevolge art. 6:10 lid 1 BW zijn hoofdelijke schuldenaren ieder voor het gedeelte van de schuld dat hen in hun onderlinge verhouding aangaat, verplicht in de schuld en de kosten bij te dragen. Uit art. 6:10 lid 2 BW volgt dat de verplichting tot het bijdragen in de schuld die ten laste van een van de hoofdelijke schuldenaren wordt gedelgd voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat, op iedere schuldenaar komt te rusten voor het bedrag van het meerdere, telkens tot ten hoogste het gedeelte van de schuld dat de medeschuldenaar aangaat.

In § 2.1 werd art. 6:102 BW (al dan niet in combinatie met art. 6:166 BW) genoemd als voorbeeld van een wettelijke grond voor hoofdelijkheid. Art. 6:102 lid 1 BW bepaalt in de tweede volzin dat de schade overeenkomstig art. 6:101 BW over de schuldenaren wordt verdeeld om te bepalen wat zij krachtens art. 6:10 BW in hun onderlinge verhouding jegens elkaar dienen bij te dragen. In beginsel wordt de schade over de benadeelde en de schuldenaar volgens art. 6:101 lid 1 BW verdeeld in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. Een andere verdeling dan die aan de hand van de causaliteit van de aan ieder toe te rekenen omstandigheden vindt plaats indien de billijkheid dat vereist.<sup>21</sup> Deze verdeling van aansprakelijkheid voor schade is vaak bijzonder gecompliceerd. Dit bleek reeds bij de vraag of en in hoeverre hoofdelijke aansprakelijkheid überhaupt kan worden aangenomen (zie § 2.2), maar speelt tevens bij de vaststelling van de interne regresverhouding tussen de verschillende hoofdelijke schuldenaren. Naast een verdeling van aansprakelijkheid voor schade aan de hand van causaliteit, zou deze bijvoorbeeld ook kunnen worden verdeeld door het aantal betrokken partijen, naar rato van hun marktaandeel of met toepassing van een correctie naar de mate van schuld. De beperkte hoeveelheid beschikbare jurisprudentie en literatuur geeft hierover nog onvoldoende duidelijkheid. Dit zal zich in de praktijk verder ontwikkelen en blijft dan ook verder buiten het bestek van deze bijdrage.

---

21 *Kamerstukken II 2015/16, 34 490, 3, p. 15.*

In de volgende paragrafen wordt specifiek ingegaan op de interne verhouding tussen verschillende hoofdelijke schuldenaren wanneer een deel van hen besluit een dreigende massaschadeclaim te schikken. Een schikking lijkt vaak aantrekkelijk, zeker wanneer daarmee een kostbare procedure wordt vermeden en het risico op financieel nadeel wordt afgewend. Bovendien kan een vertrouwelijke schikking minder negatieve aandacht trekken dan een langsepende procedure. Een schikking leidt voor een hoofdelijke schuldenaar echter niet per definitie tot een allesomvattende finale oplossing, in het bijzonder niet voor zover het de verhouding met de andere hoofdelijke schuldenaren betreft. Dit terwijl de mate van finaliteit die met een schikking wordt bereikt vaak een belangrijke factor is voor de schikkingsbereidheid. Vanzelfsprekend wil een onderneming dat de problematiek met een schikking finaal is afgedaan. Of dat doel werkelijk wordt gerealiseerd, ligt in het bijzonder bij massaschadeclaims genuanceerd.

### 3.2 *Impact schikking op verhouding hoofdelijke schuldenaren*

In een situatie waarin meerdere schuldenaren hoofdelijk aansprakelijk zijn voor dezelfde schuld en de aangesproken schuldenaren de gehele prestatie vergoeden, kunnen deze zoals hiervoor is toegelicht regres uitoefenen op de andere hoofdelijk verbonden schuldenaren voor het gedeelte dat ieder van hen in de onderlinge verhouding aangaat. Er zijn vorderingsrechten op twee niveaus te onderscheiden: vorderingen van de schuldeisers op elk van de hoofdelijke schuldenaren (de “externe aansprakelijkheid”) en vorderingen van de hoofdelijke schuldenaren op elkaar in verband met de aan hen toekomende regresrechten (de “interne aansprakelijkheid”).

Wanneer een hoofdelijk aansprakelijke schuldenaar besluit over te gaan tot het aangaan van een schikking met het oog op een finale oplossing, is het noodzakelijk dat de schikkende schuldeiser (de “schikkende schuldeiser”) aan de schikkende hoofdelijke schuldenaar (de “schikkende schuldenaar”) voor wat betreft de externe aansprakelijkheid finale kwijting verleent. Het is van belang dat de schikkende schuldenaar zich realiseert dat de kwijting op het niveau van de externe aansprakelijkheid niet zonder meer doorwerkt in de rechtsverhouding tussen de hoofdelijke schuldenaren en dus in beginsel geen gevolgen heeft voor de interne aansprakelijkheid.<sup>22</sup>

---

22 Van Kessel *MvV* 2013, p. 93.

Als uitgangspunt geldt volgens art. 6:14 BW: “afstand door de schuldeiser van zijn vorderingsrecht jegens een hoofdelijke schuldenaar bevrijdt deze niet van zijn verplichting tot bijdragen”.<sup>23</sup> Concreet betekent dit dat een schikking met betrekking tot de externe aansprakelijkheid niet automatisch (potentiële) regresvorderingen raakt die de andere hoofdelijke schuldenaren op de schikkende schuldenaar hebben.<sup>24</sup> Zonder andersluidende afspraak blijven hoofdelijke schuldenaren, ieder voor het gedeelte van de schuld dat hen in hun onderlinge verhouding aangaat, verplicht overeenkomstig art. 6:10 BW in de schuld en de kosten bij te dragen.

*Terug naar de casus. Stel dat onderneming X met claimvehikel A schikt om een dreigende procedure af te wenden. Gelet op het feit dat claimvehikel A stelt dat het aandeel van onderneming X in de vermeende schade € 50 miljoen bedraagt en onderneming X de omvang van deze aansprakelijkheid betwist, is onderneming X bereid haar volledige externe aansprakelijkheid in der minne te regelen tegen betaling van € 40 miljoen. Om finaliteit ten aanzien van de externe aansprakelijkheid te bereiken, komen partijen in de schikkingsovereenkomst finale kwijting overeen. Verdedigbaar is dat claimvehikel A evenwel haar vorderingen ter hoogte van € 200 miljoen geldend kan maken jegens de overige betrokken ondernemingen die niet aan de schikking deelnemen.<sup>25</sup> Ondanks dat onderneming X heeft geschikt en een substantieel aandeel in de totale schade van € 200 miljoen heeft voldaan, betekent dit daarom niet zonder meer dat dit ten voordele strekt van de overige betrokken ondernemingen. Wanneer claimvehikel A haar vorderingen jegens de overige betrokken ondernemingen handhaaft (voor het geheel) en de overige betrokken ondernemingen deze schuld, waarvoor zij hoofdelijk aansprakelijk zijn, voldoen, moeten alle hoofdelijke schuldenaren, inclusief onderneming X, bijdragen voor het deel dat ieder van hen in de onderlinge verhouding aangaat.*

23 J. Kortmann, “‘Collective settlements’ en individuele schikkingen door hoofdelijk aansprakelijke debiteuren”, *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 2010, 3, p. 1174.

24 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2016/121 e.v.; MVA II bij art. 6.1.2.3., Parl. Gesch. Boek 6, p. 106; TM bij afd. 6.1.2., Parl. Gesch. Boek 6, p. 95. De omvang van de bijdrageplicht hangt af van de concrete omstandigheden van het geval. Indien meerdere personen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor schade, bepaalt art. 6:102 BW dat de schade over de aansprakelijke personen moet worden verdeeld in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. Indien de billijkheid dit eist kan ook een andere verdeling worden aangehouden.

25 Er is overigens discussie over de vraag hoe de verbintenis tot betaling van het schikkingsbedrag in juridische zin kwalificeert (als schuldwijziging of schuldvernieuwing). Dit is relevant om te bepalen of en in hoeverre dit leidt tot het tenietgaan van de bestaande verbintenis, en daarmee of betaling van het schikkingsbedrag al dan niet te beschouwen is als nakoming van de oorspronkelijke verbintenis en impact heeft op de (nog resterende) vordering jegens de overige hoofdelijke schuldenaren. Zie verder Van Kessel *MvV* 2013.

*Dit kan tot gevolg hebben dat onderneming X alsnog wordt aangesproken door de overige betrokken ondernemingen.*

De casus laat zien dat een schikkende schuldenaar mogelijk bedrogen uitkomt als deze meent met het aangaan van de schikking de problematiek voor eens en voor altijd achter zich gelaten te hebben. Het ontbreken van finaliteit met betrekking tot regresvorderingen kan de schikkingsbereidheid van een schuldenaar aantasten. Om het bereik van een schikking te vergroten is het nodig de schikking ook van toepassing te laten zijn op de interne aansprakelijkheid en hoofdelijke schuldenaren zo daadwerkelijk een finale oplossing te bieden. Hiervoor kan gebruik worden gemaakt van een in de Nederlandse wet neergelegd mechanisme: art. 6:14 BW.

### 3.3 *Mitigeren risico regresvorderingen ex artikel 6:14 BW*

Hoewel uitgangspunt van art. 6:14 BW is dat een schikking tussen schikkende schuldeisers en een schikkende schuldenaar de overige hoofdelijke schuldenaren niet raakt, voorziet de tweede volzin van art. 6:14 BW in een belangrijke uitzondering: “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.”<sup>26</sup>

Toepassing van de tweede volzin van art. 6:14 BW leidt er enerzijds toe dat de schikkende schuldenaar wordt bevrijd van eventuele regresvorderingen van de overige hoofdelijke schuldenaren, hetgeen de schikkingsbereidheid van de schikkende schuldenaar zal bevorderen. Anderzijds worden de overige hoofdelijke schuldenaren ten opzichte van de schikkende schuldeisers bevrijd voor het aandeel in de schade waarvoor de schikkende schuldenaar in de onderlinge verhouding verantwoordelijk is. Hierdoor hoeven zij aan de schikkende schuldeisers zoveel minder te betalen als zij van de schikkende schuldenaar hadden kunnen vorderen.<sup>27</sup>

*In het voorbeeld waarin claimvehikel A haar vorderingen ten bedrage van € 200 miljoen jegens de overige betrokken ondernemingen handhaaft, loopt onderneming X het risico geconfronteerd te worden met regresvorderingen. Ervan uitgaande dat alle hoofdelijke schuldenaren voor gelijke delen moeten bijdragen,*

---

26 Van Boom 2016, p. 187; MvA II bij art. 6.1.2.7b, Parl. Gesch. Boek 6, p. 125.

27 E.M. Hoogeveen, commentaar op Burgerlijk Wetboek Boek 6 art. 14, in: A.I.M. van Mierlo e.a. (red.), *Sdu Commentaar Vermogensrecht*, Den Haag: Sdu 2016, p. 124.

*zullen de overige betrokken ondernemingen onderneming X in vrijwaring oproepen om het door hen (tezamen) teveel betaalde bedrag te verhalen. Om dit risico voor onderneming X zoveel mogelijk te mitigeren, kan onderneming X met claimvehikel A in de schikkingsovereenkomst het mechanisme van art. 6:14 BW toepassen. Claimvehikel A verbindt zich in dat geval jegens onderneming X haar vorderingen op de overige betrokken ondernemingen te verminderen met het aandeel dat onderneming X aangaat en deze daarmee te beperken tot enkel het aandeel van de overige betrokken ondernemingen in de schade.*

Het reductiemechanisme dat is neergelegd in art. 6:14 BW is niet automatisch van toepassing. Partijen moeten dat in beginsel uitdrukkelijk overeenkomen. Niettemin kent het mechanisme een breed toepassingsbereik. Zo is art. 6:14 BW onder meer relevant in het kader van de Wet collectieve afwikkeling massaschade (de “WCAM”), welke regeling de afwikkeling van massaschade beoogt te vergemakkelijken. In art. 7:910 lid 1 BW wordt art. 6:14 BW zelfs verondersteld van toepassing te zijn, tenzij daarvan expliciet wordt afgeweken: “zijn naast de partij of partijen die zich bij de overeenkomst hebben verbonden tot de vergoeding van schade, andere schuldenaren hoofdelijk aansprakelijk, dan is art. 14 van Boek 6 van overeenkomstige toepassing. Tenzij van een andere bedoeling blijkt, wordt de overeenkomst geacht mede een beding in te houden als in die bepaling bedoeld”.<sup>28</sup> Met andere woorden: een schikking die onder het bereik van de WCAM valt, regelt niet alleen de externe aansprakelijkheid maar wordt geacht tevens een voorziening in te houden die betrekking heeft op afdoening van vorderingen die zien op de interne aansprakelijkheid.

Mechanismen vergelijkbaar met art. 6:14 BW zijn in andere jurisdicties niet onbekend. Dat geldt zeker na implementatie van de Richtlijn Kartelschade, die expliciet aandacht besteedt aan de positie van de schikkende schuldenaar en de toepassing van een reductiemechanisme ter beperking van interne aansprakelijkheid. Dit heeft inmiddels in de verschillende lidstaten geleid tot nationale wetgeving, maar ook in Nederland tot enkele nieuwe bepalingen in boek 6 BW. De wijzigingen naar Nederlands recht worden nader toegelicht in § 3.5. Soortgelijke wetgeving bestaat verder

28 D.F. Lunsingh Scheurleer & M.W.F. Bosters, commentaar op Burgerlijk Wetboek Boek 7 art. 910, in: A.I.M. van Mierlo e.a. (red.), *Sdu Commentaar Vermogensrecht*, Den Haag: Sdu 2016.

ook in verschillende Amerikaanse staten.<sup>29</sup> Ook daar is de gedachte dat een schikkende schuldenaar die in goed vertrouwen een vergelijk bereikt met zijn schuldeisers, bescherming verdient tegen vorderingen die zien op de interne aansprakelijkheid. Een schuldenaar die heeft geschikt, moet ervan kunnen uitgaan dat de kwestie daarmee finaal is afgedaan en dat de overige hoofdelijke schuldenaren hem niet langer in rechte zullen betrekken.

### 3.4 Toepassing artikel 6:14 BW

Om de schikkende schuldenaar te bevrijden van zijn interne aansprakelijkheid dient in onderhandelingen over de inhoud van een schikkingsovereenkomst aangestuurd te worden op het opnemen van een bepaling die voorziet in het mechanisme dat is neergelegd in art. 6:14 BW. Een voorbeeld waarin de toepassing van art. 6:14 BW in een schikkingsovereenkomst van waarde bleek, is de Dexia-zaak (een schikking op basis van de WCAM).<sup>30</sup> Daarin probeerde een schikkende schuldeiser die partij was bij een schikkingsovereenkomst een hoofdelijke schuldenaar aan te spreken voor het gedeelte van zijn vordering waarvoor al compensatie was ontvangen. In dit verband overwoog het Gerechtshof Leeuwarden: "Om te voorkomen dat via de u-bocht van art. 6:14 BW, eerste volzin, de vorderingen waarvoor in de WCAM-overeenkomst in art. 14 lid 1 kwijting is verleend aan Dexia, alsnog door Dexia (gedeeltelijk) moet worden voldaan als regresvordering, is art. 14.3 in de WCAM-overeenkomst opgenomen. Dit is een beding in de zin van art. 6:14 BW, tweede volzin."<sup>31</sup>

Een meer recent voorbeeld waarin de concrete toepassing van het reductiemechanisme van art. 6:14 BW aan de orde kwam, is de Paraffine-was-zaak.<sup>32</sup> De schikkende schuldeiser, CDC (een claimvehikel aan wie vorderingen waren gecedeerd), trof in die kwestie met een van de hoofdelijk aangesproken schuldenaren, Sasol, een schikking. CDC verminderde vervolgens haar eis jegens de overige hoofdelijke schuldenaren met "het deel van de door CDC gevorderde schade waarvoor Sasol in haar rechtsverhouding tot de overige karteldeelnemers naar het oordeel van de

---

29 Zoals het recht van de staten California (*Cal. Civ. Code Ann. Paragraph 1431*), Florida (*F.S.A. paragraph 768.81*), Illinois (*I.L.C.S. paragraph 10-5/2 - 1117*), Kentucky (*K.R.S. paragraph 411.182*), Texas (*Tex. Civ. Prac paragraph 33.013*) en Virginia (*Va St. paragraph 8.01-443*).

30 Hof Leeuwarden 17 juli 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX1954.

31 Hof Leeuwarden 17 juli 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX1954, r.o. 7.

32 Rb Den Haag 21 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11305. Zie voor een nadere toelichting op enkele bijzondere overwegingen in deze kwestie voetnoot 40.

rechter in de hoofdzaak op enige rechtsgrond draagplichtig is". De rechtbank Den Haag nam op basis van deze eisvermindering en de toelichting daarop aan dat "CDC Sasol heeft ontslagen uit haar interne bijdrageplicht jegens de gedaagden en de andere geadresseerden".<sup>33</sup>

In bovengenoemde zaken vloeide de vermindering van de vordering van de schikkende schuldeisers voort uit de minnelijke regeling die de schikkende schuldeisers met de schikkende schuldenaar overeen kwamen. Een eenvoudig voorbeeld van een bepaling in een schikkingsovereenkomst die art. 6:14 BW van toepassing verklaart, luidt als volgt:

*"To release the Debtor from any obligations to contribute that the Debtor may have towards the co-debtor (the "Co-Debtor"), the Claimant shall reduce its claim against the Co-Debtor by the amount that the Co-Debtor could have claimed from the Debtor on any grounds, including articles 6:10, 6:12 and 6:13 BW. The Claimant shall take all necessary steps to that effect."*

Bij het formuleren van een bepaling in lijn met art. 6:14 BW wordt nogal eens aangehaakt bij de letterlijke tekst van het wetsartikel. Soms is echter een meer *tailormade*-oplossing geboden. Hoewel de bepaling uiteraard op verschillende manieren kan worden ingericht, dient een schikkende schuldenaar in ieder geval zeker te stellen dat een aantal zaken in de schikkingsovereenkomst wordt geadresseerd. De bepaling zou in ieder geval moeten voorzien in:

- (i) een vermindering van de huidige en toekomstige vorderingen van de schikkende schuldeisers met het aandeel dat de schikkende schuldenaar in de interne aansprakelijkheid aangaat; en
- (ii) het doen van afstand van de vorderingsrechten van de schikkende schuldeisers ter hoogte van dit aandeel.

Ter verdere versterking van de positie van de schikkende schuldenaar en beperking van het risico op regresvorderingen, kan de schikkende schuldenaar aansturen op:

- (iii) expliciete kwalificatie van het beding ex art. 6:14 BW als derdenbeding ten behoeve van de overige hoofdelijke schuldenaren;
- (iv) een vrijwaring ten behoeve van de schikkende schuldenaar ten aanzien van eventuele regresvorderingen;

---

33 Rb Den Haag 21 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11305, r.o. 2.18, 2.19.

- (v) een inspanningsverplichting van de schikkende schuldeisers om al het nodige te doen om de bevrijding van de schikkende schuldenaar te bewerkstelligen;
- (vi) een verplichting van de schikkende schuldeisers de vermindering van de vordering en het derdenbeding mede te delen aan de overige hoofdelijke schuldenaren; en
- (vii) een verplichting van de schikkende schuldeisers om in een (eventuele) schikkingsovereenkomst met de overige hoofdelijke schuldenaren een verbod tot het instellen van regresvorderingen op te nemen.

### 3.5 *Afwijkingen regeling interne aansprakelijkheid in geval van mededingingsinbreuk*

In § 3.3 werd reeds kort opgemerkt dat de Europese Commissie in het kader van de Richtlijn Kartelschade ook aandacht heeft besteed aan de positie van de hoofdelijk aansprakelijke schuldenaar en de regeling omtrent interne aansprakelijkheid. De Europese Commissie stelt voorop dat partijen die door een inbreuk op het mededingingsrecht zijn benadeeld recht hebben op volledige compensatie van geleden schade en dat het om die reden wenselijk is inbreukmakers hoofdelijk aansprakelijk te kunnen stellen. Wanneer één van de inbreukplegers meer heeft betaald dan zijn aandeel, moet hij echter wel het recht hebben om van de andere inbreukplegers een bijdrage te vorderen. De interne verdeling van de draagplicht van de inbreukplegers is aan het nationale recht overgelaten. Zoals toegelicht in § 3.1 zijn hierop naar Nederlands recht de art. 6:102 BW, 6:101 BW en 6:10 BW van toepassing.<sup>34</sup>

Naast de introductie van een aantal afwijkingen van de algemene regeling van hoofdelijkheid voor wat betreft de externe aansprakelijkheid (die zijn toegelicht in § 2.2), heeft implementatie van de Richtlijn Kartelschade ook geleid tot wijzigingen die zien op de regresverhouding tussen de verschillende hoofdelijk aansprakelijke inbreukplegers. Zo neemt een schuldenaar die immuniteit heeft ontvangen van een mededingingsautoriteit ook hier een bijzondere positie in. Naast het feit dat zijn externe aansprakelijkheid is beperkt tot enkel zijn eigen directe en indirecte afnemers en leveranciers en andere benadeelden zich dus niet tot deze schuldenaar kunnen wenden, beperkt art. 6:193n BW ook de interne aansprakelijkheid jegens andere bij de inbreuk betrokken hoofdelijke schuldenaren. De bijdrageplicht van een ontvanger van immuniteit aan vergoeding van de schade

---

34 Zie ook *Kamerstukken II* 2015/16, 34 490, 3, p. 15 en overweging 37 van de preambule van de Richtlijn Kartelschade.

van directe en indirecte afnemers en leveranciers van het kartel, bedraagt ten hoogste de vergoeding van de schade van zijn directe en indirecte afnemers en leveranciers en alleen in de mate waarin de aan hem toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen.<sup>35</sup>

De Europese Commissie neemt verder als uitgangspunt dat inbreukplegers en benadeelden tot een “voor-eens-en-altijd” schikking moeten kunnen komen. Om die reden stimuleert de Richtlijn Kartelschade dat inbreukplegers en benadeelde partijen via systemen voor buitengerechtelijke geschillenbeslechting tot een oplossing komen. Om de totstandkoming van schikkingsovereenkomsten daadwerkelijk te bevorderen, mag een schikkende schuldenaar die via buitengerechtelijke geschillenbeslechting schadevergoeding betaalt, dan ook niet in een minder gunstige positie komen ten opzichte van de overige hoofdelijke schuldenaren dan zonder de schikkingsovereenkomst. Dit zou het geval zijn indien een schikkende schuldenaar ook na het overeenkomen van een schikking volledig gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk blijft voor de door de inbreuk veroorzaakte schade.<sup>36</sup>

Waar in § 3.2 werd opgemerkt dat het van belang is dat de schikkende schuldenaar zich realiseert dat het aangaan van een schikkingsovereenkomst en kwijting op het niveau van de externe aansprakelijkheid niet zonder meer doorwerkt in de rechtsverhouding met de overige hoofdelijke schuldenaren en dus in beginsel geen gevolgen heeft voor de interne aansprakelijkheid, heeft de implementatie van de Richtlijn Kartelschade daarin verandering gebracht voor zover het gaat om een schikking in verband met schade als gevolg van een mededingingsinbreuk. Het nieuwe art. 6:193o lid 1 BW bepaalt allereerst dat de vordering tot schadevergoeding van schikkende schuldeisers wordt verminderd met het aandeel van de schikkende schuldenaar in de schade die de schikkende schuldeisers hebben geleden. Dit aandeel vormt het bedrag dat de overige hoofdelijke schuldenaren als bijdrage van de schikkende schuldenaar zouden kunnen vorderen wanneer zij de volledige schade voldoen. De schikkende schuldeisers kunnen als gevolg hiervan het deel van dit aandeel dat niet door de schikking is voldaan niet verhalen op de overige hoofdelijke schuldenaren

35 Deze beperking van interne aansprakelijkheid laat onverlet dat de ontvanger van immuniteit zal moeten bijdragen aan de aan anderen dan de directe en indirecte afnemers en leveranciers van de inbreukplegers te vergoeden schade die voortvloeit uit de inbreuk, bijvoorbeeld wanneer sprake is van “*umbrella pricing*”. Zie *Kamerstukken II 2015/16*, 34 490, 3, p. 5, 16.

36 Overweging 48 en 51 van de preambule van de Richtlijn Kartelschade.

die geen partij zijn bij de schikkingsovereenkomst. De overige hoofdelijke schuldenaren hoeven aan de schikkende schuldeisers voor dit aandeel dus geen schadevergoeding te betalen.

In aanvulling hierop bepaalt art. 6:193o lid 2 BW dat de schikkende schuldeisers de overige hoofdelijke schuldenaren alleen kunnen aanspreken voor de vergoeding van de na de schikking resterende vordering tot schadevergoeding. De overige hoofdelijke schuldenaren kunnen met betrekking tot deze vordering tot schadevergoeding geen bijdrage vorderen van de schikkende schuldenaar. Alleen wanneer de overige hoofdelijke schuldenaren na een schikking niet bij machte zijn om de met de resterende vordering tot schadevergoeding overeenstemmende schade van de schikkende schuldeisers te vergoeden, is de schikkende schuldenaar ook aansprakelijk voor deze schade, aldus art. 6:193o lid 3 BW.

De regeling van art. 6:193o lid 1 BW wijkt dus af van het (in § 3.2 genoemde) uitgangspunt in art. 6:14 BW, nu een vergelijkbaar reductiemechanisme automatisch van toepassing is en partijen dit niet langer uitdrukkelijk hoeven overeenkomen. Art. 6:193o lid 1 BW schrijft dwingend voor dat de schikkende schuldenaar niet meer kan worden aangesproken. De vordering van de schikkende schuldeisers wordt van rechtswege verminderd (en leidt automatisch tot de situatie zoals beschreven in de casus in § 3.3). Uit art. 6:14 BW volgt bovendien niet expliciet dat de schikkende schuldenaar niet meer door anderen kan worden aangesproken.<sup>37</sup> In § 3.4 werd toegelicht dat de schikkende schuldenaar daarom in de schikkingsovereenkomst moet aansturen op een versterking van zijn positie en een verdere beperking van het risico op regresvorderingen. Art. 6:193o lid 2 BW adresseert dat risico en vermeldt expliciet dat de overige hoofdelijke schuldenaren geen mogelijkheid meer van regres hebben op de schikkende schuldenaar. De schikkende schuldenaar heeft zo meer zekerheid dat hij na het bereiken van overeenstemming over een schikking noch door de schikkende schuldeisers, noch door de overige hoofdelijke schuldenaren wordt aangesproken.<sup>38</sup>

---

37 Zie ook Drijber *Ondernemingsrecht* 2016, p. 9.

38 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 490, 3, p. 16, 17.

## **4. Praktische wenken**

### *4.1 Inleiding*

Het bereiken van een meer finale oplossing voor de afhandeling van massaschadeclaims door toepassing van de hiervoor beschreven reductiemechanismen is in de praktijk mogelijk minder eenvoudig dan het lijkt. Dat geldt niet alleen wanneer sprake is van massaschadeclaims en het regime van art. 6:14 BW wordt toegepast, maar ook wanneer art. 6:193o BW als uitgangspunt geldt (zie § 2.2 voor de werkingssfeer van de als gevolg van de Richtlijn Kartelschade geïntroduceerde bepalingen). De schikkende schuldenaar doet er goed aan zich hiervan bewust te zijn, nu dit een impact kan hebben op zijn (rechts)positie. Naast de aanbevelingen die wij in § 3 van deze bijdrage gaven, lichten wij in aanvulling hierop nog een aantal mogelijke issues toe aan de hand van enkele praktische suggesties die mogelijk van waarde kunnen zijn bij het opstellen van een schikkingsovereenkomst.

### *4.2 Vermindering vordering*

Hoewel de schikkende schuldenaar na een vermindering van de vordering van de schikkende schuldeisers in beginsel kan rekenen op een meer definitieve oplossing voor het geschil, kan in het bijzonder in massaschadezaken de vraag naar de verdeling van de (interne) aansprakelijkheid een complicerende factor zijn en staat het antwoord op deze vraag ten tijde van het aangaan van een schikking vaak niet zonder meer vast (zie § 3.1). Een schikkende schuldenaar dient zich er daarom vroegtijdig van te verzekeren dat een vermindering van de vordering van de schikkende schuldeisers zijn (op dat moment mogelijk nog onbekende) volledige aandeel in de aansprakelijkheid omvat. De tweede volzin van art. 6:14 BW refereert enkel aan een vermindering van de vordering “met het bedrag dat als bijdrage gevorderd had kunnen worden” en niet aan het aandeel van de schikkende schuldenaar in de aansprakelijkheid. De definitieve tekst van art. 6:193o BW is hierover helderder, nu naar aanleiding van de internetconsultatie van het voorontwerp van deze bepaling nadrukkelijk is verzocht in de wettekst te verduidelijken dat de vordering van de schikkende schuldeisers na de schikking niet slechts wordt verminderd met het bij de schikking betaalde bedrag, maar met het aandeel van de schikkende schuldenaar, ook als dat aandeel hoger blijkt te zijn dan het bij de schikking betaalde bedrag.<sup>39</sup>

---

39 Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34 490, nr. 3, p. 17.

Wanneer de vorderingen van de schikkende schuldeisers bijvoorbeeld verminderd zouden worden met het bedrag waarvoor is geschikt, loopt de schikkende schuldenaar het risico dat zijn verplichting tot bijdragen aan vergoeding van de schade uiteindelijk hoger uitvalt en dat hij voor dit verschil wordt aangesproken door de overige hoofdelijke schuldenaren. Door in de schikkingsovereenkomst de vermindering van de vordering expliciet te koppelen aan het mogelijk nog niet bekende of vaststaande aandeel van de schikkende schuldenaar in de interne aansprakelijkheid (en dus niet aan te sluiten bij het bedrag waarvoor is geschikt), zorgt de schikkende schuldenaar ervoor dat discussies over het aandeel van de schikkende schuldenaar en elk van de overige hoofdelijke schuldenaren hem niet raken. Het risico op regresvorderingen wordt daarmee beperkt.<sup>40</sup>

Verder refereren zowel art. 6:14 BW als art. 6:193o BW aan een vermindering van “zijn vordering op hem” en “de vordering tot schadevergoeding van de bij de schikking betrokken benadeelde”. De schikkende

40 In de in § 3.4 van deze bijdrage aangehaalde Paraffinewas-zaak werd dieper ingegaan op het effect van een in een schikkingsovereenkomst opgenomen reductiemechanisme. De rechtbank Den Haag overwoog in die zaak dat het CDC bij de vermindering van haar vordering niet te doen was om het bedrag dat Sasol aan haar heeft betaald in het kader van de getroffen schikking, maar om het bedrag waarvoor Sasol intern draagplichtig is in de interne draagplichtverhoudingen tussen alle karteldeelneemers. CDC stelde dat de schikking met Sasol een veel lager bedrag betreft dan het bedrag waarvoor Sasol intern draagplichtig is. Als dat niet zo zou zijn - en Sasol aanzienlijk meer heeft betaald dan het bedrag waarvoor zij intern draagplichtig is - dan dient CDC naar het oordeel van de rechtbank Den Haag het door Sasol feitelijk betaalde bedrag in mindering te brengen op haar vorderingen. De rechtbank Den Haag overweegt in dat verband: “Uit de beoordeling in de hoofdzaak blijkt dat de schikking met Sasol slechts de aanleiding is voor de eisvermindering van CDC en dat (de inhoud van) de schikkingsovereenkomst met Sasol niet relevant is voor de verdere beoordeling in de hoofdzaak. Het met de eisvermindering gemoeide bedrag is dat van de interne draagplicht van Sasol en niet het feitelijk door Sasol betaalde bedrag. Zoals in de hoofdzaak is overwogen, is het door Sasol betaalde bedrag alleen relevant als er aanleiding is om te veronderstellen dat zij meer heeft betaald dan het bedrag waarvoor zij draagplichtig is. Dat is nu (nog) niet aan de orde. Mocht dat op enig moment anders worden, kan de rechtbank CDC bevelen openheid van zaken te geven op dit punt door het bedrag te noemen.” Anders dan de rechtbank Rotterdam in deze zaak suggereert, wordt ook bepleit dat de verminderingsverplichting in beginsel enkel het aandeel van de schikkende schuldenaar in de aansprakelijkheid moet omvatten en niet het (mogelijke zelfs hogere) bedrag dat de schikkende schuldenaar bereid is in het kader van een minnelijke regeling te betalen. De gedachte hierachter is dat niet-schikkende partijen niet moeten profiteren van het feit dat een gedaagde tegen een te hoog bedrag schikt. (Deze situatie moet overigens worden onderscheiden van het scenario dat de schikkende schuldenaar mede schikt voor het aandeel van (enkel van) de overige hoofdelijke schuldenaren. Hierop wordt verderop in deze paragraaf nader ingegaan.)

schuldenaar doet er goed aan zeker te stellen dat de vermindering van de vordering betrekking heeft op zowel de huidige als de toekomstige vorderingen van de schikkende schuldeisers jegens zowel bekende als onbekende hoofdelijke schuldenaren. Immers, de omvang van de aansprakelijkheid en de daarvoor verantwoordelijke partijen staan ten tijde van het aangaan van de schikkingsovereenkomst mogelijk nog niet vast. Door een ruime formulering van de verminderingsverplichting te hantieren kan de schikkende schuldenaar zich op voorhand tegen deze onzekerheid beschermen.

Bij het formuleren van de verminderingsverplichting dient een schikkende schuldenaar zich verder af te vragen in hoeverre de schikkende schuldeisers zich mogelijk niet kunnen verhalen op een van de overige hoofdelijke schuldenaren (bijvoorbeeld omdat er een risico bestaat dat deze insolvent zijn). Art. 6:13 BW bepaalt namelijk dat wanneer verhaal op een hoofdelijke schuldenaar onmogelijk is, het onverhaalbare aandeel wordt omgeslagen over de overige hoofdelijke schuldenaren in overeenstemming met het aandeel dat hen in de onderlinge verhouding aangaat.<sup>41</sup> De schikkende schuldenaar loopt dus het risico dat hij (ook) voor dit deel wordt aangesproken. Door de bijkomende aansprakelijkheid die voortvloeit uit art. 6:13 BW eveneens onder het bereik van de verminderingsverplichting te brengen, kan de schikkende schuldenaar bewerkstelligen dat hij ook hiertegen wordt beschermd. Ook in het kader van art. 6:193o BW is het van belang dit in de schikkingsovereenkomst op te nemen. Zoals toegelicht in § 3.5 kunnen de overige hoofdelijke schuldenaren ingevolge het tweede lid van art. 6:193o BW na een schikking geen regresrechten uitoefenen jegens de schikkende schuldenaar. Dat is echter anders wanneer de overige hoofdelijke schuldenaren niet bij machte zijn om de resterende vordering tot schadevergoeding van de schikkende schuldeisers te vergoeden, bijvoorbeeld in geval van faillissement. In dat geval is de schikkende schuldenaar ingevolge art. 6:193o lid 3 BW ook aansprakelijk voor deze schade, tenzij hij daarvan uitdrukkelijk afwijkt in zijn schikking met de schikkende schuldeisers, zo volgt uit art. 6:193o lid 4 BW.<sup>42</sup>

*Terug naar het voorbeeld. Claimvehikel A heeft zich jegens onderneming X verbonden haar vorderingen op de overige betrokken ondernemingen te verminderen met het vermeende aandeel van onderneming X. Indien een van de drie overige betrokken ondernemingen ten aanzien van haar aandeel in de totale*

41 Van Boom 2016, p. 96 e.v.

42 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 490, nr. 3, p. 16, 17.

*schade (gemakshalve aannemende dat dit aandeel eveneens € 50 miljoen bedraagt) geen verhaal biedt, zal het onverhaalbaar gebleven aandeel voor rekening komen van elk van de overige hoofdelijke schuldenaren, waaronder onderneming X.<sup>43</sup> Aannemende dat het aandeel van alle betrokken ondernemingen gelijk is, zal onderneming X gelet op het bepaalde in art. 6:13 BW en (mogelijk ook ingevolge art. 6:193o lid 3 BW) een derde van het bedrag van € 50 miljoen extra moeten bijdragen. Ondanks dat onderneming X haar vermeende aandeel van € 50 miljoen heeft geschikt voor € 40 miljoen, zal zij in dat geval uiteindelijk ruim € 56 miljoen aan de schikkende schuldeisers moeten voldoen wanneer zij in de schikkingsovereenkomst deze bijkomende aansprakelijkheid niet ook onder de verminderingsovereenkomst van de schikkende schuldeisers brengt.*

Ook ten aanzien van bijkomende kosten met betrekking tot de schikkende schuldenaar lijkt een ruime formulering van de verminderingsovereenkomst relevant. Art. 6:10 lid 3 BW bepaalt dat een hoofdelijke schuldenaar kosten kan verhalen op de andere hoofdelijke schuldenaren. Hoewel de wettekst in het midden laat om welke kosten het hier gaat, blijkt uit de wetsgeschiedenis dat daaronder in ieder geval proceskosten vallen die een hoofdelijke schuldenaar heeft gemaakt in het kader van gezamenlijk verweer tegen hun schuldeisers.<sup>44</sup> Wanneer de schikkende schuldeisers gelet op de formulering van de verminderingsovereenkomst verplicht worden hun vorderingen tevens te verminderen met het bedrag van de proceskosten die de overige hoofdelijke schuldenaren in verband met het aandeel van de schikkende schuldenaar hebben (of nog zullen) moeten maken, voorkomt de schikkende schuldenaar dat hij deze kosten alsnog aan de overige hoofdelijke schuldenaren moet voldoen.

Het is overigens van belang te realiseren dat de in deze bijdrage beschreven verminderingsovereenkomst voortvloeit uit het scenario dat de schikkende

43 Hoewel art. 6:13 BW ziet op de situatie dat “verhaal op een hoofdelijke schuldenaar onmogelijk is”, heeft art. 6:193o lid 3 BW betrekking op de situatie wanneer “niet bij een schikking betrokken inbreukplegers niet bij machte zijn om de met de resterende vordering tot schadevergoeding overeenstemmende schade van een bij de schikking betrokken benadeelde te vergoeden”. Het is de vraag of dit leidt tot een verschil in de mogelijkheid om de niet verhaalbare schade om te slaan. Het lijkt bij toepassing van art. 6:193o lid 3 BW aannemelijk dat de niet verhaalbare schade niet (zoals bij toepassing van art. 6:13 BW het geval is) over de schikkende schuldenaar wordt omgeslagen wanneer één van de hoofdelijke schuldenaren geen verhaal biedt, maar pas wanneer zij allen geen verhaal bieden. Het verschil tussen beide bepalingen zal zich in de praktijk verder moeten uitkristalliseren.

44 Bijvoorbeeld kosten voor een expertrapport dat de gezamenlijke positie van de hoofdelijke schuldenaren ondersteunt. Zie verder Van Boom 2016, p. 121.

schuldenaar schikt voor zijn aandeel in de aansprakelijkheid ter voorkoming van het risico dat hij na het aangaan van een schikkingsovereenkomst wordt geconfronteerd met regresvorderingen van de overige hoofdelijke schuldenaren. Denkbaar is echter ook het – minder gebruikelijke scenario – dat de schikkende schuldenaar schikt mede voor het aandeel van de overige hoofdelijke schuldenaren, bijvoorbeeld omdat enkel hij door de schikkende schuldeisers wordt aangesproken voor meer dan slechts zijn eigen aandeel en een schikking op basis van andere voorwaarden niet mogelijk is. In dat geval zal de schikkende schuldenaar juist op de overige hoofdelijke schuldenaren intern regres willen nemen. Een van de complicaties die daarbij ontstaat, is de omstandigheid dat de schikkende schuldenaar voor zijn recht op bijdrage van de overige hoofdelijke schuldenaren afhankelijk is van de hoofdvordering die toebehoorde aan de schikkende schuldeisers. De schikkende schuldenaar treedt in feite in de positie van de schikkende schuldeisers, waarbij alle verweermiddelen die de hoofdelijke schuldenaren gezamenlijk konden inroepen – en waarvan de schikkende schuldenaar mogelijk zelf afstand had gedaan – op basis van art. 6:11 BW aan de schikkende schuldenaar tegengeworpen kunnen worden. Hoewel dit scenario niet vaak voorkomt (nu een schikkende schuldenaar er doorgaans geen behoefte aan heeft om na het aangaan van een schikking nog regresvorderingen in te stellen en uit te procederen) en een nadere beschouwing hiervan om die reden achterwege blijft, dient de schikkende schuldenaar hierop wel bedacht te zijn nu dit mogelijk invloed heeft op zijn positie.

#### *4.3 Derdenbeding en afstand*

Ter versterking van de werking van het beding ex art. 6:14 BW kan de schikkende schuldenaar expliciet in de schikkingsovereenkomst opnemen dat sprake is van een derdenbeding ten behoeve van de overige hoofdelijke schuldenaren (in de zin van art. 6:253 BW).<sup>45</sup> Deze kwalificatie leidt ertoe dat de overige hoofdelijke schuldenaren zich na aanvaarding daarvan (ook) kunnen beroepen op de verplichting van de schikkende schuldeisers om hun vorderingen jegens hen te verminderen met het aandeel in

---

<sup>45</sup> Een beding ex art. 6:14 BW kwalificeert niet per definitie als derdenbeding in de zin van art. 6:253 BW. Dat partijen het beding ex art. 6:14 BW expliciet als derdenbeding benoemen, is daarom raadzaam. Een beding ex art. 6:14 BW dat qua bewoordingen overeenkwam met de wettelijke bepaling werd overigens al wel eens gekwalificeerd als derdenbeding, zie Hof Leeuwarden 17 juli 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX1954.

de aansprakelijkheid dat de schikkende schuldenaar betreft.<sup>46</sup> Zij kunnen daaraan een zelfstandig verweermiddel ontlenen en hoeven zich niet tot de schikkende schuldenaar te wenden.<sup>47</sup> Ook bij de formulering van het derdenbeding moet rekening worden gehouden met de mogelijke onbekendheid met de omvang van de aansprakelijkheid en de daarvoor verantwoordelijke partijen. Een ruime formulering is daarom eveneens bij het derdenbeding passend zodat het beding kan worden ingeroepen door zowel bekende als onbekende hoofdelijke schuldenaren.<sup>48</sup>

Ter verdere versterking van de positie van de schikkende schuldenaar kan in de schikkingsovereenkomst worden opgenomen dat de schikkende schuldeisers verplicht zijn afstand te doen van hun vorderingen jegens de overige hoofdelijke schuldenaren voor zover deze betrekking hebben op het deel in de aansprakelijkheid dat de schikkende schuldenaar aangaat. Mocht op het moment van de schikking reeds een procedure aanhangig zijn, dan kan de schikkingsovereenkomst erin voorzien dat de schikkende schuldeisers daartoe een akte houdende eisvermindering nemen onder gelijktijdig afschrift daarvan aan de schikkende schuldenaar. Is op het moment van de schikking nog geen procedure aanhangig, dan volstaat een algemene verplichting voor de schikkende schuldeisers om jegens de overige hoofdelijke schuldenaren ter hoogte van het aandeel van de schikkende schuldenaar afstand te doen van hun vorderingen. In dat geval dienen de schikkende schuldeisers de afstand van hun vorderingen te verwezenlijken zodra zij deze jegens de overige hoofdelijke schuldenaren te gelde wensen te maken.

De kwalificatie als derdenbeding en het opnemen van een verplichting tot het doen van afstand lijkt minder van belang wanneer het regime van art. 6:193o BW van toepassing is. Waar art. 6:14 BW alleen expliciet ingaat op een bevrijding van de schikkende schuldenaar van zijn verplichting tot bijdragen jegens de overige hoofdelijke schuldenaren doordat de schikkende schuldeisers zich verbinden tot een vermindering van hun vorde-

---

46 Het risico dat een van de overige hoofdelijke schuldenaren art. 6:14 BW als derdenbeding niet aanvaardt, is gering. Het aanvaarden daarvan is immers in zijn belang. Overigens bepaalt art. 6:253 lid 4 BW dat een beding dat onherroepelijk en jegens een derde om niet is gemaakt als aanvaard geldt, indien het ter kennis van deze derde is gekomen en door deze niet onverwijld is afgewezen.

47 Van Boom 2016, p. 190.

48 Het is niet noodzakelijk dat de onbekende partijen "bepaaldelijk" zijn aangewezen, zie A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2014/572.

ring, maakt art. 6:193o lid 2 BW niet alleen duidelijk dat de overige hoofdelijke schuldenaren de schikkende schuldenaar niet langer kunnen aanspreken ten aanzien van de interne aansprakelijkheid, maar ook dat de schikkende schuldeisers de overige hoofdelijke schuldenaren enkel kunnen aanspreken voor de na de schikking resterende vordering tot schadevergoeding.

#### 4.4 Vrijwaring

De problematiek van massaschadeclaims speelt zich veelal af in een internationale context. Deze internationale dimensie is een complicerende factor bij toepassing van de tweede volzin van art. 6:14 en art. 6:193o BW. Uitgangspunt onder Nederlands internationaal privaatrecht is dat het recht dat materieel van toepassing is op een vordering van een schikkende schuldeiser óók de regresvordering beheerst.<sup>49</sup> Een in het buitenland aangezochte rechter zal naar het aldaar geldende internationaal privaatrecht beoordelen welk recht materieel van toepassing is op de (regres) vordering. Hoewel de mechanismen van art. 6:14 BW en art. 6:193o BW weliswaar ook in een aantal andere rechtsstelsels niet onbekend zijn, is de werking daarvan naar vreemd materieel recht niet zonder meer vanzelfsprekend.<sup>50</sup> Mocht het zo zijn dat er jurisdicties zijn waarin de werking van de in art. 6:14 BW en art. 6:193o BW neergelegde mechanismen niet wordt aangenomen, dan loopt de schikkende schuldenaar het risico ook ná het aangaan van de schikking met regresvorderingen te worden geconfronteerd. Om dit risico te mitigeren kan in de schikkingsovereenkomst worden voorzien in een vrijwaring, zodat claims waarop vreemd materieel recht van toepassing is (en ten aanzien waarvan de kans bestaat dat art. 6:14 BW of art. 6:193o BW niet de beoogde werking heeft) voor risico van de schikkende schuldeisers komen.

De vrijwaring kan daarnaast voorzien in bescherming tegen eventuele (juridische) kosten die een schikkende schuldenaar bijvoorbeeld in het kader van zijn verweer moet maken. Dit is met name relevant indien de

49 X.E. Kramer & H.L.E. Verhagen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Internationaal privaatrecht. Deel III. Internationaal vermogensrecht*. Deventer: Wolters Kluwer 2015/692.

50 Deze onzekerheid wordt niet weggenomen door in de schikkingsovereenkomst simpelweg Nederlands recht van toepassing te verklaren. Een dergelijke rechtskeuze ziet enkel op de rechtsverhouding tussen de schikkende schuldeisers en de schikkende schuldenaar. De vorderingen van de schikkende schuldeisers op de overige hoofdelijke schuldenaren worden daardoor in beginsel niet geraakt.

schikkende schuldenaar zich in het buitenland tegen hoge kosten moet verweren tegen de overige hoofdelijke schuldenaren die zich in weerwil van de verminderde vordering, het derdenbeding en de expliciete tekst van art. 6:193o BW tot de schikkende schuldenaar wenden.

Overigens kan het opnemen van een vrijwaring in het bijzonder bij massaschadeclaims op praktische bezwaren stuiten wanneer een groot aantal partijen betrokken is dat voor de vrijwaring moet instaan en daarvoor geen centraal (solvabel) aanspreekpunt beschikbaar is (en blijft) dat één algemene vrijwaring kan afgeven. De partij die zich op de vrijwaring beroept, zou zich in dat scenario tot een groot aantal partijen moeten wenden.

#### 4.5 *Nakoming verplichtingen*

Partijen zullen in de schikkingsovereenkomst afspraken moeten maken over de toepassing van in het bijzonder art. 6:14 BW, maar ook over de uitvoering van de systematiek die is beschreven in art. 6:193o BW. Voornamelijk voor de werking van art. 6:14 BW is de schikkende schuldenaar afhankelijk van de acties van de schikkende schuldeisers wanneer hij het risico op regresvorderingen wil beperken. Waar art. 6:193o lid 1 BW dwingend voorschrijft dat de schikkende schuldenaar niet meer kan worden aangesproken en de vordering van de schikkende schuldeisers van rechtswege wordt verminderd (zie § 3.5) volgt uit art. 6:14 BW dat het aan de schikkende schuldeisers is om hun vorderingen te verminderen en in lijn daarmee jegens de overige hoofdelijke schuldenaren te handelen. De schikkende schuldenaar zal daarom in zo sterk mogelijke bewoordingen willen overeenkomen dat de schikkende schuldeisers al het nodige moeten doen om de bevrijding ten aanzien van de interne aansprakelijkheid feitelijk te bewerkstelligen. Onderdeel daarvan is het opnemen van een verplichting om de vermindering van de vordering en toepasselijkheid van het expliciet benoemde derdenbeding aan de overige hoofdelijke schuldenaren mede te delen. Ook de verplichting van de schikkende schuldeisers om in (eventuele) schikkingsovereenkomsten met de overige hoofdelijke schuldenaren een verbod op te nemen tot het instellen van regresvorderingen jegens de schikkende schuldenaar draagt bij aan het bereiken van finaliteit. Anders dan bij toepassing van art. 6:14 BW, volgt dit bij art. 6:193o BW rechtstreeks uit lid 2 van deze bepaling (zie § 3.5). Hoewel bij toepassing van zowel art. 6:14 BW als art. 6:193o BW uiteraard tevens andere verplichtingen van de schikkende schuldeisers denkbaar zijn, zijn dit meer *nice-to-haves* die mogelijk kunnen worden bedongen als

tegenprestatie voor voldoening van een substantieel schikkingsbedrag. Overigens is de verhouding tussen de schikkende schuldenaar en de schikkende schuldeisers en daarmee de ruimte om de schikkingsovereenkomst ten voordele van de schikkende schuldenaar in te richten niet te allen tijde hetzelfde. Het zal uiteraard afhangen van verschillende factoren of de schikkende schuldeisers bereid zijn in te stemmen met bedingen die afbreuk doen aan hun verhaalspositie.

Vooraf wanneer een schikking niet onder de reikwijdte van art. 6:193o BW kan wordt gebracht maar moet worden teruggevallen op art. 6:14 BW, is het goed te realiseren dat voor de schikkende schuldeisers een duidelijke prikkel om hun vorderingen te verminderen ontbreekt (zeker wanneer het commerciële claimvehikels betreft die een agressieve aanpak niet schuwen). Het schenden van overeengekomen verplichtingen levert evenwel een tekortkoming op in de nakoming van de schikkingsovereenkomst. De schikkende schuldenaar verkrijgt daardoor in beginsel een vordering op de schikkende schuldeisers, waarvoor hem het gebruikelijke arsenaal aan (rechts)middelen ten dienste staat. Naast het vorderen van nakoming op grond van art. 3:296 BW kan de als gevolg van de tekortkoming ontstane schade op basis van art. 6:74 BW worden verhaald. Uiteraard is ook ontbinding van de schikkingsovereenkomst in beginsel mogelijk, maar deze optie staat haaks op de gewenste finaliteit.

Hoewel de ongewenste gevolgen van niet-nakoming van verplichtingen uit de schikkingsovereenkomst achteraf mogelijk kunnen worden weggenomen door het vorderen van (nakoming of) schadevergoeding, bedreigt dit wel de door de schikkende schuldenaar verlangde finaliteit. Nu voorkomen beter is dan genezen, heeft het de voorkeur al in een eerder stadium te voorzien in een *incentive* voor de schikkende schuldeisers om hun verplichtingen naar behoren na te komen. Deze prikkel kan worden ingebouwd door de schikkende schuldeisers ertoe te verplichten een (bank)garantie af te geven of door een punitieve sanctie op te nemen in de vorm van een boete die direct opeisbaar is bij niet-nakoming, waarvan de hoogte bij voorkeur overeenstemt met die van de mogelijke regresvordering en de daarmee gepaard gaande juridische kosten. Om de mogelijkheid tot verhaal door de schikkende schuldenaar te versterken, kunnen partijen ook overeenkomen dat een deel van het schikkingsbedrag niet direct wordt uitgekeerd maar wordt achtergehouden op een zogeheten *escrow*-rekening. Dit gedeelte van het schikkingsbedrag valt dan vrij op het moment dat de schikkende schuldeisers aan hun verplichtingen hebben voldaan en de positie van de schikkende schuldenaar hebben gewaarborgd. Een sterke onderhandelings-

positie is daarvoor wel vereist, nu schikkende schuldeisers niet snel bereid zullen zijn in te stemmen met een bepaling die kan leiden tot onzekerheid over de aan hen toekomende vergoeding.

## 5. Conclusie

In een situatie waarin meerdere partijen verantwoordelijk worden gehouden voor dezelfde schade treden vaak complicaties op in verband met de hoofdelijke aansprakelijkheid van de betrokken partijen. In deze bijdrage is ingegaan op de positie van een hoofdelijk aansprakelijke schuldenaar die besluit tot het schikken van een dreigende massaschadeclaim. Een schikking kan leiden tot een vroegtijdige afhandeling van het geschil waarmee mogelijke *exposure* wordt beperkt. Vaak is deze optie alleen aantrekkelijk wanneer daarmee ook daadwerkelijk een finale oplossing wordt bereikt. Finaliteit is met het aangaan van een minnelijke regeling met schuldeisers echter geen gegeven zolang een schikkende schuldenaar het risico loopt dat hij ondanks het aangaan van een schikking alsnog wordt geconfronteerd met regresvorderingen van zijn medeschuldenaren. Voor het bereiken van een finale oplossing is ook de interne verhouding tussen de schikkende schuldenaar en zijn medeschuldenaren relevant.

In deze bijdrage hebben wij ons geconcentreerd op de interne schikkingsproblematiek en hebben wij voor een goed begrip daarvan allereerst een beschouwing gegeven van de algemene regeling van hoofdelijkheid die is neergelegd in Boek 6 BW. Naast een toelichting op de reeds bestaande bepalingen, hebben wij aandacht besteed aan enkele afwijkingen van de algemene regeling van hoofdelijkheid die door de Richtlijn Kartelschade zijn geïntroduceerd en die onlangs in Boek 6 BW zijn geïmplementeerd. Deze materiële bepalingen zijn specifiek van toepassing wanneer sprake is van mededingingsinbreuken die zich voordoen (of hebben voorgedaan) na inwerkingtreding van de implementatiewet op 10 februari 2017 en geven bijzondere regels voor inbreukmakers die onder een *coulance-* of *clementie-*regeling vallen. Wanneer het mededingingsinbreuken betreft die betrekking hebben op de periode daarvoor of wanneer het gaat om zaken die niet gerelateerd zijn aan een inbreuk op het mededingingsrecht blijft het wettelijke regime dat reeds van toepassing was onverminderd van kracht.

In deze bijdrage is verder hoofdzakelijk ingegaan op de mogelijkheden om het risico op regresvorderingen tussen de verschillende hoofdelijk aansprakelijke partijen in verband met hun interne bijdrageplicht zoveel mogelijk te

beperken. Daarvoor kan bij uitstek gebruik worden gemaakt van het mechanisme dat is neergelegd in art. 6:14 BW en, voor zover het gaat om schadevergoedingsvorderingen die vallen binnen de hiervoor genoemde werkingssfeer, het onlangs ingevoerde art. 6:193o BW. De toepassing van deze bepalingen in een schikkingsovereenkomst kan een effectieve bijdrage leveren aan de aantrekkelijkheid van het bereiken van overeenstemming over een minnelijke regeling en het bewerkstelligen van een (meer) finale oplossing. Een schikkingsovereenkomst biedt een schikkende partij bovendien de ruimte om een *tailormade*-oplossing te vinden die zoveel mogelijk tegemoetkomt aan zijn eigen belangen. De werking van de art. 6:14 BW en 6:193o BW is echter niet geheel identiek. Zij is afhankelijk van diverse factoren en vergt bovenal oplettendheid bij het opstellen van een schikkingsovereenkomst. Wij hebben in dat verband enkele mogelijke aandachtspunten gesignaleerd en daarbij praktische wenken gegeven. Wanneer men zich daarvan bewust is bij onderhandelingen over de inhoud van een schikkingsovereenkomst kan finaal pas écht finaal worden.