

Finaliteit bij hoofdelijkheid? Een gewaarschuwd mens telt voor twee

*Mr. D.J. Beenders, mr. A.D. Polkerman en mr. W. Hofstee**

1 Inleiding

In onze procespraktijk zien wij in toenemende mate gevallen waarin individuele rechts- en/of natuurlijke personen zich bundelen om schade van dezelfde soort te claimen. Wij staan regelmatig ondernemingen bij die met (de dreiging van) dergelijke massaschadeclaims worden geconfronteerd. Deze tendens lijkt onder meer te zijn ingegeven door de actieve bemoeienis en procesbereidheid van belangengroeperingen en claimorganisaties die de mogelijkheid van collectieve acties bij individuele potentiële benadeelden onder de aandacht brengen. Ook hebben verschillende initiatieven in diverse jurisdicties geleid tot de introductie van mechanismen om op relatief laagdrempelige wijze collectieve (schadevergoedings)acties in te stellen en af te handelen. Zo is in Nederland op 15 november 2016 na een langdurig consultatieproces het wetsvoorstel afwikkeling van massaschade in een collectieve actie bij de Tweede Kamer ingediend, waarin onder meer wordt voorgesteld het verbod op het vorderen van een collectieve schadevergoeding in geld af te schaffen.¹

Ondernemingen die zich geconfronteerd zien met massaschadeclaims kunnen dat als belastend ervaren.² Niet alleen vanwege de mogelijke financiële gevolgen, maar ook gezien het risico op negatieve publiciteit en reputationele schade. Bovendien kunnen de vereiste betrokkenheid van het (hoger) management en interne juristen, de onzekerheid van de uitkomst van een procedure en de kosten van externe juridische bijstand bezwarend zijn. Ondernemingen die in toenemende mate

worden geconfronteerd met massaschadeclaims beraden zich in sommige gevallen over alternatieven voor het voeren van (collectieve) procedures. Het aangaan van een (collectieve) schikking is een optie die een onderneming mogelijk al in een vroeg stadium ten dienste staat. Het vroegtijdig schikken van een dreigende massaschadeclaim kan soms gunstig uitpakken. Mogelijk wordt een kostbare procedure vermeden en het risico op financieel nadeel afgewend. Bovendien kan een vertrouwelijke schikking minder negatieve aandacht trekken dan een langslpende procedure.

Een schikking leidt voor een onderneming niet per definitie tot een allesomvattende finale oplossing. 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 is afgedaan. Of dat doel werkelijk wordt gerealiseerd, ligt in het bijzonder bij massaschadeclaims genuanceerd. Deze bijdrage beschrijft hoe een schikkende schuldenaar zich kan bevrijden van aansprakelijkheid die verband houdt met gedragingen waarvoor meerdere ondernemingen hoofdelijk aansprakelijk zijn. In paragraaf 2 staan wij kort stil bij de systematiek van deze hoofdelijkheid. In paragraaf 3 bespreken wij het mechanisme van art. 6:14 van het Burgerlijk Wetboek (BW), waarmee het risico op regresvorderingen kan worden gemitigeerd. Paragraaf 4 beschrijft hoe dit mechanisme kan worden toegepast en in paragraaf 5 geven wij in verband daarmee enkele praktische wenken. We sluiten af met een conclusie.

2 Hoofdelijkheid en regresverhouding

Massaschadeclaims doen zich relatief vaak voor op financieel en mededingingsrechtelijk terrein. Meestal zijn bij het instellen van dergelijke massaschadeclaims speciaal daarvoor opgerichte entiteiten (ook wel claimvehikels genoemd) betrokken, waaraan vooraf een groot aantal claims door (vermeend) benadeelde partijen is gecedeerd of waaraan anderszins de bevoegdheid is gegeven de belangen van benadeelden te behartigen. Een casus ter illustratie:

Onderneming X is samen met drie andere rechtspersonen (hierna: de betrokken ondernemingen) hoofdelijk aansprakelijk jegens een groot aantal benadeelden. Er is een claimvehikel opgericht, dat opkomt voor de belangen van alle benadeelden (hierna: claimvehikel A). Tegen betaling van een

* Mr. D.J. Beenders, mr. A.D. Polkerman en mr. W. Hofstee zijn advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam.

1. Voorstel van wet tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken, Kamerstukken II 2016/17, 34608, 1-4 (hierna: het Wetsvoorstel). Op het consultatievoorstel is vanuit de praktijk en de wetenschap de nodige kritiek geuit. Ook het Wetsvoorstel is niet zonder meer positief ontvangen. Het is daarom onzeker of de Tweede Kamer het voorstel in de huidige vorm zal aannemen.

2. Art. 3:305a BW voorziet op dit moment niet in de mogelijkheid schadevergoeding in geld te vorderen. Dit zal veranderen als het Wetsvoorstel in zijn huidige vorm wordt aangenomen. In de praktijk zien wij dat de meeste massaschadeclaims worden ingesteld door partijen waaraan een groot aantal schadevorderingen is gecedeerd of procesvolmachten is verleend. Deze varianten kennen geen beperking voor het vorderen van schadevergoeding in geld. Met de term massaschadeclaim wordt in deze bijdrage niet alleen bedoeld op claims op grond van art. 3:305a BW, maar ook op gevallen waarin vorderingen zijn gecedeerd of procesvolmachten zijn verleend.

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 het – 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 ieder van deze schuldenaren door benadeelden (al dan niet via claimvehikels) hoofdelijk aansprakelijk worden gehouden voor dezelfde schade. Hoofdelijkheid volgt volgens art. 6:6 lid 1 en 2 BW uit de wet, gewoonte of rechtshandeling.³ 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.⁴

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).⁵ 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).⁶ In een situatie waarin meerdere schuldenaren hoofdelijk aansprakelijk zijn voor dezelfde schuld zijn vorderingsrechten op twee niveaus te onderscheiden: vorderingen van de schuldeisers op ieder van de hoofdelijke schuldenaren (externe aansprakelijkheid) en vorderingen van de hoofdelijke schuldenaren op elkaar in verband met de aan hen toekomende regresrechten (interne aansprakelijkheid). Om als hoofdelijk aansprakelijke schuldenaar een schikking met een finaal karakter te bereiken, is het noodzakelijk dat de schikkende schuldeiser (de 'schikkende schuldeiser') aan de schikkende hoofdelijke schuldenaar (hierna: 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.⁷

Art. 6:14 BW bepaalt als uitgangspunt: 'afstand door de schuldeiser van zijn vorderingsrecht jegens een hoofdelijke schuldenaar bevrijdt deze niet van zijn verplichting tot bijdragen'.⁸ 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.⁹ 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. In beginsel behoudt claimvehikel A evenwel zijn vorderingen ter hoogte van € 200 miljoen jegens de overige betrokken ondernemingen die niet aan de schikking deelnemen.¹⁰ 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 zijn 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. Dit kan tot gevolg hebben dat onderneming X alsnog wordt aangesproken door de overige betrokken ondernemingen.

3. W.H. van Boom, Hoofdelijke verbintenissen, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 20 (hierna: Van Boom 2016).

4. Asser/Sieburgh 6-I 2016/106.

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

6. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2016/112; H.M. van Kessel, Schikkingsperikelen bij hoofdelijke verbondenheid, MvV 2013, afl. 4, p. 94.

7. Van Kessel 2013, p. 93.

8. J. Kortmann, 'Collective settlements' en individuele schikkingen door hoofdelijk aansprakelijke debiteuren, TvPr. 2010, afl. 3, p. 1174.

9. 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 vermeende 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.

10. Relevant in dit verband is de vraag hoe de verbintenis tot betaling van het schikkingsbedrag in juridische zin kwalificeert (als schuldwijziging of schuldvernieuwing). Zie verder Van Kessel 2013.

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 en deze ook te laten zien op de interne aansprakelijkheid en hoofdelijke schuldenaren een daadwerkelijk finale oplossing te bieden, kan gebruik worden gemaakt van een in de Nederlandse wet neergelegd mechanisme: art. 6:14 BW.

3 Mitigeren risico regresvorderingen

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'.¹¹

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, waardoor zij aan de schikkende schuldeisers zoveel minder hoeven te betalen als zij van de schikkende schuldenaar hadden kunnen vorderen.¹²

In het voorbeeld waarin claimvehikel A zijn 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, zullen de overige betrokken ondernemingen onderneming X in vrijwaring oproepen om het door hen (tezamen) te veel betaalde bedrag van € 50 miljoen te verhalen. Om dit risico voor onderneming X zo veel 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 zijn vorderingen op de overige betrokken ondernemingen te verminderen met het aandeel dat onderneming X aangaat en deze te beperken tot een bedrag van in totaal € 150 miljoen.

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 (WCAM), welke regeling de afwikkeling van massaschade beoogt te vergemakkelijken. Art. 7:910 lid 1 BW bepaalt het volgende:

'Zijn naast de partij of partijen die zich bij de overeenkomst hebben verbonden tot de vergoeding van schade, andere schuldenaren hoofdelijk aansprakelijk, dan is artikel 14 van Boek 6 van overeenkomstige toepassing. Tenzij van een andere bedoeling blijkt, wordt de overeenkomst geacht mede een beding in te houden als in die bepaling bedoeld.'¹³

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.

Ook in Europeesrechtelijk verband is aandacht voor de positie van de schikkende schuldenaar en zijn interne aansprakelijkheid. Zo heeft de Europese Commissie in het kader van de introductie van Richtlijn 2014/104/EU (hierna: de Richtlijn Kartelschade) opgemerkt dat partijen die door een inbreuk op het mededingingsrecht zijn benadeeld, recht hebben op volledige compensatie van geleden schade.¹⁴ De Europese Commissie heeft daarbij punitieve sancties verworpen, in die zin dat een inbreukpleger meer zou moeten bijdragen dan zijn werkelijke aandeel in de schade. Overweging 48 van de preambule van de Richtlijn Kartelschade neemt daarnaast als uitgangspunt dat inbreukplegers en benadeelden tot een 'voor eens en voor altijd'-schikking moeten kunnen komen.¹⁵ Art. 19 van de Richtlijn Kartelschade bepaalt in dat verband:

'[D]e lidstaten zorgen ervoor dat na een schikkingsovereenkomst de schadeclaim van de bij de schikking betrokken benadeelde partij wordt verminderd met het aandeel dat de bij de schikking betrokken inbreukpleger heeft gehad in de schade die de benadeelde partij door de inbreuk op het mededingingsrecht heeft geleden.'

Dit beginsel zal in de verschillende lidstaten moeten worden geïmplementeerd in nationale wetgeving, waarmee de positie

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

12. Hoogeveen, in: Sdu Commentaar vermogensrecht, art. 6:14 BW; TM bij afd. 6.1.2, Parl. Gesch. Boek 6, p. 124.

13. Hoogeveen, in: Sdu Commentaar vermogensrecht, art. 7:910 BW.

14. De Richtlijn Kartelschade is in Nederland geïmplementeerd in de Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht van 25 januari 2017, Stb. 2017, 28.

15. W.H. van Boom, Kartelschade, hoofdelijke aansprakelijkheid en wetsvoorstel 34-490, WPNR 2016/7127, p. 951.

van een schikkende schuldenaar op het punt van interne aansprakelijkheid verder wordt gewaarborgd.¹⁶

Mechanismen vergelijkbaar met art. 6:14 BW zijn ook in andere jurisdicties niet onbekend. Soortgelijke wetgeving bestaat bijvoorbeeld in verschillende Amerikaanse staten.¹⁷ 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 uit kunnen gaan dat de kwestie daarmee finaal is afgedaan en dat de overige hoofdelijke schuldenaren hem niet langer in rechte zullen betrekken. Hoewel de onderliggende argumentatie mogelijk verschilt, gaat zowel het Europese recht als het recht van diverse Amerikaanse staten uit van het beginsel dat een schikkende schuldenaar in staat moet worden gesteld zich adequaat tegen regresvorderingen te beschermen.

4 Toepassing art. 6:14 BW

Om de schikkende schuldenaar te bevrijden van de interne aansprakelijkheid dient in onderhandelingen over de inhoud van een schikkingsovereenkomst te worden aangestuurd 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).¹⁸ 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:

[o]m te voorkomen dat via de u-bocht van artikel 6:14 BW, eerste volzin, de vorderingen waarvoor in de WCAM-overeenkomst in artikel 14 lid 1 kwijting is verleend aan Dexia, alsnog door Dexia (gedeeltelijk) moet worden voldaan als regresvordering, is artikel 14.3 in de WCAM-overeenkomst opgenomen. Dit is een beding in de zin van artikel 6:14 BW, tweede volzin.¹⁹

Een eenvoudig voorbeeld van een bepaling 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:

1. 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
2. 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 zou de schikkende schuldenaar kunnen aansturen op:

1. expliciete kwalificatie van het beding ex art. 6:14 BW als derdenbeding ten behoeve van de overige hoofdelijke schuldenaren;
2. een vrijwaring ten behoeve van de schikkende schuldenaar ten aanzien van eventuele regresvorderingen;
3. een inspanningsverplichting van de schikkende schuldeisers om al het nodige te doen om de bevrijding van de schikkende schuldenaar te bewerkstelligen;
4. een verplichting van de schikkende schuldeisers om de vermindering van de vordering en het derdenbeding mee te delen aan de overige hoofdelijke schuldenaren; en
5. 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.

5 Praktische wenken

Het verwerken van de hierboven weergegeven potentiële aandachtspunten in de schikkingsovereenkomst is in de praktijk mogelijk minder eenvoudig dan wordt verondersteld. De schikkende schuldenaar doet er goed aan zich hiervan bewust te zijn, nu dit wellicht een impact kan hebben op zijn (rechts)positie. Wij lichten een aantal mogelijke issues toe aan de hand van enkele praktische suggesties die van waarde kunnen zijn bij het opstellen van een schikkingsovereenkomst. De hieronder uitgewerkte suggesties zijn algemene punten. In de praktijk zal van geval tot geval moeten worden bekeken in hoeverre deze ook (commercieel) haalbaar zijn.

5.1 Vermindering vordering

Hoewel de schikkende schuldenaar door toepassing van art. 6:14 BW in beginsel kan rekenen op een meer definitieve oplossing voor het geschil, kan in het bijzonder in massascha-

16. In Nederland is art. 19 van de Richtlijn Kartelschade geïmplementeerd in art. 6:193o BW. Conform de MvT verschaft art. 6:193p BW de bij de schikking betrokken inbreukpleger ‘de zekerheid dat hij na de schikking noch door de benadeelde met wie hij schikt, noch door de niet bij de schikking betrokken inbreukplegers wordt aangesproken’.

17. 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).

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

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

de zaken de vraag naar de verdeling van de (interne) aansprakelijkheid een complicerende factor zijn. Het antwoord op deze vraag staat ten tijde van het aangaan van een schikking vaak niet zonder meer vast.²⁰ 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. Wanneer de vorderingen van de schikkende schuldeisers bijvoorbeeld zouden worden vermindert 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 ieder van de overige hoofdelijke schuldenaren hem niet raken. Het risico op regresvorderingen wordt daarmee beperkt.

De schikkende schuldenaar doet er verder goed aan de vermindering betrekking te laten hebben 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 zou de schikkende schuldenaar zich verder kunnen afvragen 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.²¹ De schikkende schuldenaar loopt dus mogelijk het risico dat hij (ook) voor dit deel wordt aangesproken. Door de bijkomende aansprakelijkheid die voortvloeit uit art. 6:13 BW ook onder het bereik van de verminderingsverplichting te brengen, zou de schikkende schuldenaar kunnen bewerkstelligen dat hij ook hiertegen wordt beschermd.

Terug naar het voorbeeld. Claimvehikel A heeft zich jegens onderneming X verbonden zijn vorderingen op de overige betrokken ondernemingen te verminderen met het vermeen-

de aandeel van onderneming X. Indien een van de drie overige betrokken ondernemingen ten aanzien van haar aandeel in de totale schade (gemakshalve aannemende dat dit aandeel eveneens € 50 miljoen bedraagt) geen verhaal biedt, zal het onverhaalbaar gebleven aandeel voor rekening komen van ieder van de overige hoofdelijke schuldenaren, waaronder onderneming X. Aannemende dat ook het aandeel van de overige betrokken ondernemingen gelijk is, zal onderneming X, gelet op het bepaalde in art. 6:13 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 verminderingsverplichting van de schikkende schuldeisers brengt.

Ook ten aanzien van bijkomende kosten met betrekking tot de schikkende schuldenaar lijkt een ruime formulering van de verminderingsverplichting 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 wetgeschiedenis dat daaronder in ieder geval proceskosten vallen die een hoofdelijke schuldenaar heeft gemaakt in het kader van gezamenlijk verweer tegen hun schuldeisers.²² Wanneer de schikkende schuldeisers, gelet op de formulering van de verminderingsverplichting, worden verplicht 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.

Tot slot zou nog kunnen worden bedacht dat posities over de omvang van het aandeel van de schikkende schuldenaar kunnen verschillen. De schikkende schuldeisers hebben er belang bij het aandeel zo klein mogelijk te houden, terwijl de overige hoofdelijke schuldenaren er belang bij hebben het aandeel zo groot mogelijk te doen voorkomen. In de praktijk proberen partijen de omvang van het aandeel van een hoofdelijke schuldenaar vaak aan te tonen door middel van expertrapporten, waarvoor specifieke feitelijke informatie is vereist. Dit is een potentieel aandachtspunt voor zowel de schikkende schuldeisers als de schikkende schuldenaar in het kader van het opstellen van de schikkingsovereenkomst. Vanuit het perspectief van de schikkende schuldeisers kan dit betekenen dat deze erop moeten toezien dat in de schikkingsovereenkomst voldoende aandacht wordt besteed aan het verkrijgen van de relevante feiten en achtergrondinformatie die nodig zijn om een debat over het aandeel van de schikkende schuldenaar op een

20. Kortmann 2010, p. 1170.

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

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

later moment inhoudelijk te kunnen voeren. Ook vanuit het perspectief van de schikkende schuldenaar is informatiever-schaffing tussen de schikkende schuldeisers en de overige hoofdelijke schuldenaren mogelijk relevant om risico's te mitigeren. Als de schikkende schuldeisers deze informatie later in een procedure tegen de overige hoofdelijke schuldenaren inbrengen, neemt dit mogelijk de noodzaak weg voor exhibitievorderingen (bijvoorbeeld van de overige hoofdelijke schuldenaren) jegens de schikkende schuldenaar.

5.2 Derdenbeding en afstand

Ter versterking van de werking van het beding ex art. 6:14 BW zou de schikkende schuldenaar expliciet in de schikkingsovereenkomst kunnen opnemen dat sprake is van een derdenbeding ten behoeve van de overige hoofdelijke schuldenaren (in de zin van art. 6:253 BW).²³ 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 de aansprakelijkheid dat de schikkende schuldenaar betreft.²⁴ Zij kunnen daaraan een zelfstandig verweermiddel ontleen en hoeven zich niet tot de schikkende schuldenaar te wenden.²⁵ 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 ook bij het derdenbeding passend, zodat het beding kan worden ingeroepen door zowel bekende als onbekende hoofdelijke schuldenaren.²⁶

Ter verdere versterking van de positie van de schikkende schuldenaar zou in de schikkingsovereenkomst kunnen 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.

5.3 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 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.²⁷ 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 het mechanisme van art. 6:14 BW weliswaar ook in een aantal andere rechtsstelsels niet onbekend is, is de werking daarvan naar vreemd materieel recht niet zonder meer vanzelfsprekend.²⁸ Mocht het zo zijn dat er jurisdicties zijn waarin de werking van het in art. 6:14 BW neergelegde mechanisme 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 mogelijk 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 niet de beoogde werking heeft) voor risico van de schikkende schuldeisers komen.

De vrijwaring kan daarnaast mogelijk 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 schikkende schuldenaar zich in het buitenland tegen hoge kosten moet verweeren tegen de overige hoofdelijke schuldenaren, die zich in weerwil van de verminderde vordering en het derdenbeding 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.

23. 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. GS Verbintenissenrecht, art. 6:253 BW, aant. 2 e.v.; een beding ex art. 6:14 BW dat qua bewoordingen overeenkwam met de wettelijke bepaling werd overigens al eens gekwalificeerd als derdenbeding, zie Hof Leeuwarden 17 juli 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX1954.

24. 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.

25. Van Boom 2016, p. 190.

26. Het is niet noodzakelijk dat de onbekende partijen 'bepaaldelijk' zijn aangewezen, zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/572.

27. Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/692.

28. 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.

5.4 Nakoming verplichtingen

Partijen zullen in de schikkingsovereenkomst afspraken moeten maken over de toepassing van art. 6:14 BW. Voor de werking van het daarin neergelegde mechanisme en beperking van het risico op regresvorderingen is de schikkende schuldenaar afhankelijk van de acties van de schikkende schuldeisers. Uit art. 6:14 BW volgt 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 mee 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 zou kunnen bijdragen aan het bereiken van finaliteit. Hoewel uiteraard tevens andere verplichtingen van de schikkende schuldeisers denkbaar zijn (zoals bijvoorbeeld het verlenen van medewerking aan de verdediging), 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 diverse factoren of de schikkende schuldeisers bereid zijn in te stemmen met bedingen die afbreuk doen aan hun verhaalspositie.

Het is 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, zou het de voorkeur kunnen hebben 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 bijvoorbeeld 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 onderhandelingspositie 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.

6 Conclusie

In een wereld waarin partijen die schade hebben geleden in toenemende mate bereid zijn daarover te procederen en daarbij steeds vaker worden aangemoedigd door commerciële claimvehikels, doen ondernemingen er goed aan zich over hun strategische positie te beraden. Een substantiële massaschadeclaim kan aanzienlijke impact hebben op een onderneming en de continuïteit van haar bedrijfsvoering. Als een onderneming ervoor kiest om een potentieel schikkingstraject in te gaan, dan kan dat leiden tot een vroegtijdige afhandeling van het geschil en beperkt zij daarmee haar *exposure*. Vaak is een schikking echter alleen aantrekkelijk wanneer deze ook werkelijk tot een finale oplossing leidt.

In een situatie waarin meerdere ondernemingen hoofdelijk aansprakelijk worden gehouden voor dezelfde schade, is de afhandeling van de aansprakelijkheid ten opzichte van de overige hoofdelijke schuldenaren van belang voor het bereiken van de beoogde finaliteit. In deze bijdrage is aandacht besteed aan het mechanisme dat is neergelegd in art. 6:14 BW, dat bijdraagt aan het bewerkstelligen van een finale oplossing met betrekking tot deze interne aansprakelijkheid. Een schikkingsovereenkomst biedt een onderneming de ruimte om een *tailormade* oplossing te vinden, die zo veel mogelijk tegemoetkomt aan haar eigen belangen. De effectiviteit van het mechanisme van art. 6:14 BW is echter afhankelijk van diverse factoren en vergt 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 het onderhandelen over een schikkingsovereenkomst kan finaal pas écht finaal worden.