



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Nemo condicit rem suam: over de samenloop tussen de rei vindicatio en de condictio

Wal, T.B.D. van der

Citation

Wal, T. B. D. van der. (2019, February 12). *Nemo condicit rem suam: over de samenloop tussen de rei vindicatio en de condictio*. Meijers-reeks. Boom Juridisch. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/68751>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/68751>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/68751> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Wal, T.B.D. van der

Title: Nemo condicit rem suam: over de samenloop tussen de rei vindicatio en de condictio

Issue Date: 2019-02-12

§ 5.1 INLEIDING

Zowel in de Franse Code civil van 1804 als in de Nederlandse Burgerlijke Wetboeken van 1838 en 1992 leeft de *condictio* voort. In tegenstelling tot de Duitse en Zwitserse codificaties, waarin één algemene verrijkingsaanspraak is neergelegd en daarnaast nog verscheidene afzonderlijke *condictiones* zijn opgenomen,¹ kennen de Franse en Nederlandse codificaties ook een algemene verrijkingsvordering,² maar daarnaast slechts één *condictio*, te weten de *condictio indebiti*, die is neergelegd in bepalingen over de ‘action en répétition de l’indu’³ en de vordering uit onverschuldigde betaling.⁴ Beide wetboeken staan hiermee in de traditie van de Justiniaanse Instituten, waarin de onverschuldigde betaling afzonderlijk wordt genoemd, in aansluiting op de, eveneens reële, verbintenis van de verbruiklener.⁵ In navolging van deze indeling bespreekt Robert-Joseph Pothier (1699–1772) in zijn *Traité de l’action condictio indebiti*, onder verwijzing naar een tekst van Gaius in de Digesten,⁶ de verbintenis uit *mutuum*, en in aansluiting daarop de verbintenis uit *promutuum*, waarbij een verplichting bestaat tot restitutie van een hoeveelheid geld of andere fungibele zaken die onverschuldigd is overgedragen.⁷

1 *Supra*, p. 144, n. 25 sq. en p. 161, n. 109.

2 Zie nader in § 5.2, *infra*, p. 171.

3 Tot 1 oktober 2016 golden art. 1235 en 1376–1381 (oud) Cc; zie, voor een Nederlandse vertaling van deze artikelen, art. 1235 en 1376–1381 BBW. Bij de gedeeltelijke hercodificatie van het Franse verbintenissenrecht, door middel van de *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, zijn art. 1235 en 1376–1377 (oud) Cc vervangen door art. 1302–1302-3 Cc over de ‘paiement de l’indu,’ en art. 1378–1381 (oud) Cc door art. 1352–1352-9 Cc, waarin algemene bepalingen over ‘les restitutions’ zijn neergelegd.

4 Art. 1395–1400 OBW; art. 6:203–6:211 BW.

5 I. 3,14,1, *supra*, p. 17, n. 48.

6 D. 44,7,5,3, *supra*, p. 17, n. 48.

7 Pothier, *Traité de l’action condictio indebiti*, nrs. 133, 134, 139. Van Oven, WPNR 4672, p. 166, schrijft daarom dat de Code ‘het Institutenstelsel’ heeft gevolgd.

De *condictio indebiti* heeft evenwel, ten opzichte van de wijze waarop deze actie in het *ius commune* werd opgevat, enige wijzigingen ondergaan. Nu slechts de *condictio indebiti* werd gecodificeerd, diende zich de noodzaak aan om gevallen die traditioneel tot andere *condictiones* werden gerekend, zoals de *condictio ob turpem causam*, onder het toepassingsbereik van de *condictio indebiti* te scharen, die daarom door Van Oven als een ‘moderne *condictio indebiti*’ is betiteld.⁸ Ten eerste kwam het vereiste dat de solvent in dwaling verkeerde te vervallen.⁹ Waar Gaius het als een essentieel kenmerk van de *condictio indebiti* beschouwt dat de solvent met zijn betaling een schuld teniet wenst te laten gaan,¹⁰ is deze wil van de solvent niet langer relevant,¹¹ maar gaat het in het Nederlandse recht om de vraag of ‘hetgeen in concreto is gebeurd, naar zijn objectieve strekking als een prestatie aangemerkt kan worden.’¹² Daarnaast is ook het begrip ‘betaling’ (*solutio*) uitgebreid. Elke prestatie die zonder rechtsgrond wordt verricht, levert een grond op voor de *condictio indebiti*.¹³

Een derde verandering die de moderne *condictio indebiti* heeft ondergaan, is in het huidige verband het meest van belang. De *condictio* wordt tegenwoordig, noch in het Franse, noch in het Nederlandse recht, nog beschouwd als een actie die per definitie op eigendomsoverdracht is gericht. Vanwege het causale stelsel van eigendomsoverdracht zal een solvent in voorkomende gevallen zowel de beschikking hebben over de *rei vindicatio* als de *condictio*. Nu de *condictio* niet langer principieel op eigendomsoverdracht is gericht, zijn beschouwingen die de uitzonderingen verklaren die

8 Zie Van Oven, WPNR 3329, p. 436; zie ook Bregstein, WPNR 4046, p. 263; Asser/Hartkamp & Sieburgh, nr. 421; Zimmermann, OJLS 15, p. 411; Jonkers, *Onwettigheid*, p. 146. Ook Bregstein, WPNR 4046, p. 663, stelt dat ‘alle op een *negotium* steunende *condictiones* van het Romeinse Recht in art. 1395 B. W. zijn terug te vinden.’

9 In Nederland wordt het dwalingsvereiste (*error*) in het geheel niet meer gesteld; zie het krachtige betoog van Diephuis, XI, p. 43–49, tegen dit vereiste, en de verwerping van dit vereiste door de Hoge Raad in HR 20 april 1917, NJ 1917, 600, W 10125, WPNR 2499 (*Balkema/Stegeman*; m.nt. E.M. Meijers). In Frankrijk werd het dwalingsvereiste in de literatuur aanvankelijk nog gesteld; zie Toullier, XI, nr. 60, maar tegenwoordig wordt dwaling, behalve in het geval waarin een solvent per abuis de schuld van een ander heeft voldaan, in welk geval de eis van dwaling logisch voortvloeit uit de regel dat de schuldeiser in dit geval ontvangt waar hij recht op heeft (‘indu subjectif’; zie art. 1302-2, lid 1 Cc; art. 1377, lid 1 (oud) Cc, *infra*, n. 87), niet langer beschouwd als een voorwaarde voor terugvordering; zie Douchy-Oudot: in *Rép civ. Dalloz*, nr. 24, 77; Mazeaud & Chabas, II-1, nr. 658; Zimmermann, OJLS 15, p. 410.

10 G. 3,91, *supra*, p. 17, n. 48.

11 Zie, voor het Franse recht, Douchy-Oudot: in *Rép civ. Dalloz*, nr. 8, en voor het Nederlandse recht, Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, p. 29 sq.

12 Aldus de memorie van antwoord op afdeling 6.4.2 over de onverschuldigde betaling; zie PG Boek 6, p. 804; zie ook Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, p. 30–31.

13 Reeds onder het OBW kon de vordering uit onverschuldigde betaling worden ingesteld wanneer de prestatie een *facere* betrof, zoals het verschaffen van huurgenot; zie HR 7 november 1935, NJ 1936, 239 (*Van de Sande/De Zeeuw*; m.nt. E.M. Meijers), *infra*, n. 223; zie ook HR 18 april 1969, NJ 1969, 336 (*Katwijk/Westdijk*; m.nt. G.J. Scholten).

op dit principe bestonden, overbodig geworden. De *condictio furtiva*, waarvan de toepassing in de Duitse pandektistiek nog werd bediscussieerd,¹⁴ is daarmee van het toneel verdwenen – degene die bewust een onverschuldigde betaling in ontvangst neemt,¹⁵ kan op grond van de *condictio indebiti* worden aangesproken.¹⁶

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal hoe de *condictio* zich heeft ontwikkeld van een vordering die traditioneel tegengesteld was aan de *rei vindicatio* – zij het dat op dit principe steeds meer uitzonderingen werden aanvaard voor de *condictio furtiva* en de *condictio possessionis* – tot een vordering die met de *rei vindicatio* kan concurreren, zodat de solvent, zoals uit de parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek blijkt, ‘veelal de keus [heeft] tussen twee mogelijkheden: het goed als rechthebbende van de ontvanger terugvorderen of zijn eis op de onverschuldigdheid van de betaling baseren.’¹⁷ Terwijl de *rei vindicatio* in essentie ongewijzigd is gebleven, is het de veranderde opvatting van de *condictio* geweest die tot samenloop van beide vorderingen heeft geleid.

Na een afbakening van de *condictio* van de algemene verrijkingsacties in Nederland en Frankrijk (§ 5.2), komt de leer van Domat en Pothier aan bod, en de invloed die beide juristen op de Franse Code civil hebben gehad (§ 5.3). Vervolgens gaat de aandacht uit naar het Nederlandse Oud Burgerlijk Wetboek (§ 5.4), en de totstandkoming van het Nieuw Burgerlijk Wetboek (§ 5.5). Net zoals in de vorige twee hoofdstukken het geval is geweest, speelt hierbij de vraag een belangrijke rol hoe de *iusta causa* die is vereist voor eigendoms-overdracht, moet worden geïnterpreteerd. Tot slot wordt een beschouwing gewijd aan enige praktische aspecten van de samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* in het huidige Nederlandse recht (§ 5.6).

§ 5.2 CONDUCTIO EN ALGEMENE VERRIJKINGSVORDERING

In het Franse en het Nederlandse recht bestaat, naast de *condictio indebiti*, ook een ‘algemene’ actie ter ongedaanmaking van een ongerechtvaardigde verrijking. De vraag rijst of deze actie als een *condictio* is te beschouwen en in het onderzoek moet worden betrokken. Dit blijkt niet het geval te zijn.

14 Zie Bruns, *supra*, p. 155, n. 82.

15 D. 13,1,18, *supra*, p. 55, n. 266.

16 Aan de kant van de accipiënt wordt niet langer onderscheid gemaakt naar gelang de vraag of hij in kennis of onkunde verkeerde over het onverschuldigde karakter van de betaling; art. 1376 (oud). Art. 1302-1 Cc maakt dit duidelijk door te spreken van ‘Celui qui reçoit par erreur ou sciemment [...]’.

17 Memorie van antwoord aan de Tweede Kamer bij art. 6.4.2.6a (art. 6:208 BW), PG Boek 6, p. 815.

Waar de Cour de cassation reeds in 1892 in ruime bewoordingen een buitenwettelijke actie tot ongedaanmaking van een 'enrichissement sans cause' aanvaardde,¹⁸ is de Hoge Raad niet tot de formulering van een algemene verrijkingsactie gekomen. In 1959 erkende de Hoge Raad weliswaar de mogelijkheid van een buitenwettelijke (verrijkings)vordering, mits deze in het stelsel van de wet paste en aansloot bij de wel in de wet geregelde gevallen, maar wees hij in het concrete geval een verrijkingsvordering af van een aannemer die op andermans grond had gebouwd.¹⁹ Nederland kent pas sinds de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1992 een algemene verrijkingsvordering waarmee iemand tot de hoogte van zijn verarming diegene tot vergoeding van zijn schade kan aanspreken die zich ten koste van hem ongerechtvaardigd heeft verrijkt.²⁰ Aan de invoering van deze vordering ging een debat vooraf waarbij het betoog van Marcel Henri Bregstein (1900–1957) voor een actie ter ongedaanmaking van 'ongegronde vermogensvermeerdering' in het bijzonder van belang is geweest.²¹ Eduard Maurits Meijers (1880–1954), de oorspronkelijke ontwerper van het nieuwe wetboek, heeft vervolgens aan de Tweede Kamer een vraagpunt voorgelegd over de wenselijkheid om in een algemeen artikel de schadevergoedingsplicht te regelen van degene die ten koste van een ander was verrijkt,²² en dit heeft tot het huidige art. 6:212 BW geleid. Sinds 1 oktober 2016 kent ook de Code civil een wettelijke basis voor de verbintenis tot ongedaanmaking van een 'enrichissement injustifié'.²³ Beide wetboeken zijn elkaar dicht genaderd, nu de Code deze vordering, net zoals in het Burgerlijk Wetboek, in aansluiting op de zaakwaarneming en de onverschuldigde betaling bespreekt in een 'sous-titre' over de quasi-contractuele bronnen van verbintenissen ('quasi-contrat').²⁴

18 Cour de cassation 15 juni 1892, *Recueil périodique et critique Dalloz* 1892.1.596, *Recueil général Sirey* 1893.1.281 (*Julien Patureau-Miran c. Boudier*, m.nt. J.E. Labbé).

19 HR 30 januari 1959, *NJ* 1959, 548 (*Quint/Te Poel*, m.nt. D.J. Veegens).

20 Art. 6:212, lid 1 BW: 'Hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, is verplicht, voor zover dit redelijk is, diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking.'

21 Zie de dissertatie van Bregstein uit 1927 getiteld *Ongegronde vermogensvermeerdering* en zijn artikelen in *WPNR* 4043–46 en 4300. Zie nader, *infra*, bij n. 208.

22 PG Boek 6, p. 823. Zie over de voor- en ontstaansgeschiedenis van art. 6:212: Gerdes, *Derdenverrijking*, p. 17–88.

23 Art. 1303 Cc: 'En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement.'

24 Zie Titre III over 'Des sources d'obligation,' en Sous-titre III over de 'Autres sources d'obligations,' die is onderverdeeld in bepalingen over 'La gestion d'affaires' (art. 1301 Cc), 'Le paiement de l'indu' (art. 1302 Cc) en 'L'enrichissement injustifié' (art. 1303 Cc). Zie in het BW titel 6.4 over de 'Verbintenissen uit andere bron dan onrechtmatige daad of overeenkomst,' waarin achtereenvolgens de zaakwaarneming (art. 6:198 sq. BW), de onverschuldigde betaling (art. 6:203 sq. BW), en de ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) zijn opgenomen.

Noch de Franse vordering uit 'enrichissement sans cause,' noch de Nederlandse vordering uit ongerechtvaardigde verrijking is te beschouwen als een uitwerking van de Romeinsrechtelijke *condictio*. In het Franse recht werd de verrijkingsvordering eerst en vooral gebaseerd op de *actio de in rem verso*, een actie die in het klassieke Romeinse recht een heel specifieke toepassing had gekend,²⁵ maar in de literatuur over de Code civil werd gezien als uitdrukking van de billijkheidsregel dat niemand zich ten koste van een ander mag verrijken.²⁶ De reden dat de 'enrichissement sans cause' niet op de *condictio* kon worden gebaseerd, was gelegen in het feit dat de *condictio indebiti* in zijn toepassing beperkt werd door het vereiste van een *negotium contractum* tussen de solvent en de accipiënt.²⁷ Aan dit vereiste was niet voldaan in het geval dat een aannemer of leverancier, vanwege insolventie van zijn contractspartij, de grondeigenaar wiens vermogen door natrekking was vermeerderd, wenste aan te spreken.²⁸ Ook in Nederland kan de gecodificeerde vordering uit ongerechtvaardigde verrijking niet worden opgevat als een afgeleide van de *condictio*. De betreffende passage in de Parlementaire Geschiedenis refereert niet aan de *condictio*, maar aan de ontwikkeling in, onder andere, Frankrijk, waar de algemene verrijkingsvordering niet tot 'ernstige bezwaren' zou hebben geleid.²⁹ De Toelichting Meijers doet daarnaast ook een beroep op het 'oud-vaderlandse recht,' dat reeds een 'algemene vordering wegens baattrekking zonder rechtsgrond' zou hebben gekend, zoals de door Grotius beschreven verbintenissen uit 'baet-trekking'.³⁰

- 25 De *actio de in rem verso*, opgenomen in titel D. 15,3, kon worden ingesteld door de wederpartij van een slaaf of gezagsonderworpen zoon. Wanneer de wederpartij uitvoering had gegeven aan het contract, maar de gezagsonderworpene niet, kon de meester of *pater familias* slechts op grond van het contract worden aangesproken als hij dit contract geratificeerd had. Als de baten van het contract echter in diens vermogen waren gevloeid, kon de wederpartij hem tot restitutie aanspreken tot de hoogte van zijn verrijking. Deze actie werd in het *ius commune* aangegrepen om een algemene verrijkingsvordering tot ontwikkeling te brengen; zie Hallebeek, *Unjust Enrichment*, p. 60; Zimmermann, *Obligations*, p. 879–80, 83–84; *OJLS* 15, p. 409; Zwalve, *NTBR* 12, p. 159–60.
- 26 Zie Aubry & Rau, VI⁴, § 578, uit 1873, welk handboek een bewerking is van Zachariä/Anschütz, III⁵, p. 449, uit 1853, waarin reeds de basis voor dit betoog wordt gelegd. Dit neemt overigens niet weg dat de *condictio* een rol speelde in de voorgeschiedenis van de verrijkingsactie; zoals Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, p. 80, 91, uiteenzet, haakt Cujacius bij de ontwikkeling van een verrijkingsactie nog wel aan bij de *condictio possessionis*, maar Dumoulin niet meer.
- 27 Zo ontzegt Julianus de *condictio* aan degene die, zonder dat er sprake was van een *negotium*, op andermans grond had gebouwd; zie de eerste helft van D. 12,6,33 (Julianus). Het vereiste van een *negotium contractum* was overigens niet een essentieel kenmerk van alle *condictiones*: de *condictio furtiva* voldeed niet (steeds) aan deze voorwaarde; zie Zimmermann, *Obligations*, p. 854.
- 28 Planiol & Ripert, VII, nr. 752, p. 48: 'Les *condictiones* du droit romain, qui sont à l'origine de notre action en répétition de l'indû, supposaient que le paiement était fait en exécution d'un *negotium*.'
- 29 PG Boek 6, p. 823; zie ook p. 829, waar wordt verwezen naar de ontwikkeling in Duitsland, Zwitserland en Italië.
- 30 Grotius, *Inleidinge*, III,30,1. Zie ook Van Oven, *WPNR* 4672, p. 165 sq.; Feenstra, *Unjust Enrichment*, p. 200–207; Hallebeek, *RLR* 10, p. 98–99; Jansen, *SZ* 120, p. 137–43.

In zijn *Inleidinge* uit 1631 bespreekt Grotius vier gevallen die aanleiding geven tot een 'verbintenis uit baet-trecking' waarbij hij zich baseert op de Romeins-rechtelijke *condictiones*. De uiteenzetting eindigt met een formulering van de vordering tot 'weder-eissching van alle 't gunt andersins zonder gheven, betalen ofte belooven, aen iemand is gekomen uit eens anders goed buiten rechtelicke oorzaak.'³¹ In de literatuur is het vermoeden geuit dat Grotius hiermee een op het natuurrecht gebaseerde algemene verrijkingsvordering formuleert.³²

Ondanks het feit dat de vordering uit baattrekking bij Grotius voortkomt uit de *condictio*, kan de huidige vordering uit ongerechtvaardigde verrijking niet meer worden beschouwd als een (uitwerking van) de *condictio*. In het Romeinse recht was het beginsel dat niemand zich ongerechtvaardigd ten koste van een ander mocht verrijken verwoord door Pomponius,³³ maar schending van dit beginsel leidde niet in het algemeen tot de beschikbaarheid van een *condictio*. De *condictio* was weliswaar een uniforme, abstract geformuleerde actie die in tal van gevallen toepassing vond, maar dit neemt niet weg dat de gevallen waarin een eiser de *condictio* kon instellen door de Romeinse juristen nauwkeurig waren omschreven. De opvatting dat degene die ten koste van een ander ongerechtvaardigd is verrijkt, in het algemeen met de *condictio* aansprakelijk is, welke mogelijkheid voortvloeit uit Grotius' baattrekkingsactie, vindt men in de klassieke bronnen niet terug. Pas sinds de glossatoren heeft men in het verrijkingsprincipe van Pomponius de grondslag gezien van het gehele verrijkingsrecht.³⁴ De in 1992 gecodificeerde vordering uit ongerechtvaardigde verrijking geeft, binnen de grenzen van de redelijkheid, een schadevergoedingsactie aan een verarmde partij tegen degene die ten koste van hem een verrijking heeft genoten, en zo voorziet in die gevallen waarin de *condictio* geen uitkomst biedt.

De vraag of een bepaalde vordering als opvolger van de Romeinsrechtelijke *condictio* is te beschouwen, kan niet uitsluitend afhankelijk worden gemaakt van de vraag hoe deze vordering in een bepaald rechtstelsel wordt betiteld. Zo aanvaarden de Zwitserse, Duitse, Franse en Nederlandse wetboeken tegenwoordig alle een algemene verrijkingsvordering. Men vergelijk het Zwitserse Obligationenrecht, dat een actie toekent tegen degene die 'in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist,' en de Franse Code civil, die 'celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui' aansprakelijk stelt.³⁵ Waar men deze vordering in Zwitserland betitelt als een 'Kondiktion,'³⁶ ziet men de algemene verrijkingsvordering in Frankrijk, zoals

31 Grotius, *Inleidinge*, III,30,18.

32 Zimmermann, *Obligations*, p. 886; Feenstra, *Unjust Enrichment*, p. 206.

33 *Supra*, p. 46, n. 229.

34 Coing, SZ 80, p. 396 sq.; Feenstra, *AÜHFD* 29, p. 289 sq.; Zimmermann, *Obligations*, p. 873–74.

35 Art. 62, lid 1 OR, *supra*, p. 144, n. 25; art. 1303 Cc.

36 Schulin, in: BSK. OR I, Art. 62 OR, nr. 1: 'Die Kondiktion dient dem Ausgleich eines ungerechtfertigten Empfangs.'

gezegd, als toepassing van de *actio de in rem verso*. Het zou niet juist zijn om de wijze waarop deze artikelen in de literatuur worden betiteld, bij een afbakening van het onderwerp doorslaggevend te achten. Men bedenke bovendien dat wat in het Duitse en Zwitserse recht doorgaat als 'Kondiktion' twee te onderscheiden zaken omvat: enerzijds de 'Leistungskondiktion,' die ontstaat op grond van een bewuste en doelgerichte vermogensvermeerdering, waaronder inderdaad de *condictiones* kunnen worden geschaard,³⁷ en de 'Nichtleistungskondiktion,' die beschikbaar is in gevallen waarin een verrijking 'in sonstiger Weise' is ontstaan,³⁸ en die niet direct uit de Romeinse *condictiones* voortvloeit.

In het kader van de discussie over de algemene verrijkingsvordering is de vraag gesteld of de *condictio* moet worden beschouwd als *species* van de verrijkingsvordering.³⁹ In Nederland is dit, zelfs nog vóór invoering van de algemene verrijkingsvordering, door Bregstein betoogd.⁴⁰ Als dit het geval zou zijn, dan zou de beschikbaarheid van de *condictio* afhankelijk zijn van de eisen die aan de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking kunnen worden gesteld, waaronder de vraag of de gedaagde als 'verrijkt' kan worden aangemerkt. Nog afgezien van het feit dat deze vraag historisch gezien het paard achter de wagen spant – de *condictio* is ouder dan de algemene verrijkingsvordering, en is, zeker nu zij een zelfstandige plaats in de verschillende burgerlijke wetboeken heeft behouden, niet afhankelijk van de eisen die aan de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking worden gesteld – is deze vraag, zo gesteld, voor verschillende uitleg vatbaar. In het kader van een onderzoek naar de samenloop met de *rei vindicatio*, verdient de vraagstelling: 'beoogt de *condictio* eigendomsoverdracht?' dan ook de voorkeur boven de vraag: 'is de *condictio* een verrijkingsactie?' Deze laatste vraagstelling is dubbelzinnig omdat de term 'verrijking' op verschillende wijzen kan worden gedefinieerd. In het geval dat de accipiënt slechts het bezit van een zaak heeft verkregen, kan men immers zowel betogen dat de accipiënt niet is verrijkt, omdat hij geen eigenaar is geworden,⁴¹ als dat de accipiënt weliswaar geen eigenaar is geworden, maar toch met dit *bezit* is verrijkt.⁴² Verdedigt men deze laatste opvatting, dan is de *condictio* een 'verrijkingsactie' die toch met de *rei vindicatio* kan samenlopen. De term 'verrijking' dient daarom met

37 Linssen, *Voordeelsafgifte*, p. 15.

38 § 812 I BGB.

39 Zie hierover: Verhagen, *RLR* 12, p. 146 sq.

40 Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, p. 147.

41 In die zin: Bruns, *supra*, p. 155, n. 81, die de *condictio possessionis* nota bene heeft bepleit; zie ook Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, p. 37: 'Omdat het goed niet van rechthebbende is veranderd, is de betaler niet verarmd en de ontvanger niet verrijkt.'

42 In die zin: Verhagen, *RLR* 10, p. 147: '[T]here has been a shift of value (the transfer of possession) and the *condictio indebiti* is used to redress this shift of value (retransfer of possession). Where the thing itself cannot be given back, the defendant's liability is determined by his enrichment.' Zie ook Damminga, *Ongerechtvaardigde verrijking*, p. 222.

voorzichtigheid te worden gebruikt.⁴³ Door de vraag te stellen of de *condictio* al dan niet op eigendomsoverdracht is gericht, kan deze dubbelzinnigheid worden voorkomen. Zo treedt de vraag of samenloop met de *rei vindicatio* mogelijk is het duidelijkst naar voren.⁴⁴

Men zou de zin van de vraagstelling of de *condictio* al dan niet op eigendomsoverdracht is gericht wellicht in twijfel kunnen trekken door te wijzen op het feit dat de accipiënt soms aansprakelijk blijft, ook nadat de onverschuldigd betaalde zaak teniet is gegaan. Als de accipiënt toerekenbaar is tekort geschoten in de nakoming van de op hem rustende ongedaanmakingsverbintenis, dient hij immers de schade van de solvent te vergoeden.⁴⁵ De *condictio* leidt in dit geval niet tot retro-overdracht van de zaak, zodat men zou kunnen denken dat de vraag of de *condictio* op eigendomsoverdracht is gericht, reeds om die reden ontkenkend dient te worden beantwoord.⁴⁶ Toch betreft het hier slechts een schijnbare tegenwerping. De vraag of de *condictio* in eerste instantie, dat wil zeggen voor het tenietgaan van de zaak, al dan niet op eigendomsoverdracht was gericht, is immers nog niet beantwoord. Ook in het Romeinse recht was het mogelijk dat de accipiënt na het tenietgaan van de zaak aansprakelijk bleef vanwege de fictie dat het verzuim de verbintenis bestendigde, ook al was nakoming onmogelijk geworden.⁴⁷ Maar dat nam niet weg dat de *condictio* in beginsel, de uitzondering voor diefstal daargelaten, wel degelijk op eigendomsoverdracht was gericht. De vraagstelling of de *condictio* op eigendomsoverdracht is gericht is dus wel degelijk zinvol.

Na deze algemene opmerking over de afbakening van de *condictio* van de algemene vordering uit ongerechtvaardigde verrijking te hebben gemaakt, kunnen wij de rechtshistorische draad weer oppakken bij de ontwikkeling van het Franse recht.

43 Hierna komt de term 'verrijking' met name aan de orde in het kader van Bregsteins opvatting dat de *condictio* een toepassing is van de verrijkingsactie, *infra*, p. 208, onder IV.

44 Onder deze dubbelzinnigheden valt niet het feit dat de accipiënt die de eigendom van een zaak heeft verkregen, per saldo niet is verrijkt, omdat op hem ook een aansprakelijkheid is komen te rusten tot ongedaanmaking van deze verrijking. In die zin stelt Grotton, *Unjustified Enrichment*, p. 573–74: 'This is a claim in unjustified enrichment [...]. But have I been enriched? Is my estate, my patrimony, larger than it was before I had the money? The answer is no [...]. I acquired an asset, but I also acquired a matching and identical liability. My net estate was unchanged.' Men dient dit evenwel zo te zien, zoals Grotton ook toegeeft, dat de accipiënt door de toename van zijn vermogen is verrijkt, en blijvend zou worden verrijkt als de wet aan deze verrijking geen verdere gevolgen zou verbinden. De vraag of zich een verrijking heeft voorgedaan moet dus worden beoordeeld op het moment dat het vermogen van de accipiënt is vermeerderd, waarbij de verplichting tot ongedaanmaking van deze verrijking tijdelijk wordt weggedacht.

45 Art. 6:203, jo. 6:74 BW. Zie Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, p. 157 sq.

46 Ook zou men kunnen wijzen op het feit dat het toepassingsgebied van de vordering uit onverschuldigde betaling zich uitstrekt tot prestaties die niet bestaan in het geven van een goed, zie art. 6:210, lid 1 BW.

47 *Supra*, p. 32, n. 146.

§ 5.3 FRANS RECHT

§ 5.3.1 Inleiding

De werken van Jean Domat (1625–1696), ‘le précurseur du Code civil,’ en van Robert-Joseph Pothier (1699–1772), ‘le père du Code civil,’ hebben de Code civil van 1804 in belangrijke mate beïnvloed. Een bespreking van de rechtsleer van beide juristen is van belang gezien het verschil tussen de consensuele, door het natuurrecht geïnspireerde, leer van Domat, en de traditionele leer van Pothier, die in sterkere mate op het Romeinse recht is gebaseerd. Dit verschil komt tot uiting in het kader van de vereisten die voor eigendoms-overdracht worden gesteld en de vraag naar de gevolgen van beide opvattingen voor de plaats van de *condictio* in het vermogensrechtelijke systeem. Na een bespreking van Domat (§ 5.3.2) en Pothier (§ 5.3.3) volgt een blik op de *condictio* in de Code civil (§ 5.3.4) en wordt ingegaan op de situatie dat de onverschuldigd betaalde zaak onder een derde is komen te berusten (§ 5.3.5).

§ 5.3.2 Domat

In *Les lois civiles dans leur ordre naturel* uit 1689 en bepaalt Domat dat een koopovereenkomst door enkele wilsovereenstemming tot stand komt:

‘Les conventions s’accomplissent par le consentement mutuel donné et arrêté réciproquement. Ainsi, la vente est accomplie par le seul consentement, quoique la marchandise ne soit pas délivrée, ni le prix payé.’⁴⁸

De vraag rijst nu op welk moment de eigendom overgaat. Volgens het Romeinse recht was ook een levering (*traditio*) vereist en inderdaad stelt Domat dat eigendom door middel van een levering (‘*délivrance*’) overgaat.⁴⁹ Met betrekking tot onroerende goederen was het evenwel gebruikelijk dat een notaris in een koopovereenkomst een clausule opnam, de ‘*clause de des-saisine-saisine*’ of ‘*clause de précaire*’ genoemd, waarin hij verklaarde dat de verkochte zaak was geleverd. In feite was deze clausule een toepassing van het Romeinsrechtelijke *constitutum possessorium*, op grond waarvan de voor eigendomsoverdracht noodzakelijke feitelijke leveringshandeling kon worden vervangen door een overeenkomst waarin de tradent verklaarde dat hij de zaak voor de accipiënt zou gaan houden. Domat nu stelt dat elke koopovereenkomst, zelfs al bevatte deze niet een ‘*clause de précaire*,’ geacht moest worden zo’n clausule te bevatten:

48 Domat, I, livre 1, titre 1, section 1, nr. 8; zie ook Domat, I, livre 1, titre 2, section 1, nr. 2: ‘La vente s’accomplit par le seul consentement, quoique la chose vendue ne soit pas encore délivrée, ni le prix payé.’ Zie hierover Zimmermann, *Obligations*, p. 567; Van Vliet, *Transfer of movables*, p. 78, n. 21.

49 Domat, I, livre 1, titre 2, section 2, nr. 10, onder verwijzing naar C. 2,3,20, waaruit blijkt dat eigendom ‘*non nudis pactis*’ overgaat; ook aangehaald door Van Vliet, *Transfer of movables*, p. 78, n. 21.

‘Si la clause de précaire a été omise dans un contrat de vente d’un immeuble, elle y est sous-entendue pour l’effet de mettre l’acheteur en droit de prendre possession, si les lieux sont libres; car la vente transférant la propriété, elle renferme le consentement du vendeur, que l’acheteur se mette en possession.’⁵⁰

Door de fictieve opname van een ‘clause de précaire’ in elke koop van een onroerende zaak, kent Domat, in overeenstemming met de natuurrechtelijke leer, een zo groot mogelijk gewicht toe aan de wil van partijen. Door de uitzondering van de ‘clause de précaire’ tot regel te verheffen holt hij het leveringsvereiste uit en kent hij, althans voor onroerende zaken, *de facto* goederenrechtelijke gevolgen toe aan de totstandkoming van de overeenkomst zelf.⁵¹ In dit ‘consensuele’ stelsel van eigendomsoverdracht concentreert de vraag of eigendom overgaat zich dus op de vraag of sprake is van een geldige overeenkomst die tot overdracht verplicht. Een consensueel stelsel impliceert, nu het contract hét criterium is op grond waarvan moet worden beoordeeld of eigendom overgaat, een titelbegrip waarbij de titel in obligatoire zin geldig dient te zijn. Als de titel in obligatoire zin ongeldig is, kan er geen sprake zijn van eigendomsoverdracht.⁵²

De vraag rijst vervolgens naar de goederenrechtelijke gevolgen van een onverschuldigde betaling. In de rubriek over ‘ceux qui reçoivent ce qui ne leur est pas dû, ou qui se trouvent avoir la chose d’autrui sans convention,’ stelt Domat:

‘Celui qui reçoit un paiement de ce qui ne lui est pas dû, quand même il croirait de bonne foi qu’il lui serait dû, et que celui qui paie le penserait de même, n’acquiert aucun droit sur ce qui lui est payé de cette manière, mais il doit le rendre.’⁵³

Blijkens dit citaat heeft de accipiënt van de onverschuldigde betaling volgens Domat ‘geen enkel recht’ (‘aucun droit’) op de onverschuldigd betaalde zaak verkregen. Op hem rust de verplichting om deze zaak terug te geven (‘il doit le rendre’).⁵⁴ Men zou verwachten dat Domat aan de solvent, die

50 Domat, I, livre 1, titre 2, section 2, nr. 8; zie ook Zwolve, *GEPR*, p. 280.

51 De bepaling van Domat heeft in eerste aanleg betrekking op onroerende zaken (‘immeubles’); voor roerende zaken bepaalt Domat in no. 6 van dezelfde section dat de verkochte zaak kan worden geleverd door de wil van partijen (‘par la seule volonté du vendeur et de l’acheteur, si le transport ne pouvait se faire’), maar gaat hij niet zover een *constitutum possessorium* in de overeenkomst te lezen, wanneer partijen hier niets over bepaald hebben.

52 Van Oven, *Praeadvies*, p. 62, 73; Van Vliet, *Transfer of movables*, p. 194, 196; Zwolve, *GEPR*, p. 290.

53 Domat, I, livre 2, titre 7, section 1, nr. 1.

54 Aan het woord ‘rendre’ zelf kunnen geen goederenrechtelijke conclusies worden verbonden, nu zowel Domat als Pothier dit woord ook in de goederenrechtelijk-gezien neutrale betekenis gebruiken van het teruggeven van een zaak door een houder aan de eigenaar, waarbij zich geen vermogensverschuiving voordoet; zie Domat, I, livre 2, titre 7, inleiding: ‘Ainsi, celui qui trouve une chose perdue, doit la rendre au maître.’ Zie ook Domat, I, livre 2, titre 7, section 1, nr. 8. Zie Pothier, *Traité du contrat de dépôt*, nr. 1: ‘Le dépôt est un contrat par lequel l’un des contractants donne une chose à garder à l’autre, qui s’en charge gratuitement, et s’oblige de la rendre lorsqu’il en sera requis.’

kennelijk eigenaar is gebleven, in beginsel – dat wil zeggen vóór *consumptio* van de onverschuldigd betaalde zaak – slechts de *rei vindicatio* ter beschikking stelt. Het valt evenwel op dat Domat niet de *rei vindicatio* noemt, maar slechts de *condictio indebiti* behandelt, zonder daarbij een onderscheid te maken tussen de situaties voor en na consumptie.⁵⁵ De beschikbaarheid van de *condictio indebiti* blijkt uit het feit dat Domat de restitutieplicht van de accipiënt geheel behandelt naar aanleiding van de bepalingen in het Corpus Iuris over deze *condictio*.⁵⁶ Impliciet in deze beschouwingwijze is dat de *condictio* samen kan lopen met de *rei vindicatio*, die de tradent, nu de accipiënt geen enkel recht op de zaak heeft verkregen, in beginsel ook tot zijn beschikking moet hebben. Domat legt met zijn consensuele stelsel dus de basis voor een *condictio* die niet meer per definitie op eigendomsoverdracht is gericht. De impliciete consequentie van het betoog van Domat is dat de solvent zich kan bedienen van zowel de *rei vindicatio* als de *condictio*.

§ 5.3.3 Pothier

Ook het werk van Pothier heeft een grote invloed uitgeoefend op de Code civil: de bepalingen over de onverschuldigde betaling in het wetboek zijn geïnspireerd door zijn *Traité de l'action condictio indebiti*.⁵⁷ Waar Domat op natuurrechtelijke gronden in praktische zin afstand doet van de levering als constitutief vereiste voor eigendomsoverdracht, en aan het contract zelf translatief effect toekent, houdt Pothier vast aan de Romeinsrechtelijke leer waarbij een levering wel vereist is.⁵⁸ Pothier legt, net zoals Domat, de nadruk op het belang van de wil van partijen om eigendom over te dragen, maar kent aan deze wilsovereenstemming een geheel andere rol toe, zoals blijkt uit zijn beschouwing over de onverschuldigde betaling:

55 Ten onrechte stelt Pekelharing, *Terugvordering*, p. 34: 'Dat hij [Domat] tegenover den ontvanger van onverschuldigde betaling nu uitsluitend de reivindicatio toestaat en een condictio achterwege laat, is consequent. Het is immers de grondslag der conditiones, dat eischer zijn eigendomsrecht kwijt is [D. 7,9,12].' Domat stelt juist wel een

56 Domat, I, livre 2, titre 7.

57 Ook Toullier, XI, nr. 56, een vroege commentator op de Code, stelt dat de bepalingen over 'les quasi-contrats' in de Code voortbouwen op titel D. 12,6 en het 'petit Traité' van Pothier over de *condictio indebiti*; Toullier stelt: 'Telles sont les sources où le Code a puisé les dispositions que nous allons expliquer.' Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, p. 148, wijst er zelfs op dat het systeem van de Code 'volkomen identiek' is aan de bepalingen in Pothier, *Traité des obligations*, nr. 113, over de 'quasi-contrats.' Zie over de bronnen van de Code ook Lokin & Zwolfe, *Codificatiegeschiedenis*, p. 245.

58 C. 2,3,20.

‘Celui qui paie à quelqu’un par erreur une chose qu’il croit lui devoir, a la volonté de lui en transférer le domaine par la tradition qu’il lui en fait; celui à qui elle est payée, a pareillement la volonté d’en acquérir le domaine: ce concours de leurs volontés suffit, avec la tradition, pour la translation de la propriété. Le paiement fait par erreur contient donc une aliénation que celui qui paie une chose, quoique par erreur, fait de la chose qu’il paie à celui à qui il la paie.’⁵⁹

Uit dit betoog blijkt dat Pothier, naast de beschikkingsbevoegdheid van de tradent, twee vereisten voor eigendomsoverdracht formuleert, te weten wilsovereenstemming tussen de tradent en de accipiënt om eigendom over te dragen én levering. Waar het bij Domat de overeenkomst zélf is die tot eigendomsoverdracht leidt – en waarbij afwezigheid van een geldige obligatoire overeenkomst aan overdracht in de weg staat – stelt Pothier dat de wilsovereenstemming om met de levering eigendom te doen overgaan afdoende is (‘suffit’) voor overdracht. In het systeem van Pothier staat daarom de levering centraal – reden dat men van een traditioneel stelsel spreekt. Een onverschuldigde betaling zal dus, anders dan bij Domat, wél tot eigendomsoverdracht leiden, mits partijen bij de levering hebben gewild eigendom te laten overgaan. De vraag of eigendom overgaat is daarmee onafhankelijk van de geldigheid van de obligatoire rechtstitel die tot overdracht verplicht. Vervolgens rijst de vraag naar het rechtsmiddel dat Pothier ter beschikking stelt aan de solvent die onverschuldigd heeft betaald. Nu de onverschuldigde betaling tot eigendomsoverdracht heeft geleid, staat aan de solvent slechts de *condictio indebiti* ter beschikking:

‘Celui qui l’a payée cesse donc d’en être le propriétaire; il ne peut donc avoir la revendication de cette chose, cette action étant attachée à la propriété de la chose qu’il n’a plus; il n’a que l’action *condictio indebiti* qui naît de l’obligation personnelle que celui à qui la chose a été payée, a, par le paiement, contractée de la lui rendre, laquelle action, selon la nature des actions personnelles, ne se donne que contre celui qui a contracté l’obligation, et ses héritiers, ou autres successeurs universels: il n’a donc aucune action contre les tiers détenteurs de la chose.’⁶⁰

Dat een onverschuldigde betaling inderdaad eigendom doet overgaan, wordt nog onderstreept door de verwijzing naar het verrijkingsbeginsel van Pomponius:

‘Le fondement de cette obligation est cette règle de l’équité naturelle: *Jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento et injuriâ fieri locupletiolem*; l. 206 ff. de R.J. [*De diversis regulis iuris antiqui*].⁶¹ Cette règle ne permet pas que celui qui a reçu une chose qui ne lui était pas due, s’enrichisse par ce paiement, aux dépens

59 Pothier, *Traité de l’action condictio indebiti*, nr. 178. Zie ook Pothier, *Traité des obligations*, nr. 113–115, over de ‘quasi contrats,’ een door Domat overigens niet benoemde categorie van verbintenissen; zie Mazeaud & Chabas, II-1, nr. 644.

60 Pothier, *Traité de l’action condictio indebiti*, nr. 178.

61 D. 50,17,206, *supra*, p. 46, n. 229.

de celui qui lui a fait ce paiement par erreur; et elle l'oblige en conséquence à lui rendre ce qu'il lui a ainsi payé par erreur.⁶²

Waar een onverschuldigde betaling bij Domat dus geen eigendom doet overgaan (de accipiënt 'n'acquiert aucun droit'), is dat bij Pothier *wel* het geval. Pothier staat hiermee in een traditie die teruggaat op het betoog van de glosse dat ook een putatieve titel een *iusta causa* is die tot overdracht kan leiden.⁶³ Dit betoog werd, zoals reeds bleek, overgenomen door Donellus,⁶⁴ en later door Savigny aan de basis gelegd van het leerstuk van de zakelijke overeenkomst.⁶⁵ Pothier stelt weliswaar niet dat het bestaan van de *condictio indebiti* tot aanvaarding van een subjectief titelbegrip leidt, maar het feit dat hij in het *Traité du droit de domaine de propriété*, in overeenstemming met het taalgebruik van de glosse, een 'titre putatif,' voldoende acht voor eigendoms-overdracht, is een aanwijzing dat Pothier dit betoog van de glosse inderdaad voor ogen heeft.⁶⁶

Nu onverschuldigde betaling volgens Pothier leidt tot eigendomsoverdracht, en de *condictio* een persoonlijke actie is die, volgens de beginselen van het Romeinse recht, slechts tegen de accipiënt en zijn opvolgers onder algemene titel kan worden ingesteld, zou men verwachten dat de solvent geen enkele actie heeft tegen een derde aan wie de accipiënt de zaak mocht hebben verkocht, geschonken of gelegateerd. Toch blijkt er één geval te zijn dat, zelfs bij Pothier, aanleiding geeft tot een actie tegen deze derde en daarmee, verrassend genoeg, tot samenloop van de *rei vindicatio* en de *condictio*. Het betreft de situatie waarin de accipiënt de onverschuldigd betaalde zaak aan een derde heeft doorgeleverd. Nadat Pothier heeft gesteld, zoals hierboven bleek, dat de *condictio* slechts van toepassing is tegen degene met wie de accipiënt heeft gecontracteerd, en dus niet tegen de 'tiers détenteur,' voegt hij hier de nuancering aan toe dat dit weliswaar de juiste opvatting is volgens de beginselen van 'het strikte recht,' maar dat hier een uitzondering op mogelijk is:

62 Pothier, *Traité de l'action condictio indebiti*, nr. 140; zie ook nr. 134 met betrekking tot het *promutuum*.

63 *Supra*, p. 100, n. 13.

64 *Supra*, p. 140, n. 3.

65 *Supra*, p. 142, n. 14.

66 Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété*, nr. 230: 'Observez qu'un titre, quoiqu'il ne soit que putatif, suffit pour que la tradition que je vous fais de ma chose en conséquence de ce titre, que je me suis faussement persuadé exister, quoiqu'il n'existe pas, vous en transfère la propriété; j'ai seulement en ce cas, lorsque l'erreur aura été reconnue, une action personnelle contre vous, qu'on appelle *condictio indebiti*, ou *condictio sinè causâ*, pour que vous soyez tenu de me rendre ce que je vous ai donné.' Zie ook nr. 238, waarin Pothier in de Julianus-Ulpianus antinomie in het voordeel van Julianus beslist: eigendom gaat over, ook bij onenigheid tussen te partijen over de *causa*; zie D. 41,1,36, *supra*, p. 86, n. 425.

*'Haec ita stricto jure: mais l'erreur par laquelle il a fait le paiement peut être quelquefois une juste cause pour rescinder ce paiement et l'aliénation qu'il renferme; et pour donner en conséquence à celui qui l'a fait, comme étant (au moyen de cette rescision) réputé propriétaire de la chose, une action utilis in rem pour la revendiquer contre le tiers qui la possède.'*⁶⁷

Volgens een strikte rechtsopvatting, zo betoogt Pothier, mag het dan wel zo zijn dat de solvent geen actie heeft tegen de derde-bezitter, toch komt aan de solvent die in dwaling verkeerde in sommige gevallen een 'action rescisoire' toe die leidt tot het recht om de betaling en de vervreemding ('ce paiement et l'aliénation') ongedaan te maken. De solvent kan daarom zelfs een goederenrechtelijke actie, de *rei vindicatio utilis*, tegen de derde-bezitter instellen.⁶⁸ Deze 'rescision' leidt niet automatisch tot herstel van het voormalige eigendomsrecht van de solvent. De solvent procedeert immers niet als eigenaar, maar als iemand die *geacht* wordt eigenaar te zijn (hij is 'réputé propriétaire de la chose'). In overeenstemming hiermee wordt aan de solvent een *actio utilis in rem* ter beschikking gesteld, een op het geval toegesneden *rei vindicatio*.⁶⁹ De beschikbaarheid van de *actio utilis* vooronderstelt dus dat de eiser géén eigenaar is; als hij wel eigenaar zou zijn, zou hij immers van de directe *rei vindicatio* gebruik hebben kunnen maken.

In zijn *Traité du contrat de vente* geeft Pothier een voorbeeld van een geval waarin ontbinding, zij het in een twee-partijen-situatie, leidt tot beschikbaarheid van een *actio utilis*. Wanneer een verkoper vernietiging op grond van het koopcontract inroept, omdat hij de zaak voor een veel te lage prijs heeft verkocht ('lésion énorme'),⁷⁰ kan de tradent de *rei vindicatio* instellen, *alsof* de zaak altijd aan hem was blijven toebehoren: 'en conséquence de laquelle rescision, le vendeur, par cette action, revendique la chose, comme si elle n'avait jamais cessé de lui appartenir.'⁷¹ Is de tradent dus eigenaar gebleven? Pothier verduidelijkt: 'Cette action est une action utilis in rem et non directa; car le vendeur qui a cette action rescisoire, n'est plus, in rei veritate, le propriétaire de la chose qu'il a vendue; il en a transféré la propriété à l'acheteur, par la tradition qu'il lui en a faite avec

67 Pothier, *Traité de l'action conditio indebiti*, nr. 178 (slot).

68 Het woord 'rescision' betekent letterlijk 'ontbinding.' Ontbinding heeft naar huidige Nederlands recht krachtens art. 6:269 BW recht geen terugwerkende kracht, waardoor alleen ongedaanmakingsverbintenissen in het leven worden geroepen. Ook aan de 'rescision' is bij Pothier geen terugwerkende kracht verbonden: de solvent wordt niet opnieuw als eigenaar aangemerkt. Het feit dat de solvent een goederenrechtelijke aanspraak heeft, zorgt er evenwel wel voor dat de 'rescision' ook een element in zich bergt van het huidige rechtsmiddel van de vernietiging, aan welk rechtsmiddel vanwege de terugwerkende kracht wél goederenrechtelijke werking is verbonden (art. 3:53 BW). Door de 'action utilis in rem' aan de solvent toe te kennen, bereikt Pothier hetzelfde effect dat in het Duitse recht aan de Doppelnichtigkeit is verbonden, zie § 4.4, *supra*, p. 165.

69 Zie over de *rei vindicatio utilis* in het Romeinse recht: § 2.7, *supra*, p. 94.

70 Pothier verwijst naar C. 4,44,2, waarin de keizer aan de verkoper die een landgoed voor minder dan de helft van de objectieve waarde verkocht heeft, de mogelijkheid geeft het contract te ontbinden; zie over deze *laesio enormis*: Zimmermann, *Obligations*, p. 259 sq.

71 Pothier, *Traité du contrat de vente*, nr. 331.

la volonté de la lui transférer.⁷² Hieruit blijkt dat Pothier, zelfs in het geval van 'lésion,' vasthoudt aan de leer dat de wil van de tradent om door levering eigendom over te dragen in alle gevallen van doorslaggevend belang is.

Pothier verbindt aan deze *actio utilis in rem*, die hij ook met 'action rescissoire ou utilis in rem' aanduidt,⁷³ wel een voorwaarde: de solvent kan deze actie slechts tegen de 'tiers détenteur' instellen wanneer deze de zaak 'à titre lucratif,' ofwel om niet, in bezit heeft gekregen, hetgeen het geval is bij schenking of verkrijging op grond van een legaat. De derde die verkregen heeft 'à titre onéreux,' ofwel om baat, kan niet worden aangesproken. Wanneer de derde de zaak te goeder trouw van de accipiënt heeft gekocht en zo op 'legitieme wijze heeft verworven' ('légitimement acquise'), moet de solvent zich richten tot de accipiënt: 'on doit renvoyer celui qui a payé la chose par erreur, à se pourvoir contre celui à qui il l'a payée, pour répéter de lui le prix qu'il l'a vendue.'⁷⁴

Samengevat blijkt dat, in de periode voorafgaand aan de invoering van de Code civil, zowel het consensuele stelsel, als het traditionele stelsel ahang vond. De vraag rijst hierbij in welke mate het al dan niet aanvaarden van het leveringsvereiste bepalend is voor de vraag of de *condictio* op eigendomsoverdracht is gericht. Hoewel er geen dwingend verband bestaat tussen het leveringsvereiste en de *condictio*, blijkt de verwerping van het leveringsvereiste bij Domat te leiden tot het vereiste van een obligatoir geldige titel, hetgeen op zijn beurt weer leidt tot beschikbaarheid van de *rei vindictio*, naast de *condictio*. Omgekeerd gaat de aanvaarding van het leveringsver-

72 Pothier, *loc. cit.* Van Vliet, *Transfer of movables*, p. 193–94, haalt de 'rescision' vanwege 'lésion énorme' aan ter ondersteuning van de stelling dat Pothier niet de 'abstracte' leer huldigt, omdat ontbinding vanwege bepaalde wilsgebreken met terugwerkende kracht gepaard zou gaan. Pothier zou daarom volgens Van Vliet, p. 194, n. 127, de theorie ahangen dat eigendom overgaat op grond van de *animus dominii transferendi*, waarbij sommige wilsgebreken niet alleen de verbintenis, maar ook de wil tot eigendomsoverdracht verhinderen; zie hierover *supra*, p. 101, n. 20. Van Vliet stelt: 'Pothier's treatment of the defects of will makes clear that he does not adhere to the abstract theory. He gives a very lucid exposition about the consequences defects of will have on the passing of ownership. Avoidance (*rescision*) of the contract has retroactive effect, that is to say, the contract is deemed never to have existed. Consequently, ownership, which has been transferred to the acquirer, reverts automatically to the transferor with retroactive effect, because the legal ground on the basis of which the acquirer holds the asset has been avoided. The transferor is deemed always to have been owner of the asset. Being owner he may vindicate the asset.' Qua resultaat heeft Van Vliet gelijk dat de solvent in de positie wordt gesteld *alsof* hij nog eigenaar is – aan hem wordt immers een zakelijke actie ter beschikking gesteld. Maar hij gaat hiermee voorbij aan het feit dat Pothier de *actio utilis* ter beschikking stelt, en dat deze actie juist veronderstelt dat de solvent *geen* eigenaar meer is, hetgeen Pothier in staat stelt om vast te houden aan het abstracte stelsel.

73 Pothier, *Traité de l'action condictio indebiti*, nr. 179.

74 Pothier, *Traité de l'action condictio indebiti*, nr. 179: 'Il en doit être autrement de celui qui a acheté de bonne foi la chose payée par erreur.' De goede trouw van de derde-verkrijger ziet niet op de beschikkingsbevoegdheid van zijn voorganger, de oorspronkelijke accipient, want die was door de betaling eigenaar geworden, maar op het 'gebrek' ('le vice de la chose') dat aan de verkochte zaak kleefte, dus de mogelijkheid dat deze zaak nog met de *actio utilis* wordt opgeëist.

eiste bij Pothier gepaard met de aanvaarding van een subjectief titelbegrip; eigendom gaat ook op grond van een putatieve titel over, hetgeen leidt tot de situatie dat de *rei vindicatio* en *condictio* elkaar, behoudens het bijzondere geval waarin de *actio utilis in rem* tegen de derde wordt toegekend, uitsluiten. De vraag rijst welke leer in de Code civil is aanvaard.

§ 5.3.4 Code civil

De Code civil van 1804 bepaalt dat eigendomsoverdracht plaatsvindt 'uit kracht van verbintenissen' en maakt zo een keuze voor het, door Domat voorgestane, consensuele stelsel:

Art. 711 Cc: 'La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations.'⁷⁵

Anders dan Pothier had betoogd, gaat eigendom over krachtens een verbintenis die tot eigendomsoverdracht verplicht, zonder dat een afzonderlijke leveringshandeling is vereist.⁷⁶ Een consensueel stelsel vooronderstelt dat de titel die aan de overdracht ten grondslag ligt, obligatoir gezien geldig is.⁷⁷ Indien er voor de betaling geen grondslag aanwezig is, zal de solvent daarom, zolang de zaak nog bestaat, zijn toevlucht kunnen nemen tot de *rei vindicatio*.

Het Franse recht kent de 'prescription instantanée',⁷⁸ op grond waarvan de bezitter van een roerende zaak wordt beschermd tegen de beschikkingsonbevoegdheid van degene van wie hij het bezit heeft verkregen en onmiddellijk de eigendom verkrijgt, mits hij te goeder trouw was ten aanzien van diens beschikkingsonbevoegdheid. Deze regel geldt evenwel niet in het geval de bezitter zijn bezit van de eigenaar zelf (*a domino*) heeft verkregen.⁷⁹

75 Het Belgisch Burgerlijk Wetboek is grotendeels een vertaling van de Code civil; art. 711 BBW luidt: 'Eigendom van goederen wordt verkregen en gaat over door erfopvolging, door schenking onder de levenden of bij testament, en uit kracht van verbintenissen.' Zie ook art. 1138 (oud), art. 1196 Cc als uitwerking van art. 711 Cc.

76 Terré & Simler, *Les biens*, nr. 396 sq.

77 *Supra*, n. 52. Mazeaud & Chabas, II-2, nr. 1619, spreekt bij de eigendomsoverdracht *solo consensu* over 'la nécessité d'un contrat valable pour opérer ce transfert,' en bestempelt dit gegeven als een 'inconvenient du transfert.'

78 Art. 2279, lid 1 (oud), art. 2276, lid 1 Cc: 'En fait des meubles, la possession vaut titre.' Art. 2279, lid 1 BBW: 'Met betrekking tot roerende goederen geldt het bezit als titel.' Art. 2014, lid 1 OBW: 'Met betrekking tot roerende goederen die noch in renten bestaan, noch in inschulden welke niet aan toonder betaalbaar zijn, geldt het bezit als volkomen titel.'

79 Wanneer de bezitter zijn bezit direct aan de eigenaar ontleent, heeft art. 2276 Cc slechts een bewijsrechtelijke functie. Een titelgebrek wordt dan niet gedekt door het bezit te goeder trouw. Slechts een derde-verkrijger kan een beroep doen op art. 2276 Cc. Men bedenke dat als ook de bezitter die zijn bezit direct van de eigenaar had verkregen een beroep op dit artikel zou kunnen doen, dit het causale stelsel van eigendomsoverdracht geheel zou ondergraven; zie in die zin Mazeaud & Chabas, II-2, nr. 1619; Terré & Simler, *Les biens*, nr. 448: '[T]outes les règles sur les nullités deviendraient lettre morte si l'article 2276 faisait obstacle à la réclamation du demandeur.'

Kan de solvent naast de *rei vindicatio* ook de *condictio* instellen? Aan het begin van het hoofdstuk over het tenietgaan van verbintenissen legt de Code de basis voor het terugvorderingsrecht van de solvent die een onverschuldigde betaling heeft verricht:

Art. 1235, lid 1 (oud) Cc: 'Tout paiement suppose une dette: ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition.'⁸⁰

Dit artikel verklaart dat iedere betaling een schuld 'doet veronderstellen,' zoals het Nederlandse equivalent van dit artikel in het Oud Burgerlijk Wetboek het formuleerde.⁸¹ In wezen bevat dit artikel twee definities van een 'betaling.' In de eerste helft blijkt dat een betaling niet kan plaatsvinden zonder dat er een schuld is die tot deze betaling verplicht.⁸² Vervolgens blijkt dat een onverschuldigde betaling kan worden teruggevorderd.⁸³ In het eerste deel van de zin impliceert de 'betaling' het tenietgaan van een schuld; in het tweede deel van de zin duidt de betaling op een feitelijke handeling die geen verbintenis doet tenietgaan, maar er één uit onverschuldigde betaling doet ontstaan.⁸⁴ In het hoofdstuk over de 'quasi-contrats,' werkt de Code deze verbintenis uit:⁸⁵

80 Art. 1235 BBW: 'Iedere betaling onderstelt een schuld: hetgeen betaald is zonder verschuldigd te zijn, kan worden teruggevorderd.' Het artikel heeft in de Code civil ongewijzigd dienst gedaan van 1804 tot 2016, toen het hoofdstuk over 'Le paiement de l'indu' werd ingevoerd, waarvan het eerste artikel, art. 1302 Cc, luidt: 'Tout paiement suppose une dette; ce qui a été reçu sans être dû est sujet à restitution [curivering toegevoegd].' Zie over deze wetswijziging, *supra*, n. 3.

81 Zie art. 1395 OBW, *infra*, n. 140.

82 Zie Pothier, *Traité des obligations*, nr. 546: 'Il est évident qu'on ne peut faire le paiement d'une chose avant qu'elle soit due; car, tant qu'il n'y a pas encore de dette, il ne peut y avoir de paiement.'

83 Het artikel maakt dus een onderscheid tussen een 'werkelijke' en een 'feitelijke' betaling. In die zin Diephuis, VI, p. 40: 'Elke betaling veronderstelt eene schuld, die daardoor wordt afgedaan; waar geen schuld bestaat, kan zij ook niet betaald en afgedaan worden; en is er evenwel betaald, dan is dat geene werkelijke betaling geweest, en een natuurlijk gevolg daarvan is, dat, hetgeen evenwel feitelijk betaald is, teruggevorderd worden kan.'

84 Cf. I. 3,14,1; I. 3,27,6; zie ook G. 3,91, *supra*, p. 17, n. 48.

85 Traditioneel worden drie categorieën van onverschuldigde betaling onderscheiden: de betaling zonder dat er enige schuld heeft bestaan, de betaling aan iemand anders dan de crediteur, en de betaling door iemand anders dan de debiteur. De eerste twee gevallen worden gedekt door art. 1376 Cc, het laatste door art. 1377, lid 1 Cc; zie Ripert/Boulanger, II, nr. 1244; Aubry & Rau, VI⁷, nr. 304–306. Cf. D. 12,6,65,9, *supra*, p. 84, n. 410, waarin Paulus deze drie gevallen noemt.

Art. 1376 (oud) Cc: 'Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu.'⁸⁶

Art. 1377, lid 1 (oud) Cc: 'Lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait débitrice, a acquitté une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier.'⁸⁷

Deze artikelen bezien de verbintenis uit onverschuldigde betaling zowel vanuit de accipiënt die tot restitutie is verplicht, als vanuit de solvent die bij vergissing andermans schuld heeft voldaan en recht heeft op restitutie. De 'action en répétition de l'indû' kan steeds worden ingesteld wanneer een betaling zonder rechtsgrond is verricht, en deze actie zal samenlopen met de *rei vindicatio*. Uit het handboek van Planiol en Ripert blijkt dat de solvent zijn vordering inderdaad op zowel de zakelijke *revendication*, als de persoonlijke *condictio indebiti* kan baseren:

'L'action en répétition de l'indû, lorsqu'elle vise la restitution d'une chose en nature, est doublée par l'action en revendication.'⁸⁸

§ 5.3.5 De aansprakelijkheid van de 'tiers détenteur'

De vraag rijst wat rechtens is in het door Pothier besproken geval waarin de accipiënt de zaak heeft doorgeleverd aan een derde. Kan de solvent de *rei vindicatio*, nu niet de *actio utilis in rem*, maar de *actio directa*, de 'gewone' *rei vindicatio*, ook instellen tegen deze 'tiers détenteur'? Inderdaad is dit moge-

86 Sinds 1 oktober 2016 bepaalt art. 1302-1 Cc in licht gewijzigde bewoordingen ('s'oblige à' is door 'doit' vervangen): 'Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû doit le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu.' Art. 1376 BBW bepaalt: 'Hij die bij vergissing of met zijn weten iets ontvangen heeft dat hem niet verschuldigd was, is verplicht het terug te geven aan degene van wie hij het ontvangen heeft zonder dat het verschuldigd was.' Art. 1396 OBW bepaalde: 'Die bij vergissing, of met zijn weten, iets ontvangen heeft dat hem niet verschuldigd was, is verplicht het niet verschuldigde terug te geven aan dengenen van wien hij hetzelfde ontvangen heeft.'

87 Sinds 2016 luidt art. 1302-2 Cc: 'Celui qui par erreur ou sous la contrainte a acquitté la dette d'autrui peut agir en restitution contre le créancier. Néanmoins ce droit cesse dans le cas où le créancier, par suite du paiement, a détruit son titre ou abandonné les sûretés qui garantissaient sa créance.' Art. 1377, lid 1 BBW luidt: 'Wanneer een persoon die bij vergissing meende schuldenaar te zijn, een schuld betaald heeft, is hij gerechtigd het betaalde van de schuldeiser terug te vorderen.' Art. 1397, lid 1 OBW luidde: 'Wanneer iemand die bij vergissing meent schuldenaar te zijn eene schuld betaald heeft, is hij gerechtigd om het betaalde van den schuldeischer terug te vorderen.'

88 Planiol & Ripert, VII, nr. 736, die de verbintenis uit onverschuldigde betaling overigens onverminderd beschouwen als voorbeeld van de ongerechtvaardigde verrijking: 'l'enrichissement sans cause dont la réception de l'indû n'est qu'un cas particulier' (nr. 719). Het verrijkingsbegrip wordt hier dus op een ruime wijze uitgelegd.

lijk, zo neemt men tegenwoordig aan.⁸⁹ Men dient evenwel te bedenken dat de mogelijkheid bestaat dat de derde de eigendom van een roerende zaak verkrijgt, wanneer hij te goeder trouw is ten aanzien van de beschikkingsbevoegdheid van de accipiënt.⁹⁰ Maar wanneer de derde geen aanspraak kan maken op de bescherming van de 'prescription instantanée',⁹¹ zal de solvent een keuze kunnen maken of hij deze derde met de *rei vindicatio* zal aanspreken, of de accipiënt met de *condictio*. Toch is het juist deze vraag naar de actie van de solvent tegen de derde-bezitter ('tiers détenteur') die in de negentiende-eeuwse literatuur werd beschouwd als 'fort délicate'⁹² en 'très importante, [...] aussi l'une des plus controversées de notre matière.'⁹³

Bij de bespreking van de *condictio* vermelden Planiol en Ripert:

'L'action en répétition peut, lorsqu'il s'agit d'un immeuble (où même d'un meuble si l'article 2279 ne s'applique pas), être dirigée contre le tiers acquéreur même à titre onéreux et de bonne foi.'⁹⁴

Welke actie staat aan de solvent ter beschikking tegen de derde-bezitter aan wie de accipiënt de onverschuldigd betaalde zaak heeft doorgeleverd? Het is opvallend dat deze vraag, die de kern van het vermogensrecht raakt, in de handboeken verschillend wordt beantwoord. Waar Planiol en Ripert (1954) en Aubry en Rau (1920) tegen de derde-bezitter een *condictio* toekennen, de 'action en répétition' in het citaat hierboven,⁹⁵ stellen Ripert en Boulanger

89 Volgens Mazeaud & Chabas, II-1, nr. 666-3, waarnaar ook Vriesendorp, *RMTh* 1984, p. 9, n. 29, verwijst, staan beide acties in een alternatieve verhouding: 'Lorsque l'objet du paiement indu est un corps certain, le solvens, puisqu'il en est demeuré propriétaire, peut exercer une action réelle, l'action en revendication, contre le tiers à qui l'accipiens l'aurait aliéné, sans que toutefois cette action puisse se cumuler avec l'action personnelle en répétition contre l'accipiens.' De vraag wat er met de eigendom van de, bij een derde berustende, zaak gebeurt wanneer de solvent eerst tegen de accipiënt zal hebben geprocedeerd, blijft hiermee onbeantwoord. Ook in het Belgische recht wordt de *rei vindicatio* tegen de derde toegekend; zie De Page, III, nr. 22: 'La doctrine l'admet généralement.'

90 Deze derde kan, nu het om een verkrijging *non a domino* gaat, wel een beroep doen op de 'prescription instantanée' van art. 2279, lid 1 (oud), art. 2276, lid 1 Cc. Zie over de 'prescription,' *supra*, n. 78.

91 Dit is het geval wanneer een onroerende zaak is geleverd, waarop de 'prescription instantanée' niet van toepassing is, of wanneer een roerende zaak is geleverd, maar de accipiënt te kwader trouw is en niet de bescherming art. 2276 Cc geniet; zie Terré & Simler, *Les biens*, nr. 438 sq.

92 Larombière, VII, art. 1380 Cc, nr. 7.

93 Demolombe, XV, deel XXXI, nr. 405. De Page, III, nr. 22, schrijft voor het Belgische recht nog dat dit een probleem is dat aanleiding geeft tot 'des difficultés très sérieuses.'

94 Planiol & Ripert, VII, nr. 746.

95 Planiol spreekt in het algemeen van 'l'action en répétition,' zodat men wellicht zou kunnen denken dat men hier toch de *rei vindicatio* op het oog heeft. Aubry & Rau VI⁵, § 442, p. 317, ongewijzigd in Aubry & Rau, VI⁷, nr. 307, verduidelijkt evenwel: 'L'action en répétition de l'indu [cursivering toegevoegd] peut, quand il s'agit d'un immeuble qui a été aliéné par celui qui l'avait reçu en paiement, être dirigée contre le tiers acquéreur, encore que ce dernier l'ait acquis à titre onéreux, et que son auteur ait été de bonne foi en le recevant et en l'aliénant.'

(1957) de *rei vindicatio* aan de solvent ter beschikking, maar voegen zij hieraan toe dat het probleem van praktisch belang is ontbloot.⁹⁶ Deze laatste stelling is twijfelachtig – men denke slechts aan het geval dat de derde-bezitter is gefailleerd. Daarnaast rijst de vraag hoe dit verschil van mening heeft kunnen ontstaan, en hoe het kan dat, volgens de opvatting van Planiol, aan de *condictio* derdenwerking wordt toegekend, terwijl dit in het Romeinse recht uitgesloten was. Ook in het Franse recht werd het *negotium contractum* als een essentieel kenmerk van de *condictio* beschouwd; dit was de reden om de algemene verrijkingsvordering niet op de *condictio*, maar op de *actio de in rem verso* te baseren.⁹⁷ Het antwoord op deze vraag is gelegen in de onduidelijkheid die aanvankelijk bestond over de interpretatie van het titelvereiste in de Code.

Hierboven werd onomwonden gesteld dat een consensueel stelsel leidt tot het vereiste dat een leveringstitel obligatoir geldig dient te zijn. Dit is echter een conclusie die in de eerste periode na de invoering van de Code niet steeds werd getrokken. Het is in dit kader instructief om de leer van Toullier te bezien. In zijn oorspronkelijk acht-, en later veertiendelige *Le droit civil français suivant l'ordre du Code* (1811–1818, respectievelijk 1819–1824), behandelt Charles-Bonaventure Marie Toullier (1752–1835), één van de eerste commentatoren van de Code,⁹⁸ de *condictio*. Net zoals Pothier legt Toullier de verrijkingsregel van Pomponius, ‘cette grande règle d’équité naturelle,’⁹⁹ ten grondslag aan de verbintenissen uit rechtmatige daad in het algemeen,¹⁰⁰ en aan die uit onverschuldigde betaling in het bijzonder:

‘Il est bien évident que celui qui reçoit en paiement une chose qu’on ne lui doit point, d’une personne qui, par erreur, s’en croyait débitrice, s’enrichirait sans droit et au détriment d’autrui, *cum injuriâ et detrimento alterius*, s’il n’était pas obligé de la rendre.’¹⁰¹

Men vergelijkte evenwel de precieze formulering van het verrijkingsbeginsel bij Toullier en bij Pothier. Waar Pothier stelt dat de accipiënt van een onverschuldigde betaling door de betaling (‘par ce paiement’) is verrijkt,¹⁰² is Toullier terughoudender en stelt hij, in de irrealis, dat de accipiënt *zou* worden verrijkt (‘s’enrichirait’), als hij niet tot restitutie zou worden verplicht.

96 Ripert & Boulanger, II, nr. 1261: ‘On admet donc que l’auteur du paiement a une *action en revendication* contre les tiers auxquels la chose a été transmise, sauf l’effet de l’art. 2279, qui protège les acquéreurs de bonne foi d’un meuble corporel. Tout ceci paraît dépourvu d’intérêt pratique.’

97 *Supra*, n. 25.

98 Arabeyre et al., *Dictionnaire*, ‘Toullier,’ p. 973.

99 Toullier XI, nr. 58.

100 Toullier XI, nr. 20, stelt voor art. 1371 Cc te laten luiden: ‘Tout fait licite quelconque de l’homme, qui enrichit une personne au détriment d’une autre, oblige celle que ce fait enrichit, sans qu’il y ait eu intention de la gratifier, à rendre la chose ou la somme dont elle se trouve enrichie.’

101 Toullier, XI, nr. 58.

102 *Supra*, n. 62.

Dit verschil suggereert dat Toullier een systeem voor ogen heeft waarbij de solvent door de onverschuldigde betaling eigenaar is gebleven, en dat de accipiënt de zaak dus nog niet in zijn vermogen zou hebben ontvangen. De accipiënt zou dan slechts worden verrijkt, als op hem geen verplichting zou komen te rusten om het bezit terug te geven. Toullier verwijst naar Paulus' opvatting dat eigendom slechts overgaat wanneer er is geleverd op grond van een *iusta causa*, en stelt dat een enkele levering nooit eigendom doet overgaan, wanneer er geen *iusta causa* aan vooraf gaat.¹⁰³ De vraag of er in het geval van een onverschuldigde betaling sprake kan zijn van een *iusta causa*, beantwoordt Toullier, anders dan Pothier, in ontkennende zin:

‘Or, dans le cas d’une chose donnée en paiement par erreur, nulle juste cause ne précède la tradition. Il n’existe ni consentement, ni volonté de transférer la propriété; car il n’y a point de consentement valable, s’il n’a été donné que par erreur (art. 1109). Le paiement reste donc sans cause, et ne peut par conséquent avoir aucun effet (art. 1131). Celui qui a reçu ce qui ne lui était pas dû, d’une personne qui, par erreur, s’en croyait débitrice, n’a donc ni titre ni droit pour le retenir. La loi l’oblige à le restituer (art. 1376), et donne à la personne qui a payé, le droit de répétition (art. 1377).’¹⁰⁴

Uit deze passage volgt dat er in het geval van onverschuldigde betaling géén *iusta causa* (‘nulle juste cause’) aanwezig is die eigendomsoverdracht rechtvaardigt. Het valt op dat Toullier zich, door te spreken van de ‘volonté de transférer la propriété,’ in gelijke bewoordingen uitdrukt als Pothier, die spreekt over ‘la volonté de lui en transférer le domaine,’¹⁰⁵ maar aan deze wilsovereenstemming een andere rol toekent dan Pothier. Waar de wilsovereenstemming bij Pothier immers ziet op de wil om door middel van *levering* eigendom over te dragen (de zakelijke overeenkomst), heeft Toullier in deze passage, net zoals Domat, het oog op de totstandkoming van de tot eigendomsoverdracht verplichtende *verbintenis*. Dit blijkt ook uit de verwijzing naar de artikelen waarin twee van de geldigheidsvereisten voor de overeenkomst, te weten toestemming van de partij die zich verbindt en een geoorloofde oorzaak,¹⁰⁶ zijn uitgewerkt. Het betoog van Pothier staat aan de basis van de aanvaarding van de leer dat een putatieve titel afdoende is voor overdracht, terwijl deze passage van Toullier tot de conclusie leidt dat een obligatoir geldige titel is vereist. Helaas trekt Toullier hier niet zo duidelijk als Domat de conclusie uit dat een onverschuldigde betaling geen eigendom

103 Toullier, XI, nr. 58. ‘Mais la simple tradition ne transférerait jamais la propriété, si elle n’était précédée d’une juste cause: *Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si... aliqua justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur*. Loi 31, ff. de acquir. rerum dom. 41,1 [D. 41,1,31 pr., supra, p. 85, n. 419]. A plus forte raison, sous l’empire du Code civil, où la tradition n’est plus au nombre des moyens d’acquérir et de transférer la propriété. Voy. art. 711.’

104 Toullier, XI, nr. 58.

105 Zie Pothier, *Traité de l’action condictio indebiti*, nr. 178, supra, n. 59.

106 Art. 1109 en 1131 (oud) Cc; zie tegenwoordig art. 1130 en 1169 Cc.

doet overgaan. Toullier stelt slechts dat als de solvent niet de wil had om eigendom over te dragen, bij de accipiënt geen titel of recht bestaat om de zaak te behouden ('ni titre ni droit pour le retenir').¹⁰⁷

De leer van Toullier is echter niet consistent. In het kader van de restitutieplicht van de accipiënt wanneer de onverschuldigd betaalde zaak teniet is gegaan, stelt Toullier, onder verwijzing naar Pothier:¹⁰⁸

'Qui pourrait, en effet, douter que la volonté du propriétaire, jointe à la tradition qu'il fait de la chose à celui auquel il la donne en paiement, en transfère la propriété?'¹⁰⁹

Wie, behalve dezelfde auteur dertig pagina's tevoren, kan betwijfelen dat een subjectief titelvereiste dient te worden aanvaard?¹¹⁰ Toullier blijkt het leveringsvereiste hier, net zoals Pothier, onverkort te handhaven.¹¹¹ Bij Domat had de verwerping, of althans de afzwakking, van dit leveringsvereiste, juist geleid tot aanvaarding van een vereiste van een obligatoir geldige titel. Het wekt daarom geen verbazing dat handhaving van dit leveringsvereiste, net zoals bij Pothier, gepaard is gegaan met aanvaarding van een subjectief titelvereiste, in tegenstelling tot de leer van Toullier zoals die tot nu toe werd beschreven.

Het feit dat Toullier in eerste instantie zowel het vereiste van een obligatoir geldige titel hanteert, maar zich later aansluit bij de leer van Pothier waarbij de wil van partijen om eigendom over te dragen een geldige titel voor eigendomsoverdracht oplevert, heeft geleid tot onzekerheid over de vraag welk titelvereiste in de eerste periode na invoering van de Code werd gehuldigd.¹¹² Toullier verdedigt bovendien nog een derde theorie. In het geval waarin een onverschuldigd betaalde zaak was verkocht en doorgeleverd

107 In deze laatste woorden zou men ook een toepassing zou kunnen lezen van de theorie dat de Romeinsrechtelijke *condictio* is gebaseerd op de afwezigheid van een *causa retinendi*, *supra*, p. 86, n. 422, zodat de accipiënt toch eigenaar is geworden, maar alleen geen recht heeft om de zaak te behouden.

108 Toullier verwijst naar Pothier, *Traité de l'action condictio indebiti*, nr. 178, *supra*, n. 59.

109 Toullier, XI, nr. 95.

110 Men vindt de aanvaarding van het subjectieve titelvereiste nog in een ander vroeg commentaar op de Code, te weten dat van Duranton, XIII, nr. 683.

111 Toullier, IV, nr. 61: 'La maxime que la propriété ne se transfère que par la tradition, conserve sa force à leur égard.' Het was art. 1141 (oud), art. 1198 Cc, waarin is bepaald dat bij concurrerende rechten op levering de persoon die de 'possession réelle' verkrijgt, de eigendom verwerft, dat Toullier ertoe aanzette te betogen dat ook de Code het leveringsvereiste stelde. In werkelijkheid is art. 1141 Cc echter een uitwerking is van de 'prescription instantanée' van art. 2279 (oud), art. 2276 Cc. Zie Zwolve, *GEPR*, p. 283; Terré & Simler, *Les biens*, nr. 409.

112 In de literatuur wordt vaak selectief naar één van beide passages van Toullier verwezen; zo verwijzen Ranieri, *Wissenschaft und Kodifikation*, p. 110, en Pekelharing, *Terugvoering*, p. 49, naar de laatst geciteerde passage waarbij de wil van partijen om door middel van levering eigendom over te dragen een *iusta causa* oplevert. Van Vliet, *Transfer of Movables*, p. 195, n. 130, kent daarentegen meer waarde toe aan de eerdere passage waarin Toullier een vereiste van een obligatoir geldige titel lijkt te verdedigen.

aan een derde – het geval waarin Pothier een *rei vindicatio utilis* toekende¹¹³ – schrijft Toullier:

‘Il est vrai pourtant que le vendeur¹¹⁴ n’avait qu’une propriété révocable, et que, suivant les articles 2125 et 2182, le vendeur qui n’avait sur l’immeuble qu’un droit résoluble ou sujet à rescision, ne transmet à l’acquéreur que la propriété et les droits qu’il avait lui-même sur la chose vendue, sous l’affectation des mêmes résolutions, rescisions et hypothèques.’¹¹⁵

Toullier betoogt dat de accipiënt van de onverschuldigde betaling, de ‘vendeur,’ slechts een ‘propriété révocable’ had verkregen; dat wil zeggen, een eigendomsrecht dat, vanwege de verbintenis uit onverschuldigde betaling, kan worden herroepen. De accipiënt was daarom slechts in staat de zaak, onder dezelfde ontbindende voorwaarde aan een derde over te dragen.¹¹⁶ Men zou zeggen dat de solvent de zaak dus onder de derde zou kunnen opvorderen, maar de zaak wordt nog gecompliceerder wanneer Toullier weer van dit principe afwijkt:

‘Mais ce principe, très-sage et très-vrai, souffre une exception que nous croyons unique, dans le cas de l’aliénation faite par celui qui avait de bonne foi reçu l’immeuble en paiement, et cette exception est fondée en raison.’¹¹⁷

Toullier beroept zich hierbij op de bepaling in de Code over de aansprakelijkheid van de accipiënt te goeder trouw:

Art. 1380 (oud) Cc: ‘Si celui qui a reçu de bonne foi a vendu la chose, il ne doit restituer que le prix de la vente.’¹¹⁸

113 Zie Pothier, *Traité de l'action condictio indebiti*, nr. 178, *supra*, n. 67.

114 De ‘vendeur’ is de accipiënt van de onverschuldigd betaalde zaak, die deze zaak aan een derde heeft doorverkocht.

115 Toullier, XI, nr. 98.

116 Dit leidt tot de, naar de beginselen van de Code civil, wonderlijke situatie dat er twee eigendomsrechten op de zaak rusten, te weten het eigendomsrecht van de solvent, onder de opschortende voorwaarde van het instellen van de *condictio*, en dat van de accipiënt onder de ontbindende voorwaarde dat de solvent tegen hem met de *condictio* succes heeft.

117 Toullier, XI, nr. 98.

118 Op 1 oktober 2016 is de tekst van deze bepaling gewijzigd in art. 1352-2 Cc: ‘Celui qui l’ayant reçue de bonne foi a vendu la chose ne doit restituer que le prix de la vente. S’il l’a reçue de mauvaise foi, il en doit la valeur au jour de la restitution lorsqu’elle est supérieure au prix.’ De in 2016 ingevoerde herziening maakt duidelijk, wat voorheen al werd aangenomen, dat voor de accipiënt te kwader trouw de marktwaarde van de zaak bepalend is. Het artikel betreft een toepassing van de zogenaamde *condictio pretii*, die teruggaat op D. 12,6,26,12 (Ulpianus); zie Pothier, *Traité de l'action condictio indebiti*, nr. 177. Het Belgische equivalent van dit artikel, art. 1380 BBW, luidt: ‘Indien hij die een zaak te goeder trouw ontvangen heeft, die zaak verkocht heeft, moet hij alleen de verkoopprijs teruggeven.’

Dit artikel limiteert de aansprakelijkheid van de accipiënt die de ontvangen zaak te goeder trouw¹¹⁹ heeft verkocht tot de koopprijs die hij voor de zaak heeft ontvangen.¹²⁰ Toullier legt deze bepaling *a contrario* uit, in die zin dat de accipiënt *uitsluitend* tot restitutie van de door hem ontvangen koopprijs kan worden verplicht.¹²¹ Als nu aan de solvent een actie tegen de derde-bezitter zou toekomen, zo betoogt Toullier, dan zou deze regres kunnen nemen op de accipiënt vanwege de onder hem uitgewonnen zaak.¹²² De vergoeding die de accipiënt aan de derde zou moeten betalen zou echter in strijd komen met de regel dat de accipiënt slechts verplicht was tot restitutie van de koopprijs aan de solvent. Wanneer de accipiënt de zaak immers voor een prijs had verkocht die onder de werkelijke prijs lag, dan zou de regresvordering leiden tot de verplichting een hoger bedrag te voldoen, dan als de accipiënt alleen de koopprijs had moeten voldoen. Een andere reden dat Toullier aan de solvent een vordering tegen de derde-verkrijger ontzegt is dat de solvent de wil had om eigendom over te dragen; en dat deze wil ten opzichte van de derde-verkrijger te goeder trouw volstaat.¹²³ Zo zien wij dat Toullier in principe bereid zou zijn tot toekenning van een actie tegen de derde-bezitter, maar deze ontzegt in het geval de derde-bezitter te goeder trouw was.¹²⁴

Het betoog van Toullier is niet onomstreden gebleven. De derde-bezitter heeft immers na uitwinning niet altijd aanspraak tegen de accipiënt, bijvoorbeeld wanneer hij de zaak geschonken heeft gekregen of wanneer een garantie in de koopovereenkomst was uitgesloten. Een afwijzing van de *rei vindicatio* tegen de derde-bezitter zou in die gevallen dus in ieder geval niet zijn gerechtvaardigd. Fundamenteler is evenwel dat art. 1380 (oud) Cc de verhouding regelt tussen de solvent en de accipiënt. Dit artikel kan de *rei vindicatio* tegen de derde-bezitter dan ook niet verhinderen, zo stelt Baudry-Lacantinerie (1837–1913) in zijn ‘beaucoup plus ample envergure,’¹²⁵ het

119 De goede trouw werd niet slechts noodzakelijk geacht bij de verkrijging door de accipiënt, maar ook op het moment van de vervreemding: opkomende kwade trouw schaadde hem; zie Baudry-Lacantinerie & Barde, IV, nr. 2844; Demolombe, XV, deel XXXI, p. 120, nr. 402.

120 In het geval de koopprijs nog niet betaald is, is de accipiënt verplicht tot cessie van zijn vordering tot betaling van de koopprijs; zie Demolombe, XV, deel XXXI, p. 120, nr. 399. Planiol & Ripert, VII, nr. 746, evenwel in dit geval: ‘il ne doit rien.’ De ontvanger te kwader trouw is overigens verplicht tot het vergoeden van de waarde van zaak, en bovendien van de vruchten en tot het betalen van een gebruiksvergoeding; zie art. 1378 (oud), art. 1352-3 Cc.

121 Toullier, XI, nr. 97: ‘Ce n’est donc que contre le vendeur qui avait reçu la chose que celui qui l’avait donnée peut avoir une action.’

122 Art. 1630 Cc geeft in geval van uitwinning aan de koper onder andere recht op restitutie van de koopprijs.

123 Toullier, XI, nr. 98: ‘La volonté de celui qui a donné a pu être à la vérité erronée; mais elle a réellement existé, et cela suffit à l’égard des tiers acquéreurs de bonne foi.’

124 Toullier, XI, nr. 99, neemt hiermee afstand van de leer van Pothier, die een *actio utilis* ter beschikking stelt; de romeinsrechtelijke bronnen zouden immers geen onderscheid maken tussen de derde-verkrijger om baat, ‘à titre onéreux,’ en om niet ‘à titre gratuit,’ of ‘à titre lucratif,’ zoals Pothier, *supra*, bij n. 73, het uitdrukt.

125 Arabeyre *et al.*, *Dictionnaire*, ‘Baudry-Lacantinerie,’ p. 72.

zesentwintig-delige *Traité théorique et pratique de droit civil* (1895–1905).¹²⁶ Wanneer de solvent zijn zaak onder de derde heeft gerevindiceerd, bestaat inderdaad de mogelijkheid dat de derde regres neemt op de accipiënt. Het gevolg hiervan is dat de accipiënt de derde schadeloos heeft moeten stellen, terwijl hij wellicht eerder al op grond van art. 1380 (oud) Cc de door hem ontvangen koopprijs aan de solvent heeft betaald. Dit bedrag kan de accipiënt echter van de solvent terugvorderen op grond van ongerechtvaardigde verrijking, zo wordt in de literatuur meestal aangenomen.¹²⁷ Ook wanneer de accipiënt aan de derde een hoger bedrag heeft moeten betalen dan de koopprijs die hij had ontvangen, bijvoorbeeld omdat de zaak sinds de verkoop in waarde is gestegen,¹²⁸ heeft hij de mogelijkheid dit surplus van de solvent terug te vorderen.

Zo is reeds in de negentiende eeuw meestal aanvaard dat aan de solvent, naast de *condictio* tegen de accipiënt, wél een *rei vindicatio* kan toekomen tegen de derde-bezitter.¹²⁹ In die zin betoogt Marcadé (1810–1854) dat uit het feit dat er een persoonlijke aanspraak is gegeven, nog niet volgt dat er geen zakelijke aanspraak is.¹³⁰ De stelling dat het Romeinse recht in geval van onverschuldigde betaling geen *rei vindicatio* ter beschikking stelde, wijst Marcadé, als advocaat bekend om de ‘vigueur de ses conclusions’,¹³¹ eveneens van de hand:

‘C’est très-vrai; mais on oublie trop souvent que nous ne sommes plus à Rome [...]’.¹³²

De algemeen aanvaarde toekenning van de *rei vindicatio* tegen de derde-verkrijger doet de vraag rijzen waarom zowel Planiol als Aubry en Rau deze actie nog steeds als een ‘action en répétition (de l’indu)’ aanduiden.¹³³ De

126 Baudry-Lacantinerie & Barde, IV, nr. 2845: ‘L’art. 1380 règle les rapports de l’*accipiens* et du *solvens*; il ne se préoccupe nullement des rapports du *solvens* avec les tiers détenteurs; il ne fait donc nul obstacle à l’action en revendication du *solvens*.’

127 Demolombe, XV, nr. 416–21; Baudry-Lacantinerie & Barde, IV, nr. 2845; Planiol & Ripert, VII, nr. 746, p. 34. Afwijzend: Larombière, VII, Art. 1380, nr. 9. Cf. D. 12,7,2 (Ulpianus), *supra*, p. 66, n. 315.

128 Mazeaud & Chabas, II-1, nr. 666-3.

129 Zie ook Demolombe, XV, deel XXXI, p. 120, nr. 415, p. 124: ‘Donc, puisqu’il n’existait pas de dette, le paiement était sans cause; donc, il était nul, et nulle aussi, par conséquent, l’aliénation.’ Demogue, I-III, nr. 119, p. 184, kent de *rei vindicatio* toe tegen de derde-bezitter, en beschouwt de *condictio* als subsidiair ten opzichte van de *rei vindicatio*: ‘Le solvens, s’il s’agit d’un immeuble, aura un double droit. Il pourra le revendiquer aux mains du tiers, mais il peut aussi agir en indemnité contre l’*accipiens*. Mais cette dernière action n’est que subsidiaire, conformément à ce principe général que l’action d’enrichissement n’est donnée qu’à défaut d’une autre.’

130 Marcadé, IV, art. 1380, p. 261: ‘Mais il est bien évident qu’on ne peut pas conclure de ce que la personne est obligée de lui restituer l’immeuble, qu’elle en soit propriétaire, ni de ce que j’ai contre elle un droit personnel que je n’aie pas aussi mon droit réel.’

131 Arabeyre *et al.*, *Dictionnaire*, ‘Marcadé,’ p. 697.

132 Marcadé, IV, Art. 1380 Cc, p. 261.

133 *Supra*, n. 94, 95.

reden hiervan is gelegen in de grote invloed van Pothier. Zoals wij reeds zagen, stelde Pothier dat de onverschuldigde betaling de eigendom deed overgaan, maar kende hij aan de solvent een *rei vindicatio utilis* toe tegen de derde-bezitter die om niet had verkregen ('à titre lucratif'). Over deze leer van Pothier nu merken Aubry en Rau op:

'D'après le droit romain, l'action en répétition de l'indu ne pouvait être dirigée contre les tiers détenteurs. Pothier pensait que ce principe, vrai en général, devait fléchir lorsqu'il s'agissait d'un acquéreur à titre gratuit.'¹³⁴

Aubry en Rau schrijven hiermee aan Pothier de opvatting toe dat de solvent de *condictio* (de 'action en répétition de l'indu') tegen de derde-bezitter zou hebben, maar vergeten hierbij dat Pothier niet de *condictio* op het oog heeft – Pothier kent de *condictio* immers uitsluitend toe tussen solvent en accipiënt, en nooit tegen een derde – maar de *actio utilis in rem*.¹³⁵ In de praktische uitwerking volgen Aubry en Rau echter de opvatting van Toullier – zonder overigens op Toullier een beroep te doen – dat het recht van de accipiënt is bezwaard met een verplichting tot terugbetaling aan de solvent:

'Le droit de propriété de celui qui reçoit un immeuble indûment livré à titre de paiement se trouve, dès l'instant de la réception, restreint ou modifié par une obligation de restitution, qui passe, avec ce droit lui-même, à tous ceux auxquels l'immeuble est transmis.'¹³⁶

Op de onverschuldigd betaalde zaak rust dus, in overeenstemming met de leer van Toullier, een zakelijke last, die het mogelijk maakt om de *condictio* tegen elke bezitter in te stellen die de onverschuldigd betaalde zaak onder zich heeft gekregen.¹³⁷ Anders dan Toullier, wijken Aubry en Rau evenwel niet

134 Aubry & Rau, VI⁵, § 442, p. 317, n. 37; deze opmerking verschijnt voor het eerst in Zachariæ/Aubry & Rau, II², p. 91, n. 17, de Franse vertaling van het handboek die werd bewerkt door Aubry & Rau. Het is opvallend dat Zachariæ zelf in twijfel verkeerde over het karakter van de actie tegen de derde-bezitter. Waar Zachariæ, II², p. 466, n. 3, slechts verwijst naar de actie die Pothier toekent tegen de derde-bezitter, maar niet het karakter van deze actie bespreekt; stelt Zachariæ, II³, p. 466, n. 7, dat een uitzondering bestaat op het principe dat de *condictio* 'nicht aber gegen den dritten Besitzer' kan worden ingesteld, zij het dat Zachariæ hier een uitzondering op toelaat: 'Jedoch dürfte jener Satz eine Ausnahme leiden, wenn eine Liegenschaft wissentlich entweder indebite übergeben oder indebite angenommen worden ist.' Zachariæ, II⁴, p. 555, n. 8, en Zachariæ/Anschütz, II⁵, p. 570, n. 8, keren evenwel terug naar de hoofdregel dat de actie niet tegen de derde kan worden ingesteld, en laten de uitzondering vallen, maar verwijzen enkel nog naar Pothier en Duranton voor de afwijkende opvatting – van een mogelijke *rei vindicatio* tegen de derde wordt niet gesproken.

135 Pothier, *Traité de l'action condictio indebiti*, nr. 140, *supra*, n. 62.

136 Aubry & Rau, VI⁵, § 442, p. 317, n. 37. Deze leer is gehandhaafd in Aubry & Rau, VI⁷, § 442, nr. 307, n. 37. Zie ook Vriesendorp, *RMTh* 1984, p. 7, n. 21, over deze 'afwijkende mening' van Aubry & Rau en Planiol & Ripert.

137 Planiol & Ripert, VII, nr. 746, p. 34, n. 2, geven aan de solvent de keuze wie hij zal aanspreken.

af van dit beginsel wanneer de derde te goeder trouw is. De erkenning van de zakelijke last maakt het overbodig op Pothiers *actio utilis in rem* terug te vallen, maar geeft aan de *condictio* het karakter van een ‘action mixte,’ waaraan, zoals Larombière het uitdrukt, een ‘mélange’ van zakelijke en verbintenissenrechtelijke aspecten is verbonden.¹³⁸

§ 5.3.6 Slot

De aanvaarding van een causaal stelsel van eigendomsoverdracht heeft in het Franse recht geleid tot de situatie dat de *rei vindicatio* in beginsel ter beschikking staat van degene die een onverschuldigde betaling heeft verricht; deze actie kan hij tegen de accipiënt instellen, of tegen de derde-bezitter, als die niet bijvoorbeeld op grond van de ‘prescription’ de eigendom heeft verkregen. Daarnaast kan de solvent de *condictio indebiti*, de ‘action en répétition de l’indu,’ instellen tegen de accipiënt. De *condictio* is in het Franse recht dus niet meer per definitie op eigendomsoverdracht gericht. De vraag rijst vervolgens of deze opvatting in het, van de Franse Code civil afgeleide, Nederlands Burgerlijk Wetboek van 1838 is overgenomen.

§ 5.4 NEDERLANDS RECHT ONDER HET OUD BURGERLIJK WETBOEK

§ 5.4.1 Inleiding

In deze paragraaf komt ten eerste de vraag aan de orde of het Nederlandse Oud Burgerlijk Wetboek een wijziging beoogde aan te brengen in het karakter van de *condictio* als een actie die, in het systeem van de Code, met de *rei vindicatio* kon samenlopen (§ 5.4.2). Vervolgens komt de discussie over het titelvereiste aan bod die vanaf de tweede helft van de negentiende eeuw werd gevoerd en worden de verschillende posities besproken die men kan innemen met betrekking tot het titelvereiste en de *condictio* (§ 5.4.3). Het blijkt dat de *condictio* in de twintigste eeuw in toenemende mate is gezien als een ‘verrijkingsactie’; de vraag rijst vervolgens of de Hoge Raad deze opvatting heeft overgenomen en welke gevolgen deze opvatting heeft voor de samenloop met de *rei vindicatio* (§ 5.4.4). Ten slotte wordt het verband tussen de *condictio* en het titelvereiste nader bezien (§ 5.4.5).

138 Larombière, VII, Art. 1380, nr. 7: ‘L’action en répétition de l’indu, *condictio indebiti*, est, dit-on, une action personnelle, qui ne peut être intentée contre les tiers possesseurs de bonne foi. Non, cette action n’est pas une action personnelle; c’est une action mixte; car on ne peut s’empêcher d’y reconnaître un mélange de réalité et de personnalité. Qu’importe qu’elle ait été purement personnelle sous les principes du droit romain?’

§ 5.4.2 Oud Burgerlijk Wetboek

Van 1811 tot 1838 gold de Code civil in Nederland. Bij het ontwerp van een nieuw wetboek voor het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden zorgde de deelname van de Belgen aan het wetgevingsproces voor een blijvende invloed van de Franse codificatie, die na de Belgische onafhankelijkheid in 1830 niet meer ongedaan werd gemaakt.¹³⁹ Het Oud Burgerlijk Wetboek van 1838 is om die reden in sterke mate door de Code civil beïnvloed. Ook de bepalingen uit de Code civil over de ‘quasi contrats,’ ook wel ‘faits licites’ (‘rechtmatige daden’) genoemd, werden zonder veel aanpassingen in het Burgerlijk Wetboek overgenomen. Het artikel over de onverschuldigde betaling bepaalde:

Art. 1395 OBW: ‘[1] Iedere betaling doet eene schuld vooronderstellen; hetgeen zonder verschuldigd te zijn betaald is, kan terug gevorderd worden. [2] Ten opzichte van natuurlijke verbindtenissen, waaraan men vrijwillig voldaan heeft, kan geene terugvordering vallen.’¹⁴⁰

In dit artikel was, zij het met enige modificaties,¹⁴¹ de Romeinsrechtelijke *condictio indebiti* neergelegd.¹⁴² Het artikel maakte, anders dan in de Code, niet langer onderdeel uit van de bepalingen over het tenietgaan van verbintenissen, maar over het ontstaan van verbintenissen uit de wet.¹⁴³ Hiermee werd geen materiële wijziging beoogd in het recht omtrent de onverschuldigde betaling. Zo merkte het Tweede Kamerlid Antoine Barthélémy in 1825 tijdens de beraadslaging over het wetboek op:

‘Le fait licite auquel la loi attache en second lieu une obligation, est celui d’un paiement par erreur, de ce qui n’était pas dû. Dans l’un et l’autre cas, on a suivi les principes de l’ancien droit. On a dû d’abord accorder l’action en répétition à celui qui avait payé par erreur.’¹⁴⁴

139 Lokin & Zwolve, *Codificatiegeschiedenis*, p. 376.

140 Dit was het equivalent van art. 1235 (oud), art. 1302 Cc, *supra*, n. 80.

141 *Supra*, p. 170.

142 Bregstein stelt zelfs dat dit ‘niet voor betwisting vatbaar’ is; zie ook Hofmann/Drion & Wiersma, II, p. 16; Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-IV, nr. 420.

143 In het OBW was art. 1395 OBW geplaatst in de titel ‘Van verbindtenissen die uit kracht der wet geboren worden.’ Zie Voorduin, V, p. 77; Asser, *Nederlandsch Burgerlijk Wetboek*, § 712. Het OBW legt daarmee, anders dan de Code, niet de nadruk op de intentie van de solvent, maar op het resultaat van zijn prestatie; cf. G. 3,91, *supra*, p. 17, n. 48. Asser, *Nederlandsch Burgerlijk Wetboek*, § 712, stelt over deze wijziging: ‘Deze bepaling behoort onmiskenbaar te dezer plaatse vermeld te worden, en men heeft niet kunnen begrijpen, hoe de Franse wetgever dezelve in den titel *van het te niet gaan der verbindtenissen* heeft kunnen plaatsen.’

144 Handelingen Tweede Kamer 1824–1825, 26 januari 1825; Voorduin, V, p. 77–78.

Ook Carel Asser wijdt in zijn vergelijking van het Burgerlijk Wetboek met de Code civil slechts een korte beschouwing aan de onverschuldigde betaling.¹⁴⁵ Een belangrijke wijziging ten opzichte van het Franse recht was wel gelegen in de invoering van een leveringsvereiste.¹⁴⁶ Nu heeft de eigendomsoverdracht ‘par l’effet des obligations’ in het Franse recht ervoor gezorgd dat de levering niet langer een constitutief vereiste voor overdracht was, hetgeen een titelvereiste impliceerde waarbij de titel obligatoir geldig diende te zijn. Aanvaarding van dit titelvereiste had op haar beurt geleid tot de situatie dat de *condictio* met de *rei vindicatio* kon samenlopen.¹⁴⁷ De vraag rijst daarom of de herintroductie van het leveringsvereiste onder het OBW in omgekeerde zin heeft geleid tot een terugkeer naar een stelsel waarbij de wil van partijen om door middel van de levering eigendom over te dragen, een afdoende titel voor overdracht oplevert. Gevolg daarvan zou dan kunnen zijn dat de *condictio* opnieuw, in overeenstemming met de gemeenrechtelijke leer, in beginsel op eigendomsoverdracht was gericht en niet met de *rei vindicatio* kon samenlopen. Dit blijkt niet het geval te zijn. Nu kan inderdaad voor het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland, dat van 1809–1811 gold,¹⁴⁸ betoogd worden dat de introductie van een leveringsvereiste gepaard was gegaan met erkenning van zo’n subjectief titelvereiste, en was dit zeker het geval met betrekking tot het ontwerp dat Joan Melchior Kemper in 1820 voor een nieuw Burgerlijk Wetboek had gemaakt en waarin een subjectief titelvereiste was opgenomen.¹⁴⁹ Ook voor het Oud Burgerlijk Wetboek is betoogd dat invoering van het leveringsvereiste heeft geleid tot wijziging van het titelvereiste dat onder de Code civil gold. Zo stelt Suijling dat de invoering van het leveringsvereiste een terugkeer naar een sub-

145 Asser, *Nederlandsch Burgerlijk Wetboek*, § 712: ‘Art. 1395 van het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek bevat den letterlijken inhoud van art. 1235 van het Wetboek Napoleon, vaststellende dat iedere betaling eene schuld doet veronderstellen, en hetgeen onverschuldigd is voldaan, kan worden teruggevorderd met uitzondering der natuurlijke verbindtenissen.’ Ook Diephuis, XI, p. 40, wijst op feit dat in het OBW geen afwijking van art. 1235 Cc is beoogd.

146 Art. 639 OBW: ‘Eigendom van zaken kan op geene andere wijze worden verkregen, dan door toeëigening, door natrekking, door verjaring, door wettelijke of testamentaire erfopvolging, en door opdragt of levering, ten gevolge van eenen regtstitel van eigendoms-overgang, afkomstig van degenen die gerechtigd was over den eigendom te beschikken.’ Asser, *Nederlandsch Burgerlijk Wetboek*, § 366, stelt dat hierdoor een ‘misslag des Franschen regts’ is verbeterd.

147 Zie § 5.3.4, *supra*, p. 184.

148 Asser/Scholten, II, p. 170, stelt echter dat het WNH het ‘stelsel van de causa huldigt.’ In die zin ook Van Oven, *Praeadvies*, p. 93–94. Zwolve, *VrA* 6, p. 4–7, stelt evenwel dat de voorwaarde van ‘art. 588, 3° WNH: Dat zij [de levering] gedaan worde op grond van eenigen titel, geschikt om eigendom over te dragen,’ niet uitsluit dat eigendom ook op grond van een putatieve titel kan overgaan.

149 Zie art. 1016 van het Ontwerp 1820, waarin het leveringsvereiste wordt uiteengezet, en art. 1018, waarin de putatieve titel wordt erkend. Ook Van Oven, *Praeadvies*, p. 94–95, erkent dat in dit ontwerp ‘onmiskenaar’ en ‘in alle zuiverheid’ de abstracte leer is neergelegd.

jectief titelvereiste zou hebben betekend.¹⁵⁰ Toch mag worden aangenomen dat het Oud Burgerlijk Wetboek de levering weliswaar als een extra vereiste voor eigendomsoverdracht erkent, maar het Franse causale stelsel overigens intact heeft gelaten.¹⁵¹

Ook in de literatuur werd deze conclusie getrokken, zoals kan worden afgeleid uit een passage van de *Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek* van De Pinto, waarvan de eerste druk in het jaar van de invoering van het Burgerlijk Wetboek verscheen. De Pinto bespreekt de vraag of de solvent die een onverschuldigde betaling heeft verricht een actie heeft tegen de derde-bezitter:

‘Kan de eigenaar zijne zaak terugvorderen van den begiftigden derden bezitter, op grond, dat de schenker op hem niet meer regt heeft kunnen overdragen, dan hij zelf had? – Neen, dat regt wordt hem nergens gegeven. Hij heeft alleen eene persoonlijke regtsvordering (*condictio*) tegen hem, aan wien hij onverschuldigd betaald heeft. De begiftigde daarentegen is eigenaar geworden van de zaak, die hij te goeder trouw en krachtens eenen wettigen titel verkregen heeft.’¹⁵²

Net zoals in het Franse recht, waar deze casus voor complicaties had gezorgd,¹⁵³ heeft art. 1399, lid 2 OBW aanleiding gegeven tot verschillende opvattingen omtrent het titelvereiste.¹⁵⁴ Deze verwarring werd veroorzaakt door het feit dat in het nooit ingevoerde Wetboek 1830 aan de regel dat de accipiënt die de onverschuldigd ontvangen zaak aan een derde had geschonken, niets behoefde uit te keren, de zin was toegevoegd: ‘Indien hij de zaak om niet vervreemd heeft, behoeft hij niets terug te geven, en hij die de zaak ontvangen heeft, blijft daarvan eigenaar.’¹⁵⁵ De zin dat de derde-verkrijger eigenaar *blijft*, impliceert een abstract stelsel.¹⁵⁶ In het uiteindelijke

150 Suijling, *Themis* 76, p. 622–23: ‘Toen men in 1838 hier te lande de levering naar de traditie (art. 667 B.W.) en de inschrijving in de openbare registers (art. 671 B.W.) verlegde, knipte men echter tevens den draad tusschen titel en levering door. De eigendomsoverdracht zelve werd daarmee in beginsel onafhankelijk van de geldigheid van den overdrachts-titel.’

151 Aan de betekenis van de ‘regtstitel van eigendoms-overgang’ van art. 639 OBW wordt noch in Voorduin, III, p. 426, noch in Asser, *Nederlandsch Burgerlijk Wetboek*, § 366, enige aandacht geschonken.

152 De Pinto/Teixeira de Mattos, II⁶, § 800; ongewijzigd ten opzichte van De Pinto, II¹, § 740. De Pinto verwijst hierbij naar Toullier, die hiermee ‘het tegenovergesteld gevoelen van Pothier’ bestrijdt; zoals wij echter, *supra*, n. 118, zagen, is de reden dat Toullier tot deze uitkomst komt gelegen in een extensieve interpretatie van art. 1380 Cc en gaat Toullier ervan uit dat de onverschuldigde betaling wél eigendom heeft doen overgaan – Toullier spreekt dan ook niet, zoals De Pinto, van het terugvorderingsrecht van de *eigenaar*.

153 Zie § 5.3.5, *supra*, p. 186.

154 Net zoals art. 1380 Cc, bepaalde art. 1399 OBW over deze situatie: ‘[1] Die iets, hetwelk onverschuldigd te goeder trouw door hem ontvangen was, verkocht heeft, kan volstaan met den koopprijs terug te geven. [2] Indien hij de zaak te goeder trouw om niet heeft vervreemd, behoeft hij niets uit te keeren.’ Ook Asser, *Nederlandsch Burgerlijk Wetboek*, § 714, constateert geen verschil met de Code civil.

155 Art. 1426 van het BW 1830; Voorduin, V, p. 79.

156 Van Oven, *Praeadvies*, p. 98.

art. 1399 OBW is de bewuste zin weggelaten, omdat, zoals de memorie van toelichting uit 1833 duidelijk maakt,

‘het vraagstuk, of de begiftigde in zoodanig geval al of niet eigenaar van het geschonkene blijft, niet tot *dezen* titel behoort, maar, volgens de regelen van den derden Titel des tweeden Boeks, handelende van de reïvindicatie en de gevolgen daarvan, moet worden beoordeeld.’¹⁵⁷

Hoewel de bewuste zin in de uiteindelijke wetstekst van het OBW was weggelaten, gaf de geschiedenis van het ontwerp aanleiding voor zowel de stelling dat het OBW nog steeds de abstracte leer huldigde,¹⁵⁸ als de stelling dat het verwijderen van deze zin juist een teken was dat de ‘pogingen’ om het abstracte stelsel aanvaard te krijgen waren mislukt en dat ‘het gedurende vele jaren werken met den Code Civil de causale levering hier wortel had doen schieten.’¹⁵⁹ De voorwaarden van eigendomsoverdracht dienden onafhankelijk van de *condictio* te worden behandeld.¹⁶⁰ Om deze reden ontzegt De Pinto aan de solvent een actie tegen de derde-bezitter. Uit het feit dat De Pinto spreekt over de *eigenaar* die zijn zaak onverschuldigd heeft betaald, blijkt dat de onverschuldigde betaling kennelijk niet tot overdracht heeft geleid; de *rei vindicatio* wordt evenwel afgewezen omdat de derde de eigendom vanwege zijn goede trouw, op originele wijze, heeft verworven.¹⁶¹ De ‘regstittel van eigendomsovergang’ diende dus, net zoals in het Franse recht, obligatoir geldig te zijn. Ook al kende het Nederlandse recht niet langer de regel dat eigendomsoverdracht plaatsvond ‘par l’effet des obligations,’ toch bleef het resultaat van dit consensuele stelsel, de eis dat de obligatoire leveringstitel obligatoir gezien geldig diende te zijn, aanvankelijk in Nederland gehandhaafd. Dit was de *communis opinio* gedurende de periode na de invoering van het OBW en een groot deel van de negentiende eeuw.¹⁶² Dit uitgangspunt is echter niet onbestreden gebleven: in de negentiende eeuw ontstond alsnog discussie over de vraag of het Burgerlijk Wetboek een causaal dan wel een abstract stelsel huldigde. Zoals sinds het *ius commune* het geval is geweest, was de vraag naar het titelvereiste opnieuw nauw verbonden met de vraag of de *condictio* op eigendomsoverdracht was gericht.

157 Voorduin, V, p. 80–81. Meijers, WPNR 2452–56, nr. 2, VPO II, p. 87, stelt dat niet de gevolgen, maar de *gronden* van de *rei vindicatio* zijn bedoeld.

158 Meijers, WPNR 2452–56, nr. 2, VPO II, p. 87.

159 Van Oven, *Praeadvies*, p. 93.

160 In deze zin ook: Meijers, WPNR 2452–56, nr. 2, VPO II, p. 87; Diephuis, XI, p. 68; Völlmar, III, p. 292.

161 Op grond van art. 2014 OBW, *supra*, n. 78.

162 Zie Salomons, 2014 tot 1950, p. 269. Van Oven, *Praeadvies*, p. 93–99, betoogt dat in het ontwerp van 1823, waarin de ‘regstittel’ in art. 639 werd geformuleerd, het causale stelsel werd gehandhaafd. Hij baseert zich hierbij op een vergelijking met de vereisten die in het WNH aan eigendomsoverdracht werden gesteld.

§ 5.4.3 Oud Burgerlijk Wetboek; discussie over titel en *condictio*

Net zoals bij de bespreking van het Duitse en Zwitserse recht het geval was, zijn bij de samenloop van de *rei vindicatio* en de *condictio* twee vragen van belang. Ten eerste: is de *condictio* op eigendomsoverdracht gericht? En ten tweede: dient een titel al dan niet obligatoir geldig te zijn; ofwel: geldt een causaal of een abstract stelsel van eigendomsoverdracht? Hieruit volgt dat in theorie vier verschillende opvattingen kunnen worden verdedigd, en het blijkt dat in het debat onder het Oud Burgerlijk Wetboek elke mogelijke positie is betrokken. Zo is het ten eerste mogelijk om een causaal stelsel te verdedigen, en de *condictio* te beschouwen als een vordering die niet per definitie op eigendomsoverdracht is gericht, en die daarom met de *rei vindicatio* kan samenlopen. Diephuis en Land zijn de belangrijkste vertegenwoordigers van deze opvatting; zie onder I in het onderstaande overzicht. Daarnaast heeft ook het subjectieve titelvereiste (opnieuw) aanhangers gevonden, waaronder Opzoomer en Suijling. Zij baseren hun argumentatie in belangrijke mate op de stelling dat de *condictio* principieel op eigendomsoverdracht is gericht; zie onder II. Ook Meijers heeft dit subjectieve titelvereiste verdedigd, zonder evenwel een beroep te doen op dit, op de *condictio* gebaseerde, argument. Meijers kent dus, evenmin als Diephuis, aan de *condictio* invloed toe bij de bepaling van het titelvereiste. Meijers' aanvaarding van een abstract stelsel leidt er evenwel toe dat samenloop met de *rei vindicatio* zich volgens zijn leer zich in principe niet zal voordoen; zie onder III. Tot slot heeft, onder invloed van de dissertatie van Bregstein, het argument ingang gevonden dat de *condictio* een voorbeeld is van de 'verrijksactie.' Het lijkt dat de *condictio* volgens deze opvatting, net zoals in de abstracte leer van Opzoomer, wordt beschouwd als een vordering die op eigendomsoverdracht is gericht, zodat samenloop ook hier is uitgesloten. Het begrip 'verrijking' laat echter ruimte voor meer interpretaties; zie onder IV. Samengevat kunnen deze opvattingen als volgt worden weergegeven:

	<i>Causaal stelsel</i>	<i>Abstract stelsel</i>
<i>Vordering uit onverschuldigde betaling niet op eigendomsoverdracht gericht</i>	I, p. 201: Diephuis (1888), Land (1907), Van Oven (1924, 1933), Völlmar (1952), TM Afd. 6.4.2 NBW (1961), Hamaker (1971)	III, p. 206: Meijers (1916, 1918)
<i>Vordering uit onverschuldigde betaling wel op eigendomsoverdracht gericht</i>	IV, p. 208: Bregstein (1927, 1948), Asser/Rutten (1954), Hofmann/Drion & Wiersma (1959)	II, p. 203: Opzoomer (1879), Pekelharing (1897), Suijling (1925, 1940)

I. Causaal stelsel; conductio beoogt geen eigendomsoverdracht

Gerhardus Diephuis (1817–1892) en Nicolaas Karel Frederik Land (1840–1903) aanvaarden, in overeenstemming met het Franse recht onder de Code civil, een causaal stelsel van eigendomsoverdracht. Opnieuw is het de casus waarbij een zaak door de accipiënt van een onverschuldigde betaling aan een derde is doorgeleverd, die aanleiding geeft tot de vraag naar de invulling van het titelvereiste. Diephuis stelt de vraag of de solvent die een onverschuldigde betaling heeft verricht, zijn zaak onder de derde-bezitter kan revindiceren. Om die vraag te beantwoorden moet eerst worden vastgesteld of de onverschuldigde betaling tot eigendomsoverdracht heeft geleid:

‘En nu komt het dus voornamelijk aan op de vraag, of betaling zonder schuld al of niet eene wijze van eigendomsverkrijging is; en die vraag moet voor ons regt naar de bepalingen van onze wet beoordeeld worden. Daarvoor hebben wij te letten op art. 639, en wel op de wijze die daar in de laatste plaats genoemd wordt, en te vragen, of we hier hebben eene opdracht of levering ten gevolge van – of in verband met – een regttitel van eigendomsovergang. Zonder twijfel hebben wij die bij een werkelijke betaling; nevens het feit der afgifte of levering staat hier de afdoening der schuld door overdracht van het verschuldigde, waaraan de levering hare beteekenis ontleent. Doch zoo is het niet bij eene betaling zonder schuld, waarbij dus datgene ontbreekt, wat voor eene betaling verondersteld wordt, en zonder ‘twelk er geene werkelijke betaling plaats hebben kan.’¹⁶³

Uit deze passage blijkt dat Diephuis een causaal stelsel aanhangt; bij een ‘betaling zonder schuld’ vindt er immers geen ‘werkelijke betaling plaats’ zodat er geen ‘regttitel voor eigendomsoverdracht’ is. Aangezien de accipiënt door de onverschuldigde betaling geen eigenaar geworden is, heeft hij aan een derde geen recht kunnen overdragen, zodat de solvent zijn zaak van deze derde revindiceren:

‘En zoo bestaat er dus van dien kant geen beletsel tegen eene revindicatoire vordering, en moet deze niet in het algemeen ontzegd worden aan dengene, die tot betaling iets heeft afgegeven zonder het schuldig te zijn.’¹⁶⁴

Kent Diephuis naast de *rei vindicatio* tegen de derde ook een *conductio* toe tegen de accipiënt? Dit blijkt het geval te zijn:

163 Diephuis, XI, p. 69. Zie over de causale opvatting van Diephuis ook Van Oven, *Praeadvies*, p. 86–87.

164 Diephuis, XI, p. 69. Diephuis aanvaardt dat voor roerende goederen ‘eene zeer belangrijke en zeker de meeste gevallen uitsluitende beperking’ geldt vanwege de regel op grond van art. 2014 OBW bezit als volkomen titel geldt. Revindiceren zal dan niet mogelijk zijn. Zie over deze ‘leer van Diephuis’: Salomons, *2014 tot 1950*, p. 94–97.

‘Vraagt iemand nu, waarom de wet in art. 1398 en v. van de regten van den betaler tegenover den ontvanger spreekt, wanneer gene ook een regt van terugvordering heeft tegenover dengene aan wien de zaak is vervreemd, althans mede voor dat geval, dan moge hij bedenken, dat deze vordering gegrond moet zijn op eigendom, waarvan het bewijs wel eens moeilijk of niet te leveren kan zijn. En vraagt men, of dan nu de betaler en tegenover den ontvanger en tegenover den derde zijn regt kan doen gelden, dan zal het antwoord wel moeten zijn, dat hij dat kan, maar na zijn doel tegen den een bereikt te hebben, niet ook nog tegen den anderen kan optreden.’¹⁶⁵

De solvent kan zijn zaak onder de derde-bezitter revindiceren, maar heeft bovendien de beschikking over de *condictio* tegen de accipiënt. Diephuis vat de *condictio* dus niet op als een vordering die per definitie op eigendoms-overdracht is gericht.¹⁶⁶ Gevolg van deze leer is dat beide vorderingen kunnen concurreren, in welk geval Diephuis aan de solvent de keuze laat op grond van welke vordering hij wenst te procederen. Beide vorderingen staan daarmee in een alternatieve verhouding: wanneer de solvent op grond van de ene vordering heeft geprocedeerd, komt de andere vordering te vervallen, omdat de eiser ‘zijn doel’ heeft bereikt. Deze oplossing roept overigens wel de vraag in het leven wat het gevolg is voor het eigendomsrecht van de solvent wanneer hij succesvol op grond van de *condictio* zal hebben geprocedeerd. Het is moeilijk te geloven dat de solvent volgens Diephuis op dat moment zijn eigendomsrecht zal hebben verloren.¹⁶⁷

Ook Land werpt de vraag op naar de concurrentie tussen beide vorderingen:

‘Zal hij, die eene niet verschuldigde zaak voldeed, den eigendom hebben verloren, of zal hij, eigenaar gebleven zijnde, naast de rechtsoverdracht van artt. 1395 v. tegen den ontvanger, ook nog eene revindicatie tegen iederen houder kunnen instellen?’¹⁶⁸

Land geeft het voorbeeld van een erfgenaam die een onroerende zaak aan een vermeende legataris heeft betaald; hij stelt dat de solvent de *rei vindicatio* behoudt ‘tegen volgende houders van het goed’ en kiest daarmee, evenals Diephuis, voor een causaal stelsel.¹⁶⁹ Kenmerkend voor de leer van Diephuis en Land is dat de vordering van art. 1395 OBW aan de solvent ter beschik-

¹⁶⁵ Diephuis, XI, p. 71.

¹⁶⁶ Diephuis, XI, p. 49, omschrijft het gevolg van een onverschuldigde betaling in goederenrechtelijk-gezien neutrale wijze als de verplichting tot ongedaanmaking, ‘die medebrengt, dat, hetgeen is afgegeven, teruggevorderd kan en teruggegeven moet worden.’

¹⁶⁷ De oplossing van dit probleem ligt voor de hand; die van Pomponius in D. 47,2,9,1, *supra*, p. 58, n. 280, in het bijzonder vanaf p. 64.

¹⁶⁸ Land, IV, p. 301–302.

¹⁶⁹ Land, IV, p. 303. Ook Van Oven, *Praeadvies*, p. 91, waarover *infra*, n. 255, verdedigt de causale leer en houdt het, net zoals Diephuis en Land, voor mogelijk dat de *condictio* naast de *rei vindicatio* bestaat; in deze zin ook Asser/Scholten, II, p. 167.

king staat, ongeacht de vraag of de onverschuldigde betaling met overdracht gepaard is gegaan. Nu dat niet het geval blijkt te zijn, leidt dit tot samenloop tussen beide vorderingen. Een verschil tussen de leer van Diephuis en Land is slechts gelegen in een verschillende interpretatie van art. 2014 OBW, op grond waarvan de derde, wiens bezit als 'volkomen titel' geldt, eigendom kan verkrijgen.¹⁷⁰ Waar Diephuis stelt dat het bezit slechts een volkomen titel oplevert in het geval iemand het bezit 'voor zich, als het zijne' heeft,¹⁷¹ zodat de solvent een roerende zaak nog steeds zal kunnen opvorderen van degene die het voor de accipiënt is gaan houden, zoals de bruiklener, stelt Land dat art. 2014 OBW in dit geval ook aan de houder bescherming biedt.¹⁷² Volgens de leer van Land zal de *rei vindicatio* dus in een groter deel van de gevallen zijn afgesneden.¹⁷³

II. Abstract stelsel; *condictio* beoogt eigendomsoverdracht

Tegen het eind van de negentiende eeuw kwam het causale stelsel evenwel ter discussie te staan. Zo neemt de tijdgenoot en tegenpool van Diephuis, Cornelis Willem Opzoomer (1821-1892),¹⁷⁴ afstand van de causale leer. In *Het Burgerlijke Wetboek verklaard* uit 1891 bespreekt Opzoomer de passage waarin Toullier het vereiste van een obligatoir geldige titel verdedigt:¹⁷⁵

'Het begrip der *justa causa* is in deze beschouwing geheel verkeerd opgevat. Die *justa causa* toch is niets anders dan de wil van den eigenaar, om den eigendom der zaak over te dragen.'¹⁷⁶

Opzoomer keert terug naar de leer van Pothier waarbij eigendom overgaat op grond van de wil van de eigenaar om door middel van de levering eigendom over te dragen, ook wanneer de obligatoire rechtstitel die tot eigendomsoverdracht verplicht, ongeldig is.¹⁷⁷ Deze leer vormde de basis voor Savigny's opvatting dat de levering een 'zakelijke overeenkomst' is,¹⁷⁸ die in het BGB werd opgenomen. Als gevolg van deze ontwikkeling in Duits-

170 *Supra*, n. 78.

171 Diephuis, XI, p. 70.

172 Land, IV, p. 303, n. 1.

173 Zie hierover Salomons, 2014 tot 1950, p. 172-74.

174 Lokin, *Diephuis & Opzoomer*, p. 25 sq.

175 Zoals wij zagen bevat het werk van Toullier verschillende, soms tegenstrijdige, opvattingen zodat een auteur, naar gelang het standpunt dat hij wenst bij of af te vallen, naar een passage naar keuze kan verwijzen; in dit geval wenst Opzoomer afstand te nemen van de leer dat een titel obligatoir gezien geldig moet zijn, en beroept hij zich op Toullier, XI, nr. 58, *supra*, n. 99.

176 Opzoomer, VI, p. 225. Zie voor het verschil in uitleg van het titel-vereiste tussen Diephuis en Opzoomer: Zwolve, *Diephuis & Opzoomer*, p. 48-50.

177 *Supra*, n. 59. Deze opvatting vindt men ook bij Toullier, *supra*, n. 109.

178 Zie over dit 'dinglicher Vertrag' bij Savigny, *System* III, p. 312, *supra*, p. 142, n. 14. Zie over de Savigny en de Historische School, *supra*, p. 153, n. 73. Zie over dit debat: Salomons, 2014 tot 1950, p. 265-285; Van Vliet, *Transfer of movables*, p. 198.

land kwam het abstracte stelsel ook in Nederland in de belangstelling te staan.¹⁷⁹ Hierbij was opnieuw een belangrijke rol weggelegd voor het aloude argument dat het bewijs dat eigendom ook op grond van een putatieve titel overgaat gelegen is in het bestaan van de *condictio indebiti*.¹⁸⁰ Zo stelt Opzoomer dat art. 1395 OBW slechts van toepassing is wanneer 'eenig goed [...] uit het vermogen van den een door diens wil [is] overgebracht in dat van den ander.'¹⁸¹ Opzoomer grijpt terug op het Romeinse recht en beschouwt het daarom als vanzelfsprekend dat een onverschuldigde betaling altijd tot eigendomsoverdracht leidt:

'Men heeft er over gestreden, hoe zonderling mij die strijd ook voorkomt, of degeen, die het onverschuldigd betaalde ontvangt, er eigenaar van wordt. Hoe men zelfs voor het Romeinsche recht het tegendeel kon beweren, is mij een raadsel. Werd de ontvanger geen eigenaar, waarom had dan de betaler geen rei vindictio? En hoe kon er aan een condictio gedacht worden, als er geen eigendomsoverdracht was voorafgegaan?'¹⁸²

Het feit dat de *condictio* aan de solvent die onverschuldigd heeft betaald ter beschikking wordt gesteld, vormt voor Opzoomer het bewijs dat de onverschuldigde betaling eigendom heeft doen overgaan. Dit betoog verschilt in niets van dat van de glosse waarin Accursius een putatieve titel geschikt acht voor eigendomsoverdracht.¹⁸³ Hieraan ten grondslag ligt de opvatting dat de beschikbaarheid van de, op eigendomsoverdracht gerichte, *condictio* onverklaarbaar zou zijn wanneer de onverschuldigde betaling niet tot overdracht zou hebben geleid.¹⁸⁴ *Condictio* en *rei vindictio* sluiten elkaar volgens deze opvatting dus over en weer uit. De mate van vanzelfsprekendheid waarmee Opzoomer dit standpunt verdedigt, wordt slechts overtroffen door Suijling, die in 1915 in *Themis* opmerkt:

'Het eenige recht, dat de vervreemder aan de bij vergissing geschiede levering ontleent, is een persoonlijke aanspraak op terugbetaling. Het ten onrechte geleverd goed is eens en vooral in het vermogen van den verkrijger overgegaan.

179 In die zin ook: Van Oven, *Praeadvies*, p. 85–86.

180 Hofmann, *Zakenrecht*, p. 217, 221.

181 Opzoomer, VI, p. 224.

182 Opzoomer, VI, p. 224; dit geldt volgens Opzoomer voor het Romeinse als voor het Nederlandse recht.

183 Zie dit argument in de glosse 'Iusta causa,' *supra*, p. 100.

184 Pekelharing, *Terugvordering*, p. 126: 'Deze mening [dat een subjectief titelvereiste geldt], die vóór heeft, dat zij het stelsel der condicties niet tot iets onverklaarbaars stempelt, is ook door onzen wetgever gehuldigd.' In overeenstemming hiermee kiest Pekelharing, p. 118, in de discussie over de vraag of zich bij een *dissensus in causa* overdracht voordoet voor de, op de opvatting van Julianus gebaseerde, leer dat eigendom ook bij een *dissensus in causa* overgaat: 'Een zeer krachtig argument tegen de eerste betekenis van *iusta causa traditionis* [te weten de betekenis die voortvloeit uit D. 12,1,18 *pr.* van Ulpianus, *supra*, p. 87, n. 427] ligt in het bestaan der *condictiones*.'

Aldus drukken zich de artt. 1395 vlg. B. W. met ondubbelzinnige duidelijkheid uit.¹⁸⁵

In 1917 heeft ook de Hoge Raad, in het arrest *Hermans/Pieters*, althans wat betreft de cessie van vorderingen, gekozen voor het abstracte stelsel en zich bij het betoog van Opzoomer en Suijling aangesloten.¹⁸⁶

In deze zaak had Hendrik Pieters een bedrag van f 4000 bij de Twentsche Bank-vereeniging in bewaring gegeven en de vordering op de bank gecedeerd aan mejuffrouw Hermans, naar Hermans beweerde ter verrekening met een vordering uit geldlening die zij op Pieters zou hebben. De erven van Pieters hadden de in bewaring gegeven gelden van de bank opgevorderd, maar de bank had afgifte geweigerd omdat ook Hermans aanspraak maakte op dit bedrag. In rechte vorderde Hermans van de bank afgifte van de gelden en beriep zich hierbij op een door Pieters ondertekende akte die de cessie zou bewijzen. De erven van Pieters ontkenden evenwel de echtheid van dit stuk. De rechtbank had Hermans toegelaten bewijs van de echtheid te leveren, maar het Hof vernietigde deze uitspraak en veroordeelde de bank tot uitkering aan Pieters. Aan dit arrest legde het Hof de opvatting ten grondslag dat de akte geen bewijs opleverde van overdracht van de vordering, nu voor overdracht 'eene bepaalde rechtshandeling van het maatschappelijk verkeer' is vereist. Het Hof achtte een geldige titel noodzakelijk voor cessie van een vordering en huldigde hiermee het causale stelsel.

In cassatie ging het om de vraag of de 'regtstitel van eigendomsovergang' die volgens art. 639 OBW voor overdracht was vereist, een geldige overeenkomst impliceerde. Procureur-Generaal Noyon stelt, na een rechtshistorische beschouwing over het Rooms-Hollandse recht, dat 'de titel juist niet met het oogmerk tot overdracht van eigendom vereenzelvigd mag worden,' maar dat de titel 'bestaat in eene geldige overeenkomst, de geldigheid der levering beheerschende.'¹⁸⁷ De Hoge Raad overweegt dat de regel dat een betaling een schuld doet veronderstellen, meebrengt dat de bewijslast van de afwezigheid van deze schuld op de solvent rust. Zelfs indien de solvent aan deze bewijslast voldoet, verhindert dit volgens de Hoge Raad niet dat de betaling toch eigendom doet overgaan. De Hoge Raad neemt hiermee afstand van de causale leer van Noyon. De Hoge Raad overweegt, zelfs zonder daar toe geroepen te zijn door het cassatiemiddel:¹⁸⁸

185 Suijling, *Themis* 76, p. 621. Ook in zijn *Inleiding tot het Burgerlijk Recht* (over welk handboek Scholten in 1919 opmerkt: 'Van de gewone citaten vindt men niets, van Diephuis of Opzoomer, van Franschen of Duitschers wordt niet gesproken'), volhardt Suijling, V, p. 265–266, in deze stelling: 'De onverschuldigd betaalde zaak kan worden teruggevorderd. Er moet dus onverschuldigd kunnen worden betaald.'

186 HR 13 april 1917, *NJ* 1917, 534, *W* 10106, *WPNR* 2513, p. 96 sq. (*Hermans/Pieters c.s. en Twentsche Bankvereeniging*; m.nt. E.M. Meijers).

187 Op deze historische beschouwing van Noyon is kritiek mogelijk; zie Van Oven, *Praeadvies*, p. 75, 90.

188 Het cassatiemiddel zag enkel op de vraag wie de niet-verschuldigdheid van de betaling diende aan te tonen.

‘[D]at bovendien, al ware aangetoond, dat door Pieters onverschuldigd verrekend, dus onverschuldigd betaald was, het gevolg dier onverschuldigde betaling wel zoude zijn, dat Mej. Hermans volgens art. 1395 B.W. aan de erven Pieters had terug te geven hetgeen zij van de Twentsche Bank op de aan haar overgedragen vordering mocht hebben ontvangen, doch dat desniettegenstaande de eigendom der vordering tegen de Twentsche Bank op haar was overgegaan, in welken ongerechtvaardigden eigendomsovergang juist de persoonlijke vordering van hem, die eenige zaak onverschuldigd betaalde, tegen hem, die ze onverschuldigd ontving, haren grondslag vindt.’

Dát er overdracht heeft plaatsgevonden, leidt de Hoge Raad vervolgens af uit het bestaan van de vordering uit onverschuldigde betaling:

‘[...] uit de artt. 1395–1400 B. W. volgt, dat de betaling zelve is een rechtsgeldige titel van eigendomsovergang, onafhankelijk van de geldigheid of ongeldigheid van de aan die betaling ten grondslag liggende rechtshandeling.’¹⁸⁹

De overwegingen van de Hoge Raad vormen zodoende een cirkelredenering: de beschikbaarheid van de *condictio* wordt afgeleid uit het feit dat de ‘eigendom der vordering’¹⁹⁰ is overgegaan, terwijl de stelling dat eigendom is overgegaan op haar beurt, evenals bij de glosse het geval was geweest,¹⁹¹ steunt op de codificatie van de *condictio* in art. 1395 OBW.¹⁹²

III. *Abstract stelsel; condictio beoogt geen eigendomsoverdracht*

In zijn annotatie onder het arrest *Hermans/Pieters* bekritiseert Meijers het betoog dat de Hoge Raad heeft gebracht tot aanvaarding van het abstracte stelsel. Het argument dat uit art. 1395 OBW volgt dat ook de onverschuldigde betaling ‘een rechtsgeldige titel van eigendomsovergang’ is, is volgens Meijers ongeldig, nu dit artikel rechtstreeks afkomstig is uit de Code civil, terwijl in het kader van art. 711 Cc¹⁹³ wél een geldige titel wordt vereist.¹⁹⁴ Meijers acht het daarom ‘onwaarschijnlijk, dat met de artt. 1395 en vlg. ooit bedoeld is te zeggen, dat iedere betaling, ook de onverschuldigde, den eigen-

189 Meijers, *WPNR* 2513, p. 99, stelt in zijn annotatie dat de Hoge Raad de tot dan toe heersende leer, dat met de rechtstitel die voor eigendomsoverdracht wordt verlangd, een geldige rechtshandeling wordt bedoeld, heeft verlaten.

190 Tegenwoordig wordt de term eigendom voorbehouden voor het recht dat men op een stoffelijk object heeft en zou eenvoudig van de cessie van de vordering worden gesproken.

191 In die zin ook Van Oven, *Praeadvies*, p. 83: ‘De Hoge Raad [...] aanvaardde Suyling’s meening, steunend op diens argument, wat niet anders was dan het argument dat sedert Azo en Accursius aan de abstracte opvatting tot hechtsten pijler had gediend.’

192 Wittewaall, *WPNR* 2482, p. 343, stelt dat de oplossing van de Hoge Raad ‘doelloos omslachtig’ is, omdat de bank aan Hermans moet betalen, en de erven Pieters vervolgens tegen Hermans moeten procederen.

193 *Supra*, n. 75.

194 Meijers, *WPNR* 2513, p. 99–100.

dom doet overgaan.' Meijers stelt, in overeenstemming met de heersende leer bij de invoering van het OBW,¹⁹⁵ dat de *condictio* geen argument oplevert voor de invulling van het titelvereiste:

'Met den inzender¹⁹⁶ ben ik het geheel eens, dat uit art. 1395 B.W. geenszins volgt, dat de aldaar genoemde vordering een zakelijke terugvorderingsactie uitsluit. Het zwaartepunt der vraag of de eigendom is overgegaan, ligt voor mij in art. 639 B.W.; art. 1395 B.W. staat daarbuiten. De vraag dus of na de vervulling der ontbindende voorwaarde, het reeds gegevene ex art. 1395 B.W. kan teruggevorderd worden, beslist m.i. niets voor de vraag of dit gegevene ook gerevindiceerd kan worden.'¹⁹⁷

Ook in zijn opstel *Levering en Rechtstitel* uit 1916–1917 neemt Meijers afstand van dit argument, deze keer in reactie op het betoog van Suijling:¹⁹⁸

'Voor Suijling drukken de artt. 1395 vlg. B.W. met *ondubbelzinnige duidelijkheid* uit, dat het ten onrechte geleverde goed eens en vooral in het vermogen van den verkrijger is overgegaan. [...] Voor mij is het echter even ondubbelzinnig, dat de artt. 1395 vlg. B.W. dit niet zeggen. Immers ook de niet-eigenaar, die ten onrechte betaald heeft, heeft de vordering van art. 1395 B.W. Deze vordering steunt slechts op het feit, dat men betaald heeft zonder schuldenaar te zijn en *strekt tot het terugbekomen der zaak met behulp van een persoonlijke actie*. Waarom kan de persoonlijke vordering, gegrond op onverschuldigde betaling niet samenlopen met een zakelijke vordering tot teruggave, indien de vermeende schuldenaar eigenaar der in betaling gegeven zaak was?'¹⁹⁹

Tegenover het standpunt van Suijling stelt Meijers dat ook een niet-eigenaar die een onverschuldigde betaling heeft verricht, over de *condictio* beschikt. Nu de betaling, noch de ongedaanmaking van deze betaling, met eigendomsoverdracht gepaard gaat, kan dus niet gezegd worden dat de *condictio* per definitie op eigendomsoverdracht is gericht. Hiermee ontvalt de basis aan het argument dat uit het bestaan van de *condictio* een subjectief titelvereiste kan worden afgeleid.²⁰⁰ Dit neemt overigens niet weg dat Meijers de abstracte leer waartoe de Hoge Raad besluit wel degelijk 'toejuicht.'²⁰¹ Meijers doet ter onderbouwing van het abstracte stelsel nadrukkelijk *geen* beroep op het op de *condictio* gestoelde argument van de glosse, maar verwijst ter onderbouwing van deze leer naar het ontwerp dat Kemper voor

195 *Supra*, n. 157.

196 Waldorp, *WPNR* 2535, p. 347–48.

197 Meijers, *WPNR* 2535, p. 349.

198 *Supra*, n. 185.

199 Meijers, *WPNR* 2452–56, *VPO* II, p. 81.

200 Ook Asser/Scholten, II, p. 167, stelt over het argument van Suijling: 'dit argument houdt stellig geen steek. [...] Art. 1395 vlg. zijn aan den Code ontleend; deze heeft, naar niemand betwist, het causale stelsel. Op grond van hun oorsprong reeds kunnen zij nooit worden aangevoerd ten bewijze der bewering, dat de wet dat stelsel verwerpt.'

201 Meijers, *WPNR* 2513, p. 99.

het Burgerlijk Wetboek had gemaakt.²⁰² Omdat het recht sinds het ontwerp-Kemper niet zou zijn gewijzigd, zou ook het OBW 'de geldigheid der levering in geval van een onvolkomen titel' erkennen.²⁰³ Van Oven heeft hier tegen, terecht, opgemerkt dat het ontwerp van Kemper nooit tot wet was verheven en daarom slechts een poging vormt tot invoering van een abstract stelsel.²⁰⁴

De *condictio* zal, vanwege de abstracte leer die Meijers voorstaat, in de praktijk wel op retro-overdracht zijn gericht, zodat samenloop met de *rei vindicatio* zich in veel geringere mate zal voordoen dan wanneer men, met Diephuis en Van Oven, een causaal stelsel aanvaardt. Een van de weinige gevallen waarin zich tóch samenloop kan voordoen is dat waarin de eigendomsoverdracht wordt verhinderd vanwege de beschikkingsonbevoegdheid van de solvent. In dit geval zal zich samenloop kunnen voordoen tussen de *condictio* en de *rei vindicatio*, waarbij beide acties aan verschillende personen ter beschikking staan. Ook Meijers spreekt van de *condictio* van 'de niet-eigenaar, die ten onrechte betaald heeft.' Hoewel Meijers dit verband niet legt, is dit precies het geval waarin Paulus de *condictio possessionis* ter beschikking stelt aan de solvent die onverschuldigd het bezit van andersmans zaak heeft verschaft.²⁰⁵ Zo zien wij dat de leer van Meijers met die van Diephuis overeenstemt in die zin dat hij de *condictio* voor samenloop met de *rei vindicatio* geschikt acht, maar dat hij met Diephuis van mening verschilt omtrent het titelvereiste.

IV. Causaal stelsel; *condictio* beoogt eigendomsoverdracht

Twee ontwikkelingen hebben de uitgangspunten van Meijers, met betrekking tot zowel de abstracte invulling van het titelvereiste als de op eigendomsoverdracht gerichte *condictio*, doen kantelen. Ten eerste heeft de Hoge Raad in 1950 in het arrest *Damhof/Staat* uit de in art. 639 OBW gestelde eis van een 'regtstitel' afgeleid 'dat de levering den verkrijger alleen dan eigenaar maakt, indien zij plaats heeft krachtens geldigen titel.' Hiermee besliste hij definitief in het voordeel van de causale leer.²⁰⁶ Ook Meijers heeft zich met de causale leer weten te verzoenen en deze als uitgangspunt genomen voor zijn ontwerp van het nieuwe wetboek.²⁰⁷ Daarnaast heeft Bregstein in zijn

202 Meijers, WPNR 2452–56, VPO II, p. 86. Het ontwerp 1820, waarover reeds *supra*, n. 149, vereiste volgens Meijers dat de tradent 'bij de levering in de meening [moest] verkeerden, dat [de levering] geschiedde krachtens een rechtshandeling als koop, ruil of schenking, die eigendomsoverdracht ten doel heeft.' Bij het ontwerp van het Burgerlijk Wetboek zou de Staatscommissie volgens Meijers, WPNR 2853, VPO II, p. 134–35, niet van het Ontwerp 1820 hebben afgeweken.

203 Meijers, WPNR 2853, VPO II, p. 134; in deze zin reeds WPNR 2452–56, VPO II, p. 86–87.

204 Van Oven, *Praeadvies*, p. 95; zie ook Asser/Scholten, II, p. 171.

205 D. 12,6,15,1, *supra*, p. 88, n. 436.

206 HR 5 mei 1950, NJ 1951, 1 (*Damhof/Staat*; m.nt. D.J. Veegens); zie reeds HR 9 februari 1939, NJ 1939, 865 (*Woldijk/Nijman*; m.nt. E.M. Meijers).

207 Meijers, WPNR 4187, VPO II, p. 169 sq.

dissertatie uit 1927, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, het bestaan van een algemene verrijkingsvordering bepleit.²⁰⁸ Ook de vordering uit onverschuldigde betaling kan volgens Bregstein onder deze verrijkingsvordering worden geschaard:

‘Wij mogen dus aannemen, dat inderdaad voor de actie uit onverschuldigde betaling geen andere rechtsgrond dan de plaatsgevonden verrijking is aan te voeren, en dat dus de reeds in de traditie en wetshistorie te vinden opvatting in overeenstemming is met hetgeen de juridische logica ons leert.’²⁰⁹

Wat is het gevolg van de koppeling van de onverschuldigde betaling aan de verrijkingsvordering? Ter beantwoording van deze vraag is de passage van belang waarin Bregstein het ‘omstreden punt’ behandelt of eigendom overgaat op grond van een onverschuldigde betaling. Bregstein kiest hierbij, zij het met enige aarzeling, voor de causale leer:

‘Mij komt de meening van Prof. Scholten juist en ook meer in overeenstemming met het wezen der rechtsorde “na de scheydinge der eygdommen.” Immers, evengoed als uit het eigendomsrecht de actie uit verrijking volgt, *indien* de waarde zonder rechtvaardigingsgrond in de eigendom van een ander is overgegaan, volgt er uit, dat dit niet zonder rechtvaardigingsgrond in dat van een ander mag overgaan.’²¹⁰

Bregstein stelt, op cryptische wijze, dat de causale leer van Scholten ‘in overeenstemming is’ met de stelling van Grotius dat de ‘verbintenis uit baet-trekking’ is gerechtvaardigd ‘na de scheydinge der eygdommen.’²¹¹ Het betoog dat als de verrijkingsvordering is gerechtvaardigd op het moment van een overgang van een waarde zonder rechtvaardigingsgrond, dit een argument oplevert voor het causale stelsel, is echter onduidelijk. Bregstein leest daarmee in de woorden van Grotius de erkenning van een vereiste van een obligatoir geldige titel, die daar niet in kunnen worden gelezen.²¹²

208 Zie reeds *supra*, n. 21. Zie over de leer van Bregstein: Hamaker, *Onverschuldigde betaling*, p. 31–34; Biegman-Hartogh, *Ongegronde verrijking*, p. 12; Gerdes, *Derdenverrijking*, p. 39–44.

209 Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, p. 150. Ook in 1948 verdedigt Bregstein, *WPNR* 4046, p. 263, dit standpunt: ‘Zodra men geen dwaling eist voor de vordering uit onverschuldigde betaling, is op grond van art. 1395 B. W. een vordering terzake van ongegronde verrijking mogelijk, zodra slechts een betaling door de verarmde aan de verrijkte heeft plaats gevonden en deze niet door de rechtsverhouding van partijen wordt gerechtvaardigd.’

210 Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, p. 195, n. 10.

211 Grotius, *Inleidinge*, III,30,2: ‘Deze verbintenis is het aangeboren recht de naeste: want de billykheyt laet niet toe na de scheydinge der eygdommen, dat yemand hem zal verryken over eens anders schade.’

212 Ook Asser/Scholten, II, p. 170, stelt dat ‘niet met afdoende zekerheid te zeggen is, hoe [het oud-Hollandse recht] tegenover onze vraag gestaan heeft.’ In die zin stelt ook Van Oven, *Praeadvies*, p. 74–75, dat Grotius niet zomaar tot de aanhangers van de causale leer kan worden gerekend, nu het zeer wel mogelijk is dat Grotius de gemeenrechtelijke leer voor ogen heeft waarbij ook een putatieve titel als *iusta causa* kan dienen.

Wanneer de verrijksactie na overdracht ter beschikking zou worden gesteld,²¹³ zou dit bovendien eerder een argument voor de abstracte leer opleveren – het argument van de glosse. Uit deze beschouwing blijkt evenwel dat de *rei vindicatio* en de verrijksvordering, die ‘uit het eigendomsrecht volgt,’²¹⁴ elkaar volgens de opvatting van Bregstein uitsluiten. Waar de *rei vindicatio* dient om ‘het materieel object van ons recht te achterhalen,’ is de verrijksactie er volgens Bregstein op gericht om ‘de waarde van dat object te achterhalen.’²¹⁵ Bregstein kent de verrijksvordering pas toe wanneer ‘de waarde in de eigendom van een ander’ is overgegaan. Dat zou betekenen dat de solvent, wanneer deze vanwege het causale stelsel nog eigenaar is van de onverschuldigd betaalde zaak, niet de beschikking heeft over de verrijksvordering. Ook nauwkeurige lezing van de volgende passage, waarin Bregstein de verhouding tussen de *rei vindicatio* en de verrijksvordering bespreekt, leidt tot deze conclusie. Bregstein schrijft:

‘Hiermee is de verrijksactie niet een vervanging der revindicatie geworden. Praktisch zal dit dikwijls wel het geval zijn, omdat enerzijds van waardeovergang niet kan gesproken worden, zoolang het object aanwezig is en de revindicatie nog kan worden ingesteld, terwijl anderzijds dikwijls na het te niet gaan van het object de verrijksactie te voorschijn zal treden. Dit is echter het gevolg van de feitelijke verhouding. Theoretisch is deze beschouwing onjuist: evengoed als de eigendom potentieel voorzien is van de revindicatie, is hij potentieel voorzien van de verrijksactie: wanneer iemand zijn roerende zaak met de onroerende van een ander zoodanig verbindt, dat deze door accessie in de eigendom van dien ander overgaat, krijgt hij geen verrijksactie, omdat hij de revindicatie verliest, maar omdat hij de waarde van het object verliest.’²¹⁶

In deze, niet minder cryptische, passage gaat Bregstein in op het ontstaan van de verrijksvordering. De verrijksvordering ontstaat volgens hem, zo blijkt uit de laatste zin, niet wanneer de eiser de *rei vindicatio* heeft verloren, maar wanneer hij de waarde van een zaak heeft verloren. Hoewel momenten zijn te onderscheiden, geeft Bregstein toe dat deze toch in de praktijk zullen samenvallen. Zolang de *rei vindicatio* nog niet is weggevallen, heeft zich immers nog geen ‘waardeovergang’ voorgedaan, en zal er geen grond zijn voor de verrijksvordering. Na het tenietgaan van de zaak vervalt de *rei vindicatio* en is er wél sprake van een ‘waardeovergang’ en ontstaat daarom ook een verrijksactie. Bregstein geeft het voorbeeld dat iemand de eigendom van een roerende zaak heeft verloren omdat een ander de zaak door natrekking (‘accessie’) heeft verkregen. De verrijksactie dient hier als substituut voor de *rei vindicatio*. Het verwarrende aspect in deze passage is gelegen in de stelling dat de *condictio* ‘niet een vervanging van de

213 Als ‘na de scheydinge der eygendommen’ inderdaad een overdracht inhoudt.

214 Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, p. 192, stelt dat de verrijksactie ‘een uitvloeisel’ is van het eigendomsrecht.

215 Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, p. 192.

216 Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, p. 192–93.

rei vindicatio' is. De term 'vervanging van de *rei vindicatio*' wordt meestal gebruikt om aan te duiden dat de *rei vindicatio* en de verrijkingsvordering in een wederzijds uitsluitende verhouding staan.²¹⁷ Wanneer Bregstein stelt dat de verrijkingsvordering niet een vervanging is van de *rei vindicatio*, lijkt hij daarom samenloop tussen beide vorderingen juist wel toe te staan.²¹⁸ Dat dit evenwel niet de strekking is van zijn betoog, blijkt uit de aangescherpte versie ervan die Bregstein 21 jaar later publiceerde:

'De Nederlandse rechtspraak omtrent het terugvorderen van hetgeen uit hoofde van een nietige overeenkomst over en weer is gepresteerd, maakt het aannemelijk, dat het hier gaat om het achterhalen van vermogenswaarden voor zover deze identificeerbaar zijn. De [algemene verrijkingsactie] is een remplaçant van de "revindicatie"; een corrector op de regels omtrent de eigendomsovergang.'²¹⁹

De verrijkingsactie blijkt dus wél een vervanging, een 'remplaçant,' van de *rei vindicatio* te zijn: een actie die ertoe strekt een plaatsgevonden eigendomsovergang te 'corrigeren.'²²⁰ Wanneer Bregstein in het eerste citaat dus ontkent dat de verrijkingsvordering een vervanging is van de *rei vindicatio*, bedoelt hij niet dat samenloop tussen beide acties mogelijk is, maar dat de verrijkingsvordering niet ter beschikking staat in die gevallen waarin de *rei vindicatio* kan worden ingesteld, en in die zin dus niet naast en als 'vervanging' van de *rei vindicatio* ter beschikking staat. Dat dit de opvatting is van Bregstein, blijkt eveneens uit het specifieke geval van de onverschuldigde betaling, waarover Bregstein stelt:

'[H]et erkennen van de eigendomsverkrijging is één zaak, iets geheel anders is het erkennen van de definitieve verkrijging van de waarde die zij vertegenwoordigt. Art. 1395 B.W. (1235 C.) is er om het te bewijzen: in het geval van onverschuldigde betaling is er een *condictio indebiti* als er geen revindicatie meer is!'²²¹

Condictio en *rei vindicatio* staan bij Bregstein dus in een wederzijds uitsluitende verhouding. Uit dit citaat blijkt dat de *condictio*, als een toepassing van de algemene verrijkingsvordering, volgens hem niet samenloopt met de *rei vindicatio*. De vraag rijst vervolgens of deze conclusie in de literatuur en rechtspraak is overgenomen. De leer van Bregstein blijkt immers invloedrijk

217 Zo was de *condictio* in het Romeinse recht in beginsel een substituut voor de *rei vindicatio*, zie § 2.2.4, *supra*, p. 21.

218 In die zin stelt Linssen, *Voordeelsafgifte*, p. 460, ten onrechte, dat Bregstein 'het verrijksrecht niet als een remplaçant van de *rei vindicatio* aanmerkt, maar als een instrument naast de *rei vindicatio*.'

219 Bregstein, *WPNR* 4046, p. 265.

220 Dit ondanks het feit dat de omschrijving die Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, p. 201, van een 'verrijking' geeft ('noodig is slechts dat een waarde-element aan het eene vermogen is onttrokken, terwijl het andere vermogen een waarde-element bevat, dat daar niet aanwezig zou zijn, indien het vermogensverlies niet had plaatsgevonden') ruim genoeg lijkt te zijn om ook het bezit van een zaak onder dit begrip te scharen.

221 Bregstein, *WPNR* 4045, p. 258; letterlijk ook in *WPNR* 4300, p. 296. Zie ook *infra*, n. 296.

te zijn geweest. Zo zien wij dat Meijers in zijn annotatie onder het arrest *Van de Sande/De Zeeuw* uit 1935, overigens zonder naar Bregstein te verwijzen,²²² pleit voor de erkenning van de verrijkingsactie.²²³ In dit arrest kende de Hoge Raad de *condictio* niet alleen toe voor een prestatie die in het geven van een zaak (een *dare*) had bestaan, maar ook voor andere prestaties (een *facere*).

In casu was De Zeeuw houder van een vergunning voor het verkopen van sterke drank, en was hij met Van de Sande overeengekomen dat deze de vergunning voor hem zou uitoefenen in een van De Zeeuw gehuurd huis dat deels als kof-fiehuis werd ingericht. Deze overeenkomst was evenwel nietig wegens strijdig-heid met de Drankwet. De Zeeuw vorderde ontruiming, waarop Van de Sande in reconventie terugbetaling van de onverschuldigd voldane huursom eiste. De Zeeuw stelde hierop dat ook hij in dat geval recht had op compensatie voor het gebruik dat Van de Sande van het huis en de vergunning had genoten. In feite-lijke instanties werd dit recht op compensatie erkend. Van de Sande bestreed dit oordeel in cassatie. A.-G. Van Lier erkent, in overeenstemming met het arrest van het Hof, dat ook aan De Zeeuw een vordering uit onverschuldigde beta-ling toekwam, 'opdat partijen zooveel mogelijk worden hersteld in den toestand, waarin zij zouden hebben verkeerd, indien aan de nietige overeenkomst geen uitvoering was gegeven.' De Hoge Raad besluit in overeenstemming van A.-G. Van Lier en wijst het cassatieberoep af: elke betaling ingevolge van een nietige overeenkomst leidt tot een recht op terugvordering op grond van art. 1395. Wan-neer teruggave van een prestatie niet mogelijk is, zoals in het geval van de pre-s-tatie tot verschaffing van het genot van het vergunningsrecht, dient de waarde van de prestatie in aanmerking te worden genomen.

Meijers stelt dat de Hoge Raad een 'belangrijke uitbreiding aan de oude *con-dictio indebiti*' geeft, maar dat het 'veel eenvoudiger' zou zijn geweest om in een dergelijk geval geen terugvordering op grond van art. 1395 OBW toe te staan, maar een 'algemeene baattrekkingsvordering te erkennen, waarvan art. 1395 B.W. slechts één bijzondere toepassing is.'²²⁴ Argument hiervoor is dat op de ontvanger van de prestatie slechts een verplichting tot teruggave zou komen te rusten in de mate waarin hij 'in zijn vermogen bevoordeeld is,' en niet voor de volledige waarde van de prestatie.²²⁵ Uit deze annotatie kan niet worden afgeleid of Meijers de verhouding van de baattrekkingsactie tot de *rei vindicatio* op dezelfde wijze zou hebben opgevat als Bregstein.

222 Dat Meijers wel door Bregstein was beïnvloed wordt ook aangenomen door A.-G. Franx in zijn conclusie bij HR 31 maart 1978, NJ 1978, 363 (SVB/Stichting St. Jansgeleen; m.nt. G.J. Scholten).

223 HR 7 november 1935, NJ 1936, 239 (*Van de Sande/De Zeeuw*; m.nt. E.M. Meijers). Zie over dit arrest Jonkers, *Onwettigheid*, p. 157–60.

224 Meijers, in zijn annotatie onder NJ 1936, 239, p. 436.

225 Deze opvatting is nu gecodificeerd in art. 6:210, lid 2 BW. Meijers volgt Bregstein in de erkenning van de algemene baattrekkingsvordering, maar het is opvallend dat Breg-stein, WPNR 4046, p. 263, in het geval van een als doen (*facere*) te beschouwen prestatie de vordering uit onverschuldigde betaling toereikend achtte; volgens hem waren alle op een *negotium* steunende *conditiones* in art. 1395 OBW samengebracht en kon ook 'het bewijzen van diensten' onder het betalingsbegrip worden gebracht.

In de jaren vijftig is de opvatting van Bregstein gemeengoed geworden.²²⁶ Zo stellen Drion en Wiersma in hun bewerking van het handboek van Hofmann dat de *condictio indebiti* ‘tegenwoordig vrijwel algemeen’ wordt gezien als een ‘toepassing van het verrijkingsbeginsel.’²²⁷ Ook Rutten beschouwt in zijn bewerking van de Asser-serie de vordering uit onverschuldigde betaling als een *species* van de actie uit ongerechtvaardigde verrijking:

‘De rechtsgrond, zowel van de actie uit ongerechtvaardigde verrijking als van de actie uit onverschuldigde betaling (welke laatste een *species* is van de eerste) zouden wij willen zien in *het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond* voor de verrijking.’²²⁸

Het is wonderlijk om de *condictio* niet alleen te kwalificeren als toepassing van de verrijkingsgedachte of het verrijkingsbeginsel – inderdaad strekt de *condictio* tot het voorkomen van een ongerechtvaardigde verrijking – maar als een bijzondere toepassing van de verrijkingsactie, een actie die op het moment van schrijven niet was gecodificeerd, noch in de rechtspraak werd erkend.²²⁹ Belangrijker nog is de vraag hoe het notoir dubbelzinnige woord ‘verrijking’ in dit verband moet worden opgevat.²³⁰ De literatuur kiest er in het algemeen voor het begrip ‘verrijking’ in die zin op te vatten dat alleen de accipiënt die de *eigendom* heeft verkregen, als verrijkt kan worden aangemerkt. Dit blijkt uit het conflict dat Drion en Wiersma constateren tussen deze opvatting en het causale stelsel:

‘De opvatting van art. 1395 als een toepassing van het verrijkingsbeginsel past in zoverre ook niet in de causale leer m.b.t. de levering, dat daarin de terugvordering met behulp van art. 1395 plaats vindt zonder dat van verrijking kan worden gesproken.’²³¹

Drion en Wiersma stellen dat de opvatting dat de *condictio* een toepassing is van het verrijkingsbeginsel niet in overeenstemming is met het causale stelsel van eigendomsoverdracht. Nu de solvent die onverschuldigd heeft

226 Zie voor verdere literatuurverwijzingen, de conclusie van A.-G. Franx, *supra*, n. 222.

227 Hofmann/Drion & Wiersma, II, p. 22–23, onder verwijzing naar HR 4 december 1953 (NBI/Van Egmond), waarover § 5.4.4, *infra*, p. 214.

228 Asser/Rutten, 3-II¹, p. 472.

229 *Supra*, n. 19. Toch is deze terminologie niet uitzonderlijk; zo stelt ook Schoordijk, *Verbintenissenrecht*, p. 424, dat het NBW ‘als novum’ biedt dat de ‘actie uit onverschuldigde betaling ontkoppeld lijkt te worden van die uit ongerechtvaardigde verrijking.’ Het feit dat verschillende auteurs stellen dat de vordering uit onverschuldigde betaling onder het OBW ‘gekoppeld’ zou zijn geweest aan de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking, kan niet verklaard worden uit de rechtspraak van de Hoge Raad, waarin de *condictio* wordt afgeleid uit de gedachte dat de accipiënt zou worden verrijkt, wanneer hij niet tot teruggave verplicht zou zijn (zie HR 4 december 1953 (NBI/Van Egmond), maar alleen uit de grote invloed van Bregstein.

230 *Supra*, p. 175.

231 Hofmann/Drion & Wiersma, II, p. 24, n. 2.

betaald in een causaal stelsel in beginsel eigenaar is gebleven van de onverschuldigd betaalde zaak, is de accipiënt niet verrijkt. Het feit dat de solvent in dit geval tóch een *condictio* kan instellen, is volgens Drion en Wiersma dan ook niet te rijmen met de opvatting waarbij de *condictio* 'een toepassing van het verrijkingsbeginsel' is. De inconsistentie van de beschikbaarheid van een *condictio* tegen een 'niet-verrijkte' gedaagde wordt door Drion en Wiersma evenwel slechts geconstateerd, maar dit leidt niet tot verwerping van het 'verrijkingsbeginsel' als grondslag van de *condictio*. De vraag rijst vervolgens of de Hoge Raad zich over deze vraag heeft uitgelaten.

§ 5.4.4 De 'verrijkingsgedachte' in HR 4 december 1953 (*Beheersinstituut/Van Egmond*)

In een aantal arresten heeft de Hoge Raad, zonder overigens een algemene verrijkingsvordering te erkennen,²³² 'de verrijkingsgedachte' ten grondslag gelegd aan de vordering uit onverschuldigde betaling. Het eerste van deze arresten was *Beheersinstituut/Van Egmond* uit 1953.²³³ Nu dit arrest enkele jaren ná *Damhof/Staat* is gewezen rijst de vraag naar de plaats van de vordering uit onverschuldigde betaling in een causaal stelsel.

Net als *Damhof/Staat* kwam dit arrest voort uit de illegale handelspraktijken tijdens de Tweede Wereldoorlog. Op grond van een Londens besluit was het verboden om zonder voorafgaande toestemming een overeenkomst aan te gaan 'met den vijand, met een vijandelijken onderdaan of met een persoon, gevestigd of zich bevindende in vijandelijk gebied' en was een dergelijke overeenkomst van rechtswege nietig.²³⁴ In dit geval had Van Egmond, handelaar in bloembollen te Sassenheim, in 1943 aan Michels te Düsseldorf voor f 9885 bloembollen verkocht. Michels had de koopprijs vooruitbetaald en levering zou, zoals nog steeds in de branche gebruikelijk is, geschieden onder het beding 'af schuur,' hetgeen inhield dat Van Egmond aan zijn leveringsplicht zou hebben voldaan door de bloembollen naar de afgesproken plek van aflevering te versturen. In casu was verzending aan C. Maarse, station-restante te Kerkrade overeengekomen; partijen hadden hiermee de bedoeling dat Maarse de goederen wederrechtelijk de grens zou laten passeren om ze aan Michels af te leveren. De bloembollen werden evenwel aan de grens gerechtelijk in beslag genomen, verbeurdverklaard en geveild voor f 4000. Michels stelde hierop een vordering in tot vergoeding van de door hem betaalde koopprijs. Nu dit een rechtsgeding was met betrek-

232 Zie daarover HR 30 januari 1959 (*Quint/Te Poel*), *supra*, n. 19.

233 HR 4 december 1953, NJ 1954, 374 (*Beheersinstituut/Van Egmond*; m.nt. Ph.A.N. Houwing), AA 4, p. 142–149 (m.nt. Ch.J.J.M. Petit).

234 Art. 6 jo. 10 van het Besluit van 7 juni 1940, houdende een voorziening, ten einde te verhinderen, dat het rechtsverkeer in oorlogstijd schade toebrengt aan de belangen van het Koninkrijk de Nederlanden, *Staatsblad* 1940, nr. A6.

king tot 'een vijandelijken onderdaan' kon het Nederlandse Beheersinstituut het geding schorsen en zelf hervatten.²³⁵ Tegenover de vordering tot restitutie van de koopprijs stelde Van Egmond aan zijn leveringsplicht op grond van de overeenkomst te hebben voldaan. Nu deze overeenkomst nietig was, beriep hij zich erop eveneens recht te hebben te worden hersteld in de toestand waarin hij verkeerde voordat de overeenkomst was gesloten, zodat ook aan hem een vordering uit onverschuldigde betaling ter beschikking moest worden gesteld. Zowel bij de rechtbank als het Hof vond dit verweer gehoor, zodat Van Egmond de waarde van de door hem verzonden bloembollen in mindering kon brengen op de koopprijs die hij moest terugbetalen. Het Hof stelde dat de vraag van belang was of beide partijen hadden gepresteerd 'op de grondslag van de overigens nietige overeenkomst' en verwierp hiermee de grief van het Beheersinstituut dat de leveringscondities van een nietige overeenkomst 'principiële irrelevant' zouden zijn. In cassatie vond dit argument van het Beheersinstituut wel gehoor. Ook A.-G. Eggens stelt dat alleen van belang is of de koper de geleverde zaken in zijn feitelijke macht heeft verkregen. Nu de koopovereenkomst zelf nietig is, zouden ook de 'rechtshandelingen ter uitvoering van de overeenkomst,' zoals een *constitutum possessorium*, nietig zijn. Hieruit blijkt dat de A.-G. de levering als een rechtshandeling, als een zakelijke overeenkomst, beschouwt en nog in termen van het abstracte stelsel denkt.

De Hoge Raad komt terug van de leer in *Van de Sande/De Zeeuw* dat de vordering uit onverschuldigde betaling herstel in de vorige toestand beoogt. De Hoge Raad overweegt:

'dat aan den regel, dat een verkoper hetgeen hij ter voldoening aan een nietige koopovereenkomst heeft gepresteerd als onverschuldigd betaald kan terugvorderen, niet ten grondslag ligt de gedachte, dat de verkoper behoort te worden hersteld in den toestand, waarin hij verkeerde voordat hij de nietige overeenkomst had uitgevoerd, doch de gedachte, dat de koper ten nadele van den verkoper ongerechtvaardigd zou worden verrijkt, indien hij zou behouden wat hij ingevolge de nietige overeenkomst van den verkoper heeft ontvangen.'²³⁶

Ter beantwoording van de vraag of er recht bestaat op terugvordering, onderschrijft de Hoge Raad het cassatiemiddel dat er geen belang mag worden gehecht aan de vraag of partijen uitvoering hebben gegeven aan de bepalingen van de nietige overeenkomst. De Hoge Raad overweegt:

'dat de koper slechts dan verrijkt is, indien hij in het bezit is gekomen van de verkochte zaken of van de tegenwaarde daarvan; dat bij de beantwoording van de vraag of de koper het bezit van de zaken heeft verkregen geen rekening mag

235 Art. 17 van het Besluit Vijandelijk Vermogen, vastgesteld op 20 oktober 1944, *Staatsblad* 1944, nr. E 133.

236 De Hoge Raad volgt hiermee de conclusie van A.-G. Eggens, die stelde dat de ontvangst door koper, de verkoper het recht geeft tot terugvordering over te gaan: 'Wil dus de *Condictio indebiti* wegens nietige verkoop en levering kunnen slagen, dan zal de koper de gekochte goederen in zijn feitelijke macht verkregen moeten hebben [...].'

worden gehouden met een door partijen gemaakt beding omtrent het tijdstip, waarop de eigendom – en in verband daarmee het bezit – zal overgaan, indien, gelijk in het onderhavige geval, dit beding deel uitmaakt van een overeenkomst, welke in haar geheel nietig is.²³⁷

Net zoals in *Van de Sande/De Zeeuw* gaat het in *Beheersinstituut/Van Egmond* om twee partijen die op grond van een nietige overeenkomst hebben gepresteerd. Beide arresten verschillen echter in die zin dat de door Van de Sande verrichte prestatie aan De Zeeuw ten goede was gekomen en vice versa. Het aannemen van de verrijkingsgrondslag zou in die zaak geen verschil hebben uitgemaakt. In dit arrest was weliswaar door Van Egmond een handeling verricht – het verzenden van de bloembollen – maar vormde deze handeling geen prestatie ten gunste van Michels, in de zin dat diens vermogen door de prestatie was vermeerderd.²³⁸ De Hoge Raad kiest er in dit arrest voor alleen het Beheersinstituut een vordering uit onverschuldigde betaling toe te kennen voor de door Michels vooruitbetaalde koopprijs; Van Egmond kan hiertegen niet de waarde van de door hem, op grond van het nietige contract, geleverde prestatie in mindering brengen omdat de bloembollen aan de grens in beslag waren genomen en Michels nooit hadden bereikt. De Hoge Raad legt het risico van het verlies van de bloembollen hiermee geheel op de verkoper.²³⁹

De Hoge Raad heeft in dit arrest het perspectief willen verleggen van de prestatie die de solvent heeft verricht naar de vraag of de accipiënt door deze prestatie is ‘verrijkt,’ zo blijkt ook uit de notities die De Jong, die waarschijnlijk het concept had geschreven, met de andere raadsheren deelde:

‘Het komt mij voor, dat de gedachte dat de “vorige toestand” hersteld moet worden, het Hof parten heeft gespeeld. Het Hof beziet de zaak van den kant van degene die gepresteerd heeft. Ik heb getracht tot uitdrukking te brengen, dat de rechtsgrond van 1395 (althans voor ons geval) meebrengt, dat men de zaak moet bezien van den kant van de wederpartij. Bij acties uit 1395–1399 is altijd nodig, dat de gedaagde verrijkt is, al is het niet in alle gevallen noodzakelijk, dat de verrijking blijvend is geweest.’²⁴⁰

237 De Hoge Raad bevestigt de verrijkingsgrondslag van de *condictio indebiti* in HR 29 juni 1956, NJ 1956, 450 (*De Haan/Wijngaard*; m.nt. L.E.H. Rutten), AA 6 (1956–57), p. 36–39 (m.nt. A. van Oven), en in HR 8 maart 1957, NJ 1957, 525 (*Staat/Firemen’s Insurance Company of Newark*), AA 7 (1957–58), p. 46–48 (m.nt. J.H. Beekhuis), waarin de Hoge Raad oordeelt dat ‘aan den in art. 1395 B.W. gegeven regel, dat hetgeen onverschuldigd betaald is kan worden teruggevorderd, ten grondslag ligt de gedachte, dat degene, aan wien onverschuldigd betaald werd, indien hij het ontvangene zou behouden, ten nadele van de wederpartij ongerechtvaardigd zou worden verrijkt.’

238 Zo stelt ook annotator Houwing; NJ 1954, 374, p. 746.

239 Kritisch ten aanzien van deze uitkomst: Jonkers, *Onwettigheid*, p. 177–81.

240 ‘Toelichting van De Jong bij het concept van HR 4 december 1953’; dossier met rolnummer 8649.

In de literatuur wordt soms gesteld dat de Hoge Raad in dit arrest het standpunt van Bregstein zou hebben onderschreven.²⁴¹ Er vallen echter twee verschillen vast te stellen. Het eerste verschil is dat waar Bregstein de grondslag van de *condictio indebiti* ziet in de 'plaatsgevonden verrijking',²⁴² de Hoge Raad overweegt dat de koper ongerechtvaardigd zou worden verrijkt, als hij niet tot teruggave zou kunnen worden aangesproken.²⁴³ De Hoge Raad drukt zich hiermee preciezer uit dan Bregstein, omdat de ontvangst van een ongerechtvaardigde verrijking een gelijke verplichting tot teruggave van die verrijking in het leven roept. Per saldo is de gedaagde op wie deze verplichting is komen te rusten, dus niet verrijkt – hij zou slechts worden verrijkt, indien deze verplichting niet op hem zou zijn komen te rusten.²⁴⁴ Een belangrijker onderscheid is gelegen in het feit dat de Hoge Raad aan de *condictio* de voorwaarde verbindt dat de koper 'in het bezit is gekomen van de verkochte zaken of van de tegenwaarde daarvan.' Impliciet in het oordeel van de Hoge Raad is dat als de bollen niet aan de grens waren ingenomen en de accipiënt wél het bezit ervan zou hebben verkregen, hij als 'verrijkt' zou kunnen zijn aangemerkt, en hij aangesproken had kunnen worden met de *condictio indebiti*, ook al was hij door de nietigheid van de leveringstitel geen eigenaar geworden. Dat betekent dat in het geval de aflevering van de bloembollen aan het adres van Michels zou hebben plaatsgevonden, zodat Michels wel het bezit van de verkochte zaken of de tegenwaarde daarvan zou hebben verkregen, aan Van Egmond wel een *condictio indebiti* zou zijn toegekomen, naast de *rei vindicatio* die aan hem in beginsel ook ter beschikking zou hebben gestaan. Hierin verschilt de Hoge Raad in een belangrijk opzicht van de leer van Bregstein. Waar Bregstein de verrijkingsvordering immers toekent als 'remplaçant' van de *rei vindicatio*, en deze actie beschouwt als 'een corrector op de regels omtrent de eigendomsovergang',²⁴⁵ wijst de leer van de Hoge Raad uit dat de, op de verrijkingsgedachte gebaseerde, *condictio indebiti* wel degelijk met de *rei vindicatio* zou kunnen samenlopen.²⁴⁶

241 In die zin: Biegman-Hartogh, *Ongegronde verrijking*, p. 106. A.-G. Franx schrijft in zijn conclusie voor HR 31 maart 1978, NJ 1978, 363 (m.nt. G.J. Scholten; SVB/Stichting St. Jansgeleen), dat de Hoge Raad heeft beslist in overeenstemming met de heersende leer dat de 'rechtsgrond van het vorderingsrecht uit onverschuldigde betaling is het ongedaan maken van een ongerechtvaardigde verrijking.'

242 *Supra*, n. 209.

243 Cf. Toulliers beschrijving van de strekking van de *condictio*, *supra*, n. 101.

244 Zie reeds *supra*, n. 44. De accipiënt zou de eigendom uiteindelijk op grond van verkrijgende verjaring hebben kunnen verkrijgen; zie art. 2000, lid 2 OBW.

245 *Supra*, n. 219.

246 Linssen, *Voordeelsafgifte*, p. 468, schrijft, ten onrechte, dat de Hoge Raad verrijking gelijk stelt met 'een 'bezits-' of 'eigendomsverkrijging' en dat het arrest 'mede door het in Nederland geldende causale stelsel van eigendomsoverdracht, voor het leerstuk van de onverschuldigde betaling [leidt] tot een aanzienlijke beperking van de werkingssfeer.' Volgens Linssen zou de Hoge Raad de verrijkingsvordering dus hebben uitgesloten wanneer de accipiënt, op grond van het causale stelsel, geen eigenaar was geworden; de eis dat de accipiënt *eigenaar* is geworden volgt evenwel niet uit het arrest, noch uit de conclusie van A.-G. Eggens.

De Hoge Raad geeft hiermee dus een ruimere betekenis aan het begrip ‘verrijking’ dan Bregstein.²⁴⁷ De overwegingen van de Hoge Raad geven immers geen aanleiding om aan te nemen dat de eigendomsverkrijging van de accipiënt noodzakelijk was voor het oordeel dat er een verrijking zou hebben plaatsgevonden.²⁴⁸ Net zoals bij de *condictio possessionis* is een verrijking met het bezit van een zaak mogelijk. De opvatting dat de Hoge Raad in *Beheersinstituut/Van Egmond* in navolging van Bregstein de verrijkingsgrondslag aanvaardde,²⁴⁹ is niet verkeerd, maar te weinig precies.

Een aanvullend argument voor de lezing van het arrest *Beheersinstituut/Van Egmond* is dat de Hoge Raad weliswaar de ‘verrijkingsgedachte’ ten grondslag legt aan de *condictio*, maar hiermee samenloop met de *rei vindicatio* niet uitsluit, is gelegen in de geschiedenis van het ontwerp van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Zowel raadsheer De Jong, die het concept voor het arrest schreef, als advocaat-generaal Eggens, zou immers vanaf 1 augustus 1954, kort na het wijzen van dit arrest, onderdeel gaan uitmaken van het Drieman-

247 De opvatting van annotator Houwing, *NJ* 1954, 374, p. 747, dat ‘slechts ter zake doet of op [het moment van inbeslagneming] de bollen reeds eigendom van de koper waren geworden’ is dus onjuist. Terecht schrijft AA-annotator Petit: ‘Op het voorbeeld van den A.-G. acht de H.R. niet reeds beslissend, wat de verkoper gedaan heeft om de goederen in het bezit van den koper te brengen, maar alleen of de koper die inderdaad in zijn bezit heeft gekregen; dan alleen is zijn vermogen, met dit bezit, vermeerderd.’ Ook Verhagen, *RLR* 12, p. 147, n. 103, stelt terecht, onder verwijzing naar dit arrest: ‘possession is a “position protected by law” and can be regarded as a benefit.’

248 Hamaker, *Onverschuldigde betaling*, p. 137, stelt in zijn kritiek op dit arrest: ‘Waar men steeds [...] geweigerd heeft aan artt. 1395 e.v. BW een rol toe te kennen in de controverse causaal-abstract [*supra*, n. 160], behoort men andersom de keuze in die controverse invloed te ontzeggen op vragen van onverschuldigde betaling.’ Hamaker neemt hiermee niet alleen afstand van het argument der glossatoren, waarbij de *condictio indebiti* leidt tot het abstracte stelsel, maar stelt andersom dat ook het causale stelsel geen invloed mag hebben op de wijze waarop de *condictio indebiti* wordt opgevat. Hamaker stelt dus dat de Hoge Raad het geldende causale stelsel van eigendomsoverdracht beslissend heeft geacht voor het oordeel dat er geen sprake is van een verrijking en spreekt in dit kader van ‘een donkere bladzijde uit de jurisprudentie van de Hoge Raad.’ Zoals evenwel blijkt uit de geciteerde overwegingen van de Hoge Raad, is het titelvereiste bij het oordeel niet van belang. De Hoge Raad stelt niet dat nu Van Egmond in beginsel eigenaar zal zijn gebleven van de bloembollen, zich bij de accipiënt geen verrijking zal hebben voorgedaan. Als de Hoge Raad inderdaad aan het causale stelsel betekenis zou hebben toegekend bij het oordeel dat er geen sprake is van een verrijking, dan zou de Hoge Raad het titelvereiste en de nietigheid van de overeenkomst op de voorgrond hebben geplaatst, en niet uitgebreid zijn ingegaan op de vraag of de levering ‘af schuur’ Michels wel tot bezitter heeft gemaakt.

249 Zie A.-G. Franx in zijn conclusie voor HR 31 maart 1978, *NJ* 1978, 363 (m.nt. G.J. Scholten; *SVB/Stichting St. Jansgeleen*). Bloembergen, *RMTh* 1972, p. 62, stelt dat het arrest duidelijk ‘aanhaakt’ bij de ‘gedachte van de ongerechtvaardigde verrijking.’ En Asser/Rutten, 3-II¹, p. 470, verklaart dat de Hoge Raad ‘uitdrukkelijk’ besliste dat aan art. 1395 OBW de gedachte ten grondslag ligt ‘dat het onbillijk is, wanneer iemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd wordt bevoordeeld.’ Pitlo, *Verbintenissenrecht*, p. 207, meent dat de solvent met art. 1395 OBW niet meer kan vorderen ‘dan de waarde waarmede de ander onrechtmatig is verrijkt.’

schap dat het ontwerp van Boek 6 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, waartoe de verbintenis uit onverschuldigde betaling behoort, ter hand nam.²⁵⁰

§ 5.4.5 Het argument van de glosse 'Iusta causa' omgedraaid

Alvorens over te gaan tot de voorbereidingen van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, zijn nog enige opmerkingen op hun plaats over het titelvereiste en de *condictio*. Het OBW kende het uitgangspunt dat de aard van de *condictio* geen rol speelde bij de beantwoording van de vraag naar het titelvereiste.²⁵¹ Toch zijn beide leerstukken, zoals bleek, opnieuw met elkaar vervlochten geraakt. Zo baseert Suijling zijn abstracte leer, net zoals de glossatoren voor hem hadden gedaan, op het bestaan van de *condictio*.²⁵² Dit argument klinkt aantrekkelijk maar het kan, zo bleek reeds bij de bespreking van de glosse,²⁵³ worden bekritiseerd. Meijers bestrijdt het argument dat Suijling aan de abstracte leer ten grondslag legt dan ook door te ontkennen dat de *condictio* per definitie op eigendomsoverdracht is gericht.²⁵⁴ Ook Van Oven wijst het argument in zijn *Praeadvies over causa en levering* uit 1924 met kracht van de hand. Van Oven gaat hierbij evenwel, anders dan Meijers, uit van een causaal stelsel, en stelt dat de *condictio*, ook in een causaal stelsel, naast de *rei vindicatio*, van nut kan zijn:

'Het kroon-argument ten slotte der abstracte leer, het bestaan der *condictio indebiti*, vervalt zoodra men de mogelijkheid aanneemt van het naast elkander bestaan van vindicatie en condictie, een mogelijkheid die wij zelfs voor het Romeinsche recht vonden en die naar ons recht niet betwijfeld kan worden. Gelukkig wordt dit argument, hoewel dan door Suyling – die 't zelfs onweerlegbaar waant – en den H.R. nog gebruikt, door Meijers versmaad, en inderdaad is het volkomen verwerpelijk: ook als onze levering causaal is, heeft de vervreemder zonder oorzaak of krachtens gebrekkige oorzaak, naast zijn revindicatie een persoonlijke vordering broodnoodig, ten eerste omdat de zaak verbruikt, weggemaakt of in andere handen overgegaan en niet meer na te sporen kan zijn, en voorts omdat art. 2014 – in welke opvatting dan ook – de revindicatie voor een zeer groot aantal gevallen uitsluit. Het bestaan der condictie kan dus nimmer een bewijs zijn van de afwezigheid der revindicatie en dus van de abstracte levering.'²⁵⁵

Wij dienen op dit punt scherp te onderscheiden tussen twee argumenten die in dit betoog van Van Oven liggen besloten. Ten eerste kan men stellen dat de *condictio* ook in een causaal stelsel een functie vervult, zodat het bestaan van deze actie in dat geval niet een onverklaarbaar fenomeen is. Daarnaast kan men stellen dat een solvent, náást de *rei vindicatio*, behoefte kan hebben

250 Sütő, *Nieuw Vermogensrecht*, p. 94.

251 *Supra*, n. 157.

252 *Supra*, n. 185.

253 *Supra*, p. 101, n. 21.

254 *Supra*, n. 199.

255 Van Oven, *Praeadvies*, p. 89.

aan de *condictio*. Dit zijn twee te onderscheiden argumenten. In het kader van het eerste argument is het mogelijk het debat te voeren in overeenstemming met de uitgangspunten van de abstrahisten. Men vat de *condictio* dan op de traditionele wijze op, namelijk als een actie die per definitie op eigendomsoverdracht is gericht, maar men bestrijdt slechts de consequentie die de abstrahisten aan dit uitgangspunt verbinden.²⁵⁶ Ook al is de *condictio* op eigendomsoverdracht gericht, zo luidt dit argument, toch bestaat er behoefte aan deze actie, zoals in het geval de onverschuldigd betaalde zaak is geconsumeerd of teniet is gegaan. Wanneer men evenwel het tweede argument wenst te verdedigen en men de *condictio* naast de *rei vindicatio* aan een solvent ter beschikking wenst te stellen, dient men de *condictio*, in afwijking van de traditionele leer, op te vatten als een actie die niet per definitie op eigendomsoverdracht is gericht. Dit argument is verstrekkender in die zin dat men ook het uitgangspunt van de abstrahisten bestrijdt dat de *rei vindicatio* en de *condictio* elkaar uitsluiten.

De ontwikkeling in het Franse recht vertoont een overeenkomst met dit tweede betoog. De aanvaarding van het causale stelsel heeft er in het Franse recht immers toe geleid dat de *condictio* niet meer per definitie op eigendomsoverdracht is gericht. De solvent die een onverschuldigde betaling heeft verricht is in beginsel eigenaar van de onverschuldigd betaalde zaak gebleven, maar zal, naast de *rei vindicatio*, een *condictio* tot zijn beschikking hebben. Aan de andere kant bleek dat aanvaarding van een causaal stelsel in Zwitserland niet had geleid tot de conclusie dat een solvent in een dergelijk geval de keuze zal hebben tussen de *rei vindicatio* en de *condictio*. De Zwitserse rechtsleer aanvaardt weliswaar de *condictio possessionis*, zodat de *condictio* niet langer per definitie op eigendomsoverdracht is gericht, maar de reden van deze aanvaarding is vooral gelegen in het bieden van een rechtsingang aan de solvent die een onverschuldigde betaling heeft verricht, maar géén eigenaar is, zoals ook in de bekende tekst van Paulus in D. 12,6,15,1 het geval is – het geval dat ook Meijers in zijn kritiek op Suijling voor ogen heeft gestaan. In het Zwitserse Obligationenrecht vervult de ‘Kondiktionsanspruch’ daardoor slechts een subsidiaire functie voor het geval de eiser geen *rei vindicatio* tot zijn beschikking heeft.²⁵⁷

Vergelijking van het Franse en Zwitserse recht doet temeer de vraag rijzen of aanvaarding van het causale stelsel ertoe noopt de *condictio* te beschouwen als een actie die aan een eiser, naast de *rei vindicatio*, ter beschikking dient te staan, zoals tegenwoordig ook in het Nederlandse recht wordt aangenomen. Als een causaal stelsel wordt aanvaard, maar de *condictio*, volgens de traditie, wordt opgevat als een actie die op eigendomsoverdracht is gericht, zou dit tot gevolg hebben dat het toepassingsgebied van de *rei vindicatio* ten koste van de *condictio* wordt vergroot. De eigenaar heeft dan in beginsel de *rei vindicatio* tot zijn beschikking, terwijl de *condictio* weer in beeld komt wanneer de zaak teniet is gegaan. *Rei vindicatio* en *condictio* zou-

256 Cf. het betoog van Eger in het Zwitserse recht, *supra*, p. 145, n. 37.

257 *Supra*, p. 148–49.

den dan in de verhouding staan waarin zij, uitzonderingen daargelaten, ook in het Romeinse recht stonden. Dat de *condictio*, opgevat als een actie die op eigendomsoverdracht is gericht, in een causaal stelsel aan belang inboet, kan op zichzelf genomen geen argument zijn deze vordering te laten concurreren met de *rei vindicatio*. De vraag rijst dus of de solvent, nu hij in beginsel kan revindiceren, behoefte heeft aan de *condictio*, náást de *rei vindicatio*. Dient het op de *condictio* gebaseerde argument van abstrahisten zoals Suijling – het argument van de glosse ‘Iusta causa’ – te worden omgedraaid in die zin dat aanvaarding van een causaal stelsel van eigendomsoverdracht ertoe noopt om de *condictio* op te vatten als een vordering die met de *rei vindicatio* kan samenlopen?

Ter beantwoording van deze vraag is het nuttig om een nadere blik te werpen op de gevallen waarin Van Oven de beschikbaarheid van de *condictio* naast de *rei vindicatio* ‘broodnodig’ acht.²⁵⁸ In een aantal van deze gevallen – het verbruik van de zaak, de verkrijging door een derde op grond van art. 2014 OBW – is de *rei vindicatio* vervallen, en hoewel deze gevallen het nut van de *condictio* in een causaal stelsel bewijzen, en zo het op de *condictio* gebaseerde argument voor het abstracte stelsel ondergraven, leveren deze gevallen nog geen bewijs op van de stelling dat een solvent náást de *rei vindicatio* behoefte heeft aan de *condictio*.²⁵⁹ Deze voorbeelden zijn, met andere woorden, te verenigen met een stelsel waarin de *condictio* een substituut is voor de *rei vindicatio* en een actie is die, volgens de hoofdregel van het Romeinse recht, ter beschikking komt wanneer de *rei vindicatio* vanwege consumptie van de zaak is komen te vervallen.²⁶⁰ Van groter belang is daarom het geval dat de zaak aan een derde is doorgeleverd en ‘niet meer na te sporen kan zijn.’ De solvent heeft er dan belang bij dat hij de accipiënt, degene wiens bestaan hij kent en wiens contactgegevens hij heeft, rechtstreeks kan aanspreken, ook al kan hij de zaak in beginsel nog onder de derde revindiceren. Zo bespaart hij zich een onderzoek naar de mogelijkheid van een *rei vindicatio* tegen een derde die de solvent meestal, in tegenstelling tot de

258 *Supra*, n. 255.

259 In deze zin stelt Van Oven, *Praeadvies*, p. 34: ‘Het bestaan der condities is met de causale *traditio* verenigbaar omdat de *tradens* in tal van gevallen niet zal kunnen revindiceeren, n.l. als de zaak verbruikt is. De bronnen spreken daarover met onmiskenbare duidelijkheid – b.v. D. 24,1,18,1 [sic, waarschijnlijk doelt Van Oven op D. 24,1,5,18, *supra*, p. 73, n. 352] – en het spreekt toch ook wel vanzelf. Wanneer er een conditie verleend wordt dan is dat omdat en voorzoover er niet gerevindiceerd kan worden, hetzij omdat de eigendom wèl overgegaan is – dus na een abstracte overdracht zooals de *mancipatio* – hetzij omdat wel is waar de eigendom bij den vervreemder is gebleven, maar deze aan dat recht niets meer heeft, omdat de zaak is verdwenen.’

260 Van Oven, *Praeadvies*, p. 33–34, met betrekking tot de glosse, en *Praeadvies*, p. 89, met betrekking tot het Nederlandse recht. In deze zin ook Waldorp, *WPNR* 2535, p. 347.

accipiënt, niet kent.²⁶¹ Het is in deze situatie²⁶² dat het belang van het ‘naast elkander bestaan van vindicatie en condictie’ het duidelijkst naar voren treedt. Het valt op dat dezelfde voordelen die in het Romeinse recht aan de beschikbaarheid van de *condictio furtiva* waren verbonden,²⁶³ naast de *rei vindicatio*, in het Nederlandse recht in het algemeen van toepassing zijn. De uitzonderingspositie die de *condictio furtiva* in het Romeinse recht bekleedde is daarmee tot regel is verheven, zoals Van Oven treffend verwoordt:

‘Dit systeem sluit logisch aan bij het, door mij aangehangen, stelsel van de causale eigendoms-overdracht. Ook zij heeft haar beslag, mits aan den vorm voldaan zij, maar tevens mits niet bewezen wordt dat de *causa* gebrekkig was. In zulke gevallen kan men dus condiceeren en eventueel ook revindiceeren. Revindicatie en condictie “concurreren” zoals in het Rom. recht de revindicatie en *condictio furtiva* concurreerden.”²⁶⁴

§ 5.5 TOTSTANDKOMING VAN HET NIEUW BURGERLIJK WETBOEK

§ 5.5.1 Inleiding

In het Nieuw Burgerlijk Wetboek is de *condictio*, de vordering uit onverschuldigde betaling, tezamen met de zaakwaarneming en de ongerechtvaardigde verrijking, opgenomen in titel 6.4 over de ‘Verbintenissen uit andere bron dan onrechtmatige daad of overeenkomst.’ Het eerste artikel over de onverschuldigde betaling bepaalt:

Art. 6:203 BW: ‘[1] Degene die een ander zonder rechtsgrond een goed heeft gegeven, is gerechtigd dit van de ontvanger als onverschuldigd betaald terug te vorderen. [2] Betreft de onverschuldigde betaling een geldsom, dan strekt de vordering tot teruggave van een gelijk bedrag. [3] Degene die zonder rechtsgrond een prestatie van andere aard heeft verricht, heeft eveneens jegens de ontvanger recht op ongedaanmaking daarvan.’

Gezien het causale stelsel zal de solvent die een onverschuldigde betaling heeft verricht in beginsel eigenaar zijn gebleven van de onverschuldigd betaalde zaak. Naast de *rei vindicatio* komt hem evenwel ook een *condictio* toe. De Toelichting Meijers vermeldt de mogelijkheid van deze samenloop in de inleidende beschouwing op de afdeling over de onverschuldigde betaling:

261 Slechts in het geval de accipiënt in faillissement is komen te verkeren, is de *rei vindicatio* tegen de derde opnieuw aantrekkelijker.

262 Deze situatie is van groter gewicht dan het bewijsrechtelijke voordeel van de *condictio* ten opzichte van de *rei vindicatio*. Wij zagen hierboven reeds dat Diephuis op de lichtere bewijslast van de *condictio* wijst, *supra*, n. 165. Zie over de bewijslast § 5.6.6, *infra*, p. 251.

263 Cf. hetgeen in het kader van de *condictio furtiva* werd gesteld, *supra*, p. 32 sq.

264 Van Oven, WPNR 3329, p. 436, n. 15.

‘Anders dan in sommige moderne wetboeken is geschied, worden in het ontwerp de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking in twee afzonderlijke afdelingen geregeld. Al moge men in het algemeen kunnen zeggen dat het toekennen van een vordering uit onverschuldigde betaling strekt tot voorkoming van ongerechtvaardigde verrijking, toch is de regel van artikel 1 van deze afdeling niet te beschouwen als een toepassing van het in de volgende afdeling [over ongerechtvaardigde verrijking] bepaalde. De vordering uit onverschuldigde betaling heeft ten doel het ongedaan maken van die betaling, onverschillig of door de betaling een vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden. Ook indien in verband met het causale stelsel van eigendomsoverdracht de onverschuldigde betaling de eigendom van het ter betaling geleverde niet heeft doen overgaan en voor de volle waarde daarvan dus noch de betaler is verarmd noch de ontvanger is verrijkt, is er nochtans plaats voor de vordering uit onverschuldigde betaling.’²⁶⁵

Het valt op dat aan de vooravond van het wetgevingsproces de opvatting van Bregstein leidend was, op grond waarvan de *rei vindictio* en de *condictio* twee elkaar uitsluitende vorderingen waren, maar dat dit gezichtspunt tijdens het wetgevingsproces blijkt te zijn gewijzigd en de samenloop van beide vorderingen, zoals tevoren onder het OBW ook de heersende opvatting was, opnieuw mogelijk is gemaakt. De vraag rijst hoe deze ontwikkeling zich heeft voltrokken. Ter beantwoording van deze vraag is het instructief om een blik te werpen op de omvangrijke hoeveelheid ontwerpen, drukproeven, glossen en notulen die tijdens het lange wetgevingsproces van het NBW zijn geproduceerd.²⁶⁶

§ 5.5.2 De Staatscommissie

Het wetgevingsproces van het Nieuw Burgerlijk Wetboek ving in 1947 aan op het moment dat aan Meijers de opdracht werd verleend tot het vervaardigen van een ontwerp voor een nieuw wetboek,²⁶⁷ en eindigde met de inwerkingtreding van de, vermogensrechtelijk gezien, belangrijkste delen van het nieuwe wetboek op 1 januari 1992. Dit proces viel, wat betreft titel 6.4.2, in drie fasen uiteen: die waarin Meijers het ontwerp onder zich had (1947–1954), vervolgens de fase waarin het Driemanschap werkte aan het Regeringsontwerp (1954–1964), en tot slot de fase waarin Regeringscommissaris Snijders het gewijzigd ontwerp en de memorie van antwoord voorbereidde

265 PG Boek 6, p. 802–803. Deze samenloop wordt in de literatuur genoemd door Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, p. 133; Bartels, *Titel*, p. 129; Schrage, *Verbintenissen uit andere bron*, nr. 71; Boukema, *Samenloop*, nr. 25; Vriesendorp, *RMTh* 1984, p. 16; Zwolve *GrOM* 13, p. 84.

266 Zie ook het onderzoek dat Gerdes, *Derdenverrijking*, p. 60 sq., met betrekking tot de ongerechtvaardigde verrijking van art. 6:212 BW heeft uitgevoerd.

267 De *Staatscourant* van 6 mei 1947, nr. 86, p. 1 vermeldt: ‘Bij Koninklijk Besluit van 25 april 1947 no. 20 is aan prof. mr. E.M. Meijers, hoogleraar aan de Rijksuniversiteit te Leiden, opdracht verleend om een nieuw burgerlijk wetboek te ontwerpen.’

(1971–1976). Voor het huidige onderwerp blijkt de behandeling van het ontwerp door het Driemanschap in het bijzonder van belang te zijn.

Vanaf 1947 tot aan zijn dood in 1954 werkte Meijers aan het ontwerp. Hij wijdde in zijn ontwerp van de titel over de ‘verbintenissen uit rechtmatige daden buiten overeenkomst,’ zoals het opschrift van deze titel toen nog luidde, vijf artikelen aan de onverschuldigde betaling. Deze artikelen waren een bondiger formulering van de artikelen die in het OBW aan deze materie waren besteed. Zo bepaalt het eerste artikel van Meijers’ ontwerp van deze afdeling, in bewoordingen die vrijwel gelijk zijn aan art. 1395, lid 1 OBW: ‘Iedere betaling doet een schuld veronderstellen.’²⁶⁸ Het recht op terugverordering dat hier in het OBW direct op volgde is opgegaan in twee artikelen die de verplichting van de ontvanger te goeder en te kwader trouw regelen.²⁶⁹

Meijers besprak de concepten met de Subcommissie Burgerlijk recht, één van de drie subcommissies waarin de Staatscommissie voor de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving verdeeld was, zodat de leden van deze commissie commentaar konden leveren op de concepten.²⁷⁰ In een vergadering op zaterdag 28 april 1951, zoals gebruikelijk om 10 uur ’s ochtends op het Ministerie van Justitie aan het Plein,²⁷¹ besprak Meijers met de subcommissie de concepten van de afdelingen over de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking.²⁷² Naast Meijers was de algemeen-secretaris van de Subcommissie Burgerlijk Recht aanwezig, mr. Belinfante, die overigens pas ’s middags arriveerde, en de leden van de subcommissie, mrs. Bregstein, Drion, De Jong, en Petit, en de adjunct-secretaris mr. van den Bergh.²⁷³ Meijers had er voor gekozen dat met betrekking tot elk onderwerp één lid van de subcommissie schriftelijke opmerkingen zou voorbereiden.²⁷⁴ Ter voorbereiding op deze vergadering had Bregstein, gespecialiseerd in het verrijgingsrecht, schriftelijk commentaar gegeven. Nadat Bregstein had opgemerkt: ‘De verhouding tussen beide afdelingen is mij niet duidelijk,’²⁷⁵ ontstond discussie over de verhouding tussen de afdelingen over de onver-

268 ‘Stukken betreffende Boek 6, titels 2 t/m 5, besproken in vergaderingen van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie Burgerlijke Wetgeving ter voorbereiding van het Ontwerp Meijers,’ nr. BW 52 en 52a (Door de Staatscommissie besproken ontwerp-tekst).

269 De artikelen 2 tot en met 5 van Meijers’ ontwerp vallen in grote lijnen samen met art. 1399, 1398, 1397 en 1400 OBW. Art. 1396 OBW, dat als pendant van art. 1395 OBW de verplichting van de ontvanger noemt, keert niet terug in het ontwerp.

270 De andere twee subcommissies waren die voor Handelsrecht en Burgerlijke Rechtsvordering; zie Florijn, *Burgerlijk Wetboek*, p. 114.

271 Florijn, *Burgerlijk Wetboek*, p. 118, n. 96.

272 ‘Notulen van de Honderdthintigste Vergadering van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving.’

273 Mr. Eggens, die later bij het ontwerp een belangrijke rol zou spelen, was één van de leden die een bericht van verhindering had gegeven.

274 Florijn, *Burgerlijk Wetboek*, p. 117.

275 Zie ook Gerdes, *Derdenverrijking*, p. 61–62.

schuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking. Volgens Bregstein moest de grens tussen beide afdelingen worden gelegd bij 'vermogensvermeerdering door prestatie en andere gevallen',²⁷⁶ en zou de vordering uit onverschuldigde betaling op alle betalingen van toepassing moeten zijn, niet alleen op die betalingen die uit een *datio* bestonden. Bregstein neemt hiermee afstand van de opvatting van Meijers in diens annotatie onder het arrest *Van de Sande/De Zeeuw* dat slechts die prestaties die uit een *datio* bestonden onder de onverschuldigde betaling vielen, en dat voor andere prestaties de ongerechtvaardigde verrijking (de 'baattrekkingsactie') ter beschikking moest worden gesteld.²⁷⁷ In de vergadering verdedigt Bregstein de stelling dat tussen onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking geen fundamenteel verschil bestaat:

'De heer Bregstein is van mening, dat men niet kan terugvorderen zonder aan te geven wat de waarde van de prestatie is. Dus is er geen duidelijke tegenstelling tussen de beide acties.'²⁷⁸

Meijers merkt over de verhouding tussen beide afdelingen op:

'In de opvatting van de Voorzitter is "betaling" in Afdeling II (onverschuldigde betaling) in enge zin gebruikt. In de Memorie van Toelichting zou dus moeten worden opgemerkt, dat Afdeling III [ongerechtvaardigde verrijking] een aanvulling is van Afdeling II.'²⁷⁹

Meijers blijkt de ruime opvatting van Bregstein waarbij onder betaling ook andere prestaties dan een *datio* vallen, niet te delen. In het systeem van Meijers moet dus in een groter deel van de gevallen op de ongerechtvaardigde verrijking worden teruggegrepen dan bij Bregstein het geval is. Het concept dat Meijers had opgesteld van de bepalingen over de vordering uit onverschuldigde betaling staat in de traditie van het OBW: 'Iedere betaling doet een schuld veronderstellen.'²⁸⁰ In de subcommissie komt dit artikel aan de orde:

'De bedoeling van deze bekende uitdrukking is eigenlijk, dat de veronderstelling iets schuldig te zijn voorwaarde is voor betaling. Wellicht zou het dus ook beter zijn indien de tekst van dit artikel scherper zou worden gesteld, b.v. "Beta-

276 Bregstein verwijst naar *Ongegronde vermogensvermeerdering*, p. 164, 232, 264, en zijn artikel in WPNR 4046, § 18.

277 *Supra*, n. 224.

278 Op p. 563 van de 'Notulen,' *supra*, n. 272.

279 Op p. 563 van de 'Notulen,' *supra*, n. 272.

280 Zie art. 1395 OBW, *supra*, n. 140.

ling vindt plaats indien men presteert in de veronderstelling iets verschuldigd te zijn.”²⁸¹

De vraag of de *condictio* met de *rei vindicatio* kan samenlopen is in de subcommissie niet duidelijk beantwoord. Een aanwijzing dat men een verrijking met het bezit mogelijk acht blijkt evenwel uit de volgende passage waarin het artikel over de teruggaveverplichting van de accipiënt te goeder trouw wordt besproken:²⁸²

‘De Voorzitter stelt voorts de vraag of de ontvanger, die te goeder trouw is, ook de vruchten moet teruggeven. Hij meent dat dit niet moet, evenmin als bij *bezit* te goeder trouw (zie Titel Bezit art. 13). De heer Bregstein zou hier aan de rechter grotere vrijheid willen laten. Teruggegeven moet worden de *verrijking*, de vruchten kunnen daaronder soms geheel of gedeeltelijk vallen. Verder kan er zelfs verrijking zijn, wanneer het bezit weer is verloren gegaan, b.v. is weggeschonken, indien aannemelijk is dat de schenker een soortgelijke schenking ook zou hebben gedaan als hij niet de onverschuldigd ontvangen zaak zou hebben bezeten.’²⁸³

Deze passage suggereert dat de afdeling over de onverschuldigde betaling ook van toepassing is op de accipiënt die slechts het bezit, maar niet de eigendom, van een zaak heeft verkregen. Naar aanleiding van een vraag van Drion bij de behandeling van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking, komt de samenloop tussen de persoonlijke vordering uit ongerechtvaardigde verrijking en de vordering, waarbij men ‘de zaak zelf’ opvordert – dat wil zeggen met de *rei vindicatio* – aan de orde. Deze discussie over de casus waarin een debiteur te goeder trouw heeft betaald aan ‘iemand die in het bezit is der inschuld’ vindt plaats in het kader van de afdeling over de ongerechtvaardigde verrijking:

‘De heer Drion vraagt of uit deze bepaling [het artikel over de ongerechtvaardigde verrijking] volgt dat men nooit de zaak zelf kan terugvorderen, doch alleen een geldvordering heeft. De Voorzitter antwoordt dat men normaliter de zaak zelf kan terugvorderen; dit echter niet op grond van de onderhavige subsidiaire actie, doch op grond van levering zonder titel. De heer Drion betwijfelt of men van levering zonder titel kan spreken. Er was toch blijkbaar “bezit van een inschuld”; daarop past een geldige betaling, die slechts aantastbaar wordt als de

281 Op p. 564 van de ‘Notulen,’ *supra*, n. 272. In de laatste concept-tekst die Meijers van deze afdeling maakte, nr. BW 52 IV, kwam dit artikel overigens te luiden: ‘Wat als verschuldigd wordt gegeven, wordt vermoed verschuldigd te zijn.’ Ook van dit ontwerp is de precieze datum onbekend; volgens ‘Boek 6. Verbintenissen in het algemeen. Inhoudsopgave van stukken, opgesteld vóór het overlijden van prof. Meijers,’ 26 januari 1955, is dit concept ‘waarschijnlijk’ in 1952 tot stand gekomen.

282 BW 52a, art. 2: ‘Hij, die te goeder trouw een goed als aan hem verschuldigd heeft ontvangen, zonder dat dit aan hem verschuldigd was, is verplicht dit goed terug te geven, tenzij hij te goeder trouw daarvan het bezit heeft verloren. Zo het goed door hem is vreemd, moet hij de koopprijs teruggeven.’

283 Op p. 564–65 van de ‘Notulen,’ *supra*, n. 272.

betaler zijn vergissing bemerkt en daar werk van maakt. De pseudo-crediteur is dus eigenaar geworden. Andere leden menen dat dit laatste eerst geschiedt op het ogenblik dat de betaler van de *condictio* afziet. De *Voorzitter* meent dat art. 1422 B.W.²⁸⁴ uitsluitend dient ter bescherming van de betaler t.g.o. de werkelijke crediteur. Men mag daaraan geen consequenties verbinden t.o.v. de eigendomsovergang tussen betaler en de bezitter der inschuld. Met andere woorden 1422 B.W. regelt de gevolgen van revindicatie ("uit het bezit stoten") van de echte crediteur tegen de putatieve, doch zegt niets over de *condictio* tussen de debiteur en de putatieve crediteur. Overigens acht spreker het belang van deze kwestie niet groot, wanneer de onderhavige bepaling wordt geplaatst in de titel over onverschuldigde betaling, na de bepalingen die thans in B.W. 52a staan, en daarnaar verwijst. Dan zal duidelijk zijn dat het onderhavige artikel slechts een aanvullende regeling geeft op het voorgaande.²⁸⁵

Drion stelt de vraag aan de orde of zich de situatie kan voordoen dat naast de verrijkingsvordering de *rei vindicatio* van toepassing is. Meijers geeft aan dat dit 'normaliter' mogelijk is – hiermee doelt hij op het effect van het causale stelsel. Als terugvordering op grond van 'levering zonder titel' mogelijk is, dat wil zeggen door middel van de *rei vindicatio*, dan kan de verrijkingsactie niet worden ingesteld omdat deze een subsidiair karakter heeft. Een verrijking met het bezit van een zaak is dus mogelijk, maar op grond van dit subsidiariteitsbeginsel kan de solvent dit bezit niet met de verrijkingsvordering opvorderen, zolang de *rei vindicatio* beschikbaar is.²⁸⁶ Meijers stelt zich hiermee *de facto* op de positie van het Zwitserse recht.²⁸⁷ Vervolgens verplaatst de discussie zich naar de vraag of de eigendom door de betaling van de debiteur op de vermeende crediteur is overgegaan. Meijers stelt dat de bepaling van art. 1422 OBW slechts de debiteur tegen de daadwerkelijke crediteur beschermt en dat dit artikel hierin geen rol mag spelen. De discussie tussen Drion en Meijers vindt plaats in het kader van de ongerechtvaardigde verrijking, maar toch wordt gesproken van de *condictio* – een aanwijzing voor het feit dat tussen de *condictio* en de verrijkingsvordering geen fundamenteel verschil werd gezien.²⁸⁸

284 Art. 1422 OBW bepaalde: 'De betaling te goeder trouw gedaan aan iemand die in het bezit is der inschuld, is van waarde, ook dan wanneer die bezitter naderhand bij uitwinning uit dat bezit gestooten is.' Zie hierover Zwolve, *Qui solvit alii*, p. 78 sq.

285 Op p. 568–69 van de 'Notulen,' *supra*, n. 272.

286 Het concept van het artikel over de verrijkingsvordering, art. 6.4.3.1, bepaalde in lid 3: 'De in de twee voorgaande leden vermelde vorderingen komen de benadeelde slechts toe, voor zover hem jegens de verrijkte geen andere vergoedingsvordering ten dienste staat.' Zie Gerdes, *Derdenverrijking*, p. 62.

287 Zie § 4.3.4, *supra*, p. 162. Wellicht was het Meijers' grote interesse voor het Zwitserse recht – reeds binnen drie maanden na zijn aanstelling reisde Meijers naar Zwitserland om zich in de Zwitserse rechtspraktijk te verdiepen; zie Florijn, *Burgerlijk Wetboek*, p. 106, 113 – die hem bracht tot aanvaarding van het subsidiariteitsvereiste.

288 De opvatting van de 'andere leden' dat de 'pseudo-crediteur' eigenaar wordt zodra de debiteur 'afziet' van de *condictio* – wellicht wordt hiermee bedoeld de cessie van de *condictio* aan de daadwerkelijke crediteur – is overigens onbegrijpelijk.

Uit deze passage blijkt dat de verhouding tussen beide vorderingen in de vergadering van de Subcommissie nog geen uitgemaakte zaak was. De stelling van Bregstein, dat de vordering uit onverschuldigde betaling een voorbeeld is van die uit ongerechtvaardigde verrijking, wordt niet met zoveel woorden onderschreven, maar uit het feit dat Drion ('spreker') in het slot van dit citaat overweegt om de ongerechtvaardigde verrijking in de titel (lees: afdeling) over die uit onverschuldigde betaling te regelen, blijkt wel dat men uitgaat van een nauw verband tussen beide acties.

§ 5.5.3 Het Driemanschap

Bij zijn dood had Meijers een ontwerptekst afgerond van titel 6.4, maar deze nog niet van een toelichting voorzien.²⁸⁹ In 1954 werd een Driemanschap, bestaande uit Jan Drion, Frits de Jong en Jannes Eggens (in 1958 opgevolgd door Geert de Grooth), aangesteld om het ontwerp van het nieuwe wetboek te vervolgen.²⁹⁰ Zij wijzigden de inhoud van boek 6 ingrijpend. Ook het recht met betrekking tot de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking, waar acht bijeenkomsten voor werden uitgetrokken,²⁹¹ werd grondig herzien. De indeling van titel 6.4 in afdelingen over de zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking, bleef evenwel ongewijzigd. Bij de verdeling van de materie onder de leden van het Driemanschap, werden de afdelingen over de onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking toegewezen aan Drion.²⁹²

Op 30 augustus 1956, tijdens één van de 282 vergaderingen die door het Driemanschap werden gehouden,²⁹³ kwam de vraag aan de orde of de vordering uit onverschuldigde betaling een verrijkingsactie is. In deze vergadering werd een nota besproken met een samenvatting van hetgeen in de Staatscommissie over dit onderwerp was gezegd.²⁹⁴ In de Staatscommissie was, zoals wij zagen, nog geen duidelijkheid geschapen over de verhouding tussen de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking, zij het dat de leer van Bregstein het debat bepaalde. In het Driemanschap blijkt dat Drion een andere koers is gaan varen dan door Bregstein was voorgestaan:

289 Dit blijkt uit de 'Boek 6. Verbintenissen in het algemeen. Inhoudsopgave van stukken, opgesteld vóór het overlijden van prof. Meijers,' 26 januari 1955. Zie ook Gerdes, *Derden-verrijking*, p. 60, n. 10.

290 Florijn, *Burgerlijk Wetboek*, p. 177.

291 *Op. cit.*, p. 256.

292 *Op. cit.*, p. 192.

293 *Op. cit.*, p. 199.

294 'Overzicht van het in de Staatscommissie besprokene (120^{ste} vergadering),' 14 augustus 1956, p. 1: 'In zijn rapport merkt Bregstein op, dat de verhouding [tussen de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking] hem niet duidelijk is. Meijers wil blijkbaar de actie uit onverschuldigde betaling beperken tot de gevallen waarin een goed onverschuldigd is overgedragen; voor de gevallen dat op andere wijze onverschuldigd is gepresteerd, wil hij de afd. Ongerechtvaardigde verrijking van toepassing doen zijn.'

‘Betreffende de verhouding tussen Onverschuldigde Betaling en Ongerechtvaardigde Verrijking: anders dan Bregstein ziet Drion in de onverschuldigde betaling geen toepassing van het beginsel van de ongerechtvaardigde verrijking; immers in verband met het causale stelsel vindt er in de meeste gevallen dat van onverschuldigde betaling sprake is, geen vermogensverschuiving en dus geen verrijking plaats. Voor deze gevallen heeft de *condictio*, naast de revindicatie, betekenis in verband met de bewijslast. Dit aspect was in de Staatscommissie niet ter sprake gekomen. Hiermede is men het eens en dit heeft tot consequentie, dat men het systeem van Meijers: voor elk der acties een afzonderlijke afdeling in titel 4, handhaaft. Deze opzet sluit ook het beste aan bij het huidige recht.’²⁹⁵

Drion bestrijdt in deze vergadering de opvatting van Bregstein dat de vordering uit onverschuldigde betaling een bijzondere toepassing is van de algemene vordering uit ongerechtvaardigde verrijking. Gezien het causale stelsel, zo meent Drion, is de accipiënt van een onverschuldigde betaling in beginsel niet verrijkt, maar dient de solvent, op grond van bewijsrechtelijke overwegingen, toch de beschikking te hebben over de *condictio*, naast de *rei vindicatio*. Het verbaast niet dat Bregstein bezwaar maakte tegen deze gang van zaken. Uit het verslag van de vergadering die een week later, op 6 september 1956, werd gehouden, blijkt dat Bregstein zijn leer nog eens telefonisch aan Drion heeft uiteengezet, maar dat hij zelf degene is geweest die tijdens het gesprek van opvatting is veranderd. De notulen geven een verslag van het gesprek:

‘Prof. Bregstein heeft in een telefonisch gesprek met Drion er op gewezen, dat zijn dissertatie, in tegenstelling tot het door het driemanschap gekozen systeem, uitgaat van de stelling dat de onverschuldigde betaling een toepassing is van de ongerechtvaardigde verrijking. Hij was het er niet mee eens dat de *condictio* ook opgaat als ten gevolge van het causale stelsel de eigendom niet is overgegaan en meende aanvankelijk ook dat de ontvanger de zaak niet behoeft terug te geven als de betaler geen eigenaar blijkt te zijn geweest. Hij gaf echter toe dat dit niet juist is, omdat ook de bezitter-niet-eigenaar een economisch belang bij de zaak heeft en dus verarmd is door de onverschuldigde betaling. Hij kon zich tenslotte wel met het gekozen systeem verenigen.’²⁹⁶

Het is interessant dat Bregstein, die de *condictio* altijd als een ‘remplaçant’ van de *rei vindicatio* had beschouwd, bereid bleek zijn opvatting te herzien. Het valt bovendien op dat het argument op grond waarvan Bregstein overtuigd is geraakt van Drion’s opvatting niet het vermeende bewijsrechtelijke voordeel was dat volgens Drion aan de *condictio* zou zijn verbonden, maar het feit dat het bezit een zelfstandige vermogenswaarde vertegenwoordigde

295 ‘Notulen van de 128^e bespreking op 30 augustus 1956 van 10–16.30 uur, Lange Voorhout 16,’ p. 1–2. Zie de gelijke opvatting in Hofmann/Drion & Wiersma, *supra*, n. 231. Tijdens deze bespreking werd ook het opschrift van de titel gewijzigd van ‘Verbintenissen uit rechtmatige daden buiten overeenkomst’ in ‘Verbintenissen uit andere oorzaak dan overeenkomst of onrechtmatige daad.’

296 ‘Notulen van de 129^e bespreking op 6 september 1956,’ p. 2.

en als zodanig voorwerp van een *condictio* moest kunnen zijn. Het is precies dit argument dat Bruns in Duitsland voor de *condictio possessionis* had aangevoerd.²⁹⁷ Toch lijkt dit argument alleen ingezet te zijn om Bregstein te overtuigen – en inderdaad is dit argument, wanneer men aanneemt dat een verrijking van het bezit van de zaak mogelijk is, ook meer geschikt om iemand te overtuigen die zich op het standpunt stelt dat de vordering uit onverschuldigde betaling een verrijkingsactie is. Het argument lijkt overigens in de vergaderingen van het Driemanschap zelf niet aan de orde te zijn geweest als argument om de *condictio*, naast de *rei vindicatio*, ter beschikking te stellen, hetgeen te begrijpen is vanuit het feit dat het Driemanschap de betaling centraal stelde, en niet de noodzaak zag de onverschuldigde betaling in het keurslijf van de ongerechtvaardigde verrijking te dwingen.

De opvatting dat beide acties kunnen samenlopen vindt men ook terug in de toelichtende opmerkingen over de verhouding tussen de onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking. Deze opmerkingen werden door de notuliste, Els Fischer-Keuls, bij de concepten van 22 november 1956 voor beide afdelingen opgesteld:

‘De ontworpen tekst volgt de indeling, die in de laatste tekst van Prof. Meijers (B.W. 52 en 53 IV) werd gegeven: de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking zijn in twee afzonderlijke afdelingen opgenomen. Hoewel ook voor de vordering uit onverschuldigde betaling geldt dat, bij goede trouw van de ontvanger, deze slechts tot teruggave verplicht is voor zover hij door de betaling werd verrijkt, mag men toch de onverschuldigde betaling niet zien als een toepassing der verrijkingsactie, dus als een species van het genus ongerechtvaardigde verrijking. Immers de vordering uit onverschuldigde betaling heeft ten doel het ongedaan maken van een betaling, die zonder rechtsgrond is geschied, onverschillig of door de onverschuldigde betaling al dan niet een verschuiving in de omvang der betrokken vermogens heeft plaats gehad: de actie uit onverschuldigde betaling kan worden ingesteld, ook al heeft in casu de betaling tengevolge van het causale stelsel de eigendom van het betaalde niet doen overgaan.²⁹⁸ [...] Dit onderscheid in geaardheid tussen de twee acties heeft consequenties. Ongedaanmaking der onverschuldigd verrichte betaling kan worden verlangd, ook al is de ontvanger door de betaling niet verrijkt – b.v. omdat hij de eigendom van de betaalde zaak niet heeft gekregen – en ook al is de betaler niet verarmd. Dit laatste kan zich voordoen als een goed onverschuldigd is betaald door een niet-eigenaar, die niet optrad voor de eigenaar. De betaler is niet voor de waarde van het goed verarmd, omdat hij verplicht is het goed aan de eigenaar terug te geven; wel kan het bezit van het goed op zichzelf een economische waarde voor hem hebben, maar deze waarde ligt niet aan de vordering ten grondslag.’²⁹⁹

297 *Supra*, p. 155, n. 78; zie ook p. 164, n. 120, voor het Zwitserse recht.

298 Hierbij verwijst de toelichting naar Von Caemmerer en Larenz; bovendien blijkt uit de opmerking ‘Anders Bregstein, Ongegronde vermogensvermeerdering, p. 148 v.’ (waarover *supra*, n. 209) dat het Driemanschap hier bewust afwijkt van de leer van Bregstein.

299 ‘Toelichtende opmerkingen van Mevrouw Mr. E.J.A. Fischer-Keuls bij de concepten d.d. 22 november 1956 voor de tekst van de afdelingen 6.4.2 en 6.4.3 (Onverschuldigde betaling en Ongerechtvaardigde verrijking),’ p. 1–2.

Uit deze toelichting blijkt dat het Driemanschap de vordering uit onverschuldigde betaling niet beschouwt als een toepassing van die uit ongerechtvaardigde verrijking; de vordering uit onverschuldigde betaling is gericht op de ongedaanmaking van de betaling, ongeacht de vraag of de ontvanger verrijkt is – hetgeen op grond van het causale stelsel vaak niet het geval zal zijn. Uit dit fragment blijkt dus dat het Driemanschap alleen die persoon als *verrijkt* aanmerkt die de eigendom van een bepaalde zaak heeft verkregen en diegene als verarmd die de eigendom heeft verloren. Het valt bovendien op dat het Driemanschap ter ondersteuning van de leer dat de vordering uit onverschuldigde betaling van toepassing is, ook daar waar de ontvanger niet is verrijkt, verwijst naar de situatie dat de solvent andermans zaak onverschuldigd heeft betaald. Dit is, opnieuw, het geval dat ten grondslag lag aan de bekende tekst van Paulus in D. 12,6,15,1 en dat door de hele rechtsgeschiedenis heeft geleid tot afwijking van de leer dat de *condictio* per definitie op eigendomsoverdracht is gericht.

Per 1 januari 1957 werd een nieuwe werkverdeling geïntroduceerd om een concept sneller in de plenaire vergadering aan de Driemannen te kunnen voorleggen, en werden de medewerkers tot wetsontwerpers gepromoveerd. Titel 6.4 werd hierbij toegewezen aan Fischer-Keuls.³⁰⁰ In de vergadering op 4 april 1957 komt de vraag naar de rechtsgrond van de *condictio* opnieuw aan de orde. Het Driemanschap had op 5 maart aan Bregstein als externe deskundige een nota voorgelegd met twintig vragen – zeventien over de onverschuldigde betaling en drie over de ongerechtvaardigde verrijking³⁰¹ – waarvan het tweede vraagpunt over de onverschuldigde betaling betrekking had op de uitleg van de termen ‘zonder rechtsgrond’ en ‘betaling.’³⁰² Bij de bespreking van de betekenis van de term ‘zonder rechtsgrond’ komt de afwijkende koers die het Driemanschap ten opzichte van de opvatting van Bregstein is gaan varen, tot uiting:

‘Punt 2. a. Prof. Bregstein voelt niet voor een verschil in terminologie in de bepalingen omtrent Onverschuldigde betaling en Ongerechtvaardigde verrijking; in beide gevallen is “zonder rechtsgrond” de juiste term. Drion wijst er op, dat het bij de onverschuldigde betaling aankomt op de handeling waardoor de vermogensverschuiving is teweeggebracht, terwijl het bij de ongerechtvaardigde verrijking gaat om het resultaat, om een toestand; dit rechtvaardigt z.i. het gebruik van twee verschillende termen. Prof. Bregstein ziet deze tegenstelling niet: in beide gevallen komt het er op aan, of het objectieve recht de vermogensovergang gegrond acht.’³⁰³

300 Florijn, *Burgerlijk Wetboek*, p. 198–99.

301 Zie ook Gerdes, *Derdenverrijking*, p. 71, n. 49.

302 ‘Vragen ter bespreking met prof. Bregstein. Behoort bij de concepten d.d. 5 maart 1957 van de tekst der afdelingen 6.4.2 en 6.4.3, Onverschuldigde en ongerechtvaardigde verrijking (B.W. 52, VI en 53, IV),’ p. 1–2.

303 ‘Notulen van de 151^e bespreking op 4 april 1957 van 10–13 uur, Lange Voorhout 16, Den Haag,’ p. 2.

Drion onderscheidt de onverschuldigde betaling van de ongerechtvaardigde verrijking door de nadruk te leggen op de handeling respectievelijk het resultaat van een vermogensverschuiving. Bregstein stelt dat in beide gevallen de (afwezigheid) van een rechtvaardiging voor de ‘vermogensovergang’ van belang is. Drion spreekt van een ‘vermogensverschuiving’ en Bregstein van een ‘vermogensovergang’; achter deze twee termen die ogenschijnlijk hetzelfde betekenen, blijkt een verschil schuil te gaan:

‘b. “Betaling” in de zin van het opschrift van deze afdeling moet volgens prof. Bregstein verstaan worden in de zin van “gewilde vermogensovergang”. Is er, in verband met het causale stelsel[,] geen vermogensovergang, dan is er z.i. naast de revindicatie geen plaats voor de condictie; de condictie kan de revindicatie slechts vervangen als de zaak niet meer bij de ontvanger aanwezig is en de waarde moet worden vergoed. Het driemanschap meent, dat de condictie, ook al is de revindicatie mogelijk, zin heeft in verband met de bewijslast en dat er dus ook gecondiceerd kan worden als er geen vermogensovergang was.’³⁰⁴

Uit dit citaat blijkt dat de telefonische overeenstemming tussen Drion en Bregstein geen stand heeft gehouden en dat Bregstein zijn oude standpunt waarbij *rei vindicatio* en *condictio* elkaar over weer uitsluiten, herneemt. Het is bovendien interessant dat het Driemanschap, net zoals in de bespreking van 30 augustus 1956,³⁰⁵ de noodzaak van samenloop onderbouwt met een verwijzing naar het bewijsrecht. Dit argument wordt slechts genoemd, maar niet onderbouwd. Vervolgens komt het verschil tussen de opvatting van het Driemanschap en Bregstein tot uiting bij een bespreking van de, inmiddels als klassiek te beschouwen, situatie van de niet-beschikkingsbevoegde onverschuldigde betaler – de situatie die ook door Meijers was besproken.³⁰⁶ Dient de solvent in dit geval de *condictio* te hebben, zolang de zaak nog, zij het door een ander, gerevindiceerd kan worden? Bregstein meent van niet:

‘Hiermede hangt samen de vraag of, als een zaak onverschuldigd is betaald door een niet-eigenaar, de solvens moet kunnen condiceren (ofschoon hij niet verarmd is) (zie punt 15³⁰⁷). Prof. Bregstein meent dat als b.v. een dief de gestolen zaak onverschuldigd heeft betaald, de zaak opgeconsumeerd en de ontvan-

304 ‘Notulen van de 151^e bespreking op 4 april 1957 van 10–13 uur, Lange Voorhout 16, Den Haag,’ p. 2–3.

305 *Supra*, n. 295.

306 *Supra*, n. 205.

307 De 15^e vraag aan Bregstein luidde: ‘Moet een bepaling worden opgenomen, inhoudende dat als de ontvanger van een onverschuldigde betaling bemerkt dat het hem geleverde goed niet het eigendom was van de betaler maar van een derde, hij (onder bepaalde omstandigheden, maar onder welke?) verplicht is de eigenaar te waarschuwen? (vergelijk 1757 lid 2 B.W.). Zo ja, moet dit dan gelden zowel als de ontvanger de zaak zelf nog kan restitueren als wanneer hij verplicht is de waarde van de zaak te vergoeden dan wel alleen in het laatste geval?’ Zie de ‘Vragen ter bespreking met prof. Bregstein,’ *supra*, n. 302, op p. 13. Deze vraag is illustratief voor de mate van waarin het Driemanschap de materie op het niveau van de kleinste details wenste te regelen.

ger failliet is, alleen de eigenaar een vordering heeft. Dit hangt samen met zijn opvatting, dat de *condictio* een verrijksactie is. Wel is het aan de ontvanger te bewijzen dat de solvens geen eigenaar was. Hetzelfde beginsel geldt bij een nietige cessie: kan de schuldenaar die weet van de nietigheid bevrijdend betalen? Neen, volgens prof. Bregstein. Zo ook z.i. bij onverschuldigde betaling. Maar het verweer, dat de solvens geen eigenaar is, komt de ontvanger alleen toe, als hij er belang bij heeft en als de eigenaar op zijn waarschuwing niet reageert, heeft de ontvanger geen belang bij het verweer. Prof. Bregstein meent, dat het verrijksbeginsel als uitgangspunt voor de actie uit onverschuldigde betaling hier en in het algemeen tot een gemakkelijke oplossing leidt van de gevolgen der onverschuldigde betaling. Drion vindt wel redelijk, dat de ontvanger verplicht is de eigenaar te waarschuwen maar z.i. moet de ontvanger de zaak aan de solvens teruggeven: de betaling moet ongedaan gemaakt.³⁰⁸

Uit dit fragment blijkt dat Bregstein aan het eind van zijn leven – hij zou op 13 april 1957, ruim een week na deze vergadering, komen te overlijden – was teruggekeerd naar zijn oorspronkelijke opvatting waarin de *rei vindictio* en de *condictio* twee elkaar uitsluitende vorderingen zijn.

In de door Bregstein besproken situatie heeft een dief een onverschuldigde betaling verricht en is deze zaak onder de accipiënt teniet gegaan. De accipiënt kan de vordering uit onverschuldigde betaling van de dief volgens Bregstein afweren door te bewijzen dat een ander, en niet de solvent, eigenaar was van de onverschuldigd betaalde zaak. De stelling dat ‘alleen de eigenaar een vordering heeft’ is evenwel onduidelijk nu de onverschuldigd betaalde zaak nu juist is tenietgegaan (‘opgeconsumeerd’), maar de strekking van het betoog van Bregstein schijnt evenwel te zijn dat de eigenaar door de consumptie is verarmd en de accipiënt verrijkt. Men zou zeggen dat aan de solvent – naar het voorbeeld van Bregstein een dief, waarschijnlijk om sympathie op te wekken voor het feit dat hem in beginsel een *condictio* wordt ontzegd – onder geen enkele omstandigheid een vordering uit onverschuldigde betaling zou moeten toekomen. Bregstein kent deze vordering evenwel toch toe aan de solvent, maar slechts onder twee voorwaarden: ten eerste dat de accipiënt ‘geen belang’ heeft bij zijn verweer dat de solvent geen eigenaar was – welke voorwaarde bevreemdt want als aan de voormalig eigenaar een vordering toekomt, kennelijk de verrijksactie, dan zou de accipiënt per definitie belang moeten hebben bij het verweer – en ten tweede dat de voormalig eigenaar ‘op zijn waarschuwing niet reageert.’ De gedachte van Bregstein lijkt te zijn dat het uitblijven van een reactie van de voormalig eigenaar een vorm van rechtsverwerking is, waardoor de actie niet meer aan hem, maar aan de dief zou moeten toekomen. Drion stelt, anders dan Bregstein, terecht dat de accipiënt jegens de solvent aansprakelijk is op grond van onverschuldigde betaling, maar legt op de accipiënt eveneens de verplichting op de eigenaar ‘te waarschuwen.’ Grondslag en rechtsgevolg van deze verwittiging blijven echter onduidelijk.

308 ‘Notulen van de 151^e bespreking op 4 april 1957 van 10–13 uur, Lange Voorhout 16, Den Haag,’ p. 3.

Het concept voor de toelichting bij de afdeling over de onverschuldigde betaling werd in september 1957 op grond van de besprekingen door Fischer-Keuls opgesteld. Deze tekst komt al grotendeels overeen met de uiteindelijke Toelichting Meijers zoals die in de Parlementaire Geschiedenis is opgenomen.³⁰⁹

‘Anders dan in sommige moderne wetboeken is geschied,³¹⁰ worden in het ontwerp de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking in twee afzonderlijke afdelingen geregeld. Ook al ligt aan de regel dat teruggevorderd kan worden hetgeen zonder rechtsgrond werd betaald, de gedachte ten grondslag dat de ontvanger ongerechtvaardigd ten koste van de betaler zou worden verrijkt als hij het ontvangene zou mogen behouden,³¹¹ in het systeem van het ontwerp is de verbintenis, die ontstaat uit het ontvangen ener onverschuldigde betaling, geen species van de categorie verbintenissen uit ongerechtvaardigde verrijking. De vordering uit onverschuldigde betaling heeft ten doel het ongedaan maken ener betaling, waarvoor geen rechtsgrond aanwezig was, onverschillig of door die betaling al dan niet een verschuiving tussen de betrokken vermogens heeft plaats gevonden. Ook indien in verband met het causale stelsel van eigendomsovergang de onverschuldigde betaling de eigendom van het ter betaling geleverde niet heeft doen overgaan en dus noch de betaler verarmd noch de ontvanger verrijkt is, is er plaats voor de vordering uit onverschuldigde betaling. De actie uit ongerechtvaardigde verrijking daarentegen richt zich steeds tegen een verschuiving tussen de beide betrokken vermogens en wel tegen een verschuiving, die niet gerechtvaardigd is en derhalve ongedaan behoort te worden gemaakt. Heeft een betaling plaats gevonden waarvoor de rechtsgrond ontbrak en is tengevolge van dit ontbreken van een geldige titel voor de levering van het overgedragen goed de eigendom ervan niet op de ontvanger overgegaan, dan kan de betaler, althans indien hij en niet een derde eigenaar van het goed is, dit revindiceren; maar hij kan ook volstaan met de onverschuldigdheid der betaling aan zijn vordering ten grondslag te leggen, zodat hij geen bewijs van eigendom behoeft aan te voeren.^{312/313}

Uit deze toelichting blijkt dat de vordering uit onverschuldigde betaling, ondanks de tegenwerpingen van Bregstein, definitief niet meer als een toepassing van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking werd

309 *Supra*, n. 265.

310 [Noot in het origineel:] In Duitsland 812 v.; Zwitserland, 62 v. O.R.; Griekenland, 904 v. heeft men de vorderingen samengevoegd. Italië regelt in de artikelen 2033–2040 de onverschuldigde betaling, in de artikelen 2041–2042 de ongerechtvaardigde verrijking. Egypte regelt in de artikelen 179–180 de ongerechtvaardigde verrijking, in de artikelen 181–187 de onverschuldigde betaling. Oostenrijk regelt in de artikelen 1431–1437 de onverschuldigde betaling en kent geen bepaling betreffende ongerechtvaardigde verrijking.

311 [Noot in het origineel:] H.R. 4 december 1953, N.J. 1954, 374. Vgl. Bregstein, Ongegronde vermogensvermeerdering p. 147 v.

312 [Noot in het origineel:] Vergelijk Von Tuhr–Siegwart I, 403.

313 ‘B.W. 52, VIIa. Onverschuldigde betaling. Afdeling 6.4.2, concept mevrouw Fischer, 18 september 1957,’ p. 1–2.

beschouwd. De solvent kon uit onverschuldigde betaling ageren, ongeacht de vraag of hijzelf, of een derde, de onverschuldigd betaalde zaak ook nog onder de accipiënt kon revindiceren. Ook blijkt dat hierbij de, vergeleken met de *rei vindicatio*, lichtere bewijslast in de *condictio* van doorslaggevende betekenis is geweest.³¹⁴

Op 3 december 1958 verscheen de eerste drukproef van de toelichting op de afdeling over de onverschuldigde betaling.³¹⁵ Hierop werd door De Jong en door het Ministerie van Justitie³¹⁶ commentaar geleverd. In de vergadering van 25 februari 1959 werden de opmerkingen van De Jong besproken. De Jong was ook raadsheer geweest in het arrest *Beheersinstituut/Van Egmond* en gaat in op de verhouding van het concept met hetgeen de Hoge Raad in 1953 had overwogen:³¹⁷

‘Art. 1 lid 1 moet duidelijk doen uitkomen dat het gaat om een Leistung, een ter betaling verricht geven [...]. Met het oog op het geval van het bloembollen-arrest, waarbij werd beslist dat de betaler de condictie slechts heeft voor zover het betaalde de ontvanger heeft bereikt, lijkt het wel het beste bij de redactie van de ontvanger uit te gaan. Lid 1 wordt voorlopig: “Degeen die een goed heeft ontvangen, is verplicht dit terug te geven indien zonder rechtsgrond is betaald”.’³¹⁸

Uit dit citaat blijkt dat De Jong geen conflict ziet tussen het arrest *Beheersinstituut/Van Egmond* en de regeling in het ontwerp van de onverschuldigde betaling. Ook in glossen van 19 juli 1960 bij de derde drukproef van de Toelichting van 10 maart 1960³¹⁹ laat De Jong zich uit over het onderscheid tussen de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking:

314 Wanneer men dit concept vergelijkt met de tekst die is opgenomen in het Groene Boek 6, dat in oktober 1961 werd aangeboden aan de regering, *supra*, n. 265, valt het op dat de laatste alinea, waarin de bewijsrechtelijke motivering van dit systeem wordt genoemd, in de uiteindelijke Toelichting Meijers is verplaatst naar art. 6:206 BW over de afgifte van vruchten, *infra*, n. 400.

315 Art. 1 van afdeling 6.4.2 luidde in deze drukproef: ‘[1] Hij die zonder rechtsgrond van een ander een goed heeft ontvangen, is verplicht dit terug te geven. [2] Is zonder rechtsgrond geld ontvangen, dan is de ontvanger verplicht een zelfde bedrag terug te betalen.’

316 ‘Opmerkingen van het Departement over de 1e drukproef d.d. 3 december 1958 tekst en toelichting van afdeling 6.4.2, Onverschuldigde betaling,’ 31 januari 1959.

317 *Supra*, n. 233.

318 ‘Notulen van de 212^e bespreking op 25 februari 1959,’ p. 1.

319 De eerste zinnen van de derde drukproef van 10 maart 1960 luiden, voor zover relevant: ‘Anders dan in sommige moderne wetboeken is geschied, worden in het ontwerp de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking in twee afzonderlijke afdelingen geregeld. Ook al zou aan de regel dat hetgeen zonder rechtsgrond werd gegeven als onverschuldigd betaald kan worden teruggevorderd de gedachte ten grondslag liggen dat de ontvanger ongerechtvaardigd zou zijn verrijkt als hij het ontvangene zou mogen behouden, in het ontwerp is de verbintenis die ontstaat uit het ontvangen van een zonder rechtsgrond gegeven goed niet een species van de categorie verbintenissen uit ongerechtvaardigde verrijking.’ Cf. het concept van Fischer-Keuls, *supra*, n. 313.

‘Deze zinnen lijken mij niet geheel duidelijk. Men kan toch niet in het midden laten of de rechtsgrond van de actie uit onverschuldigde betaling de ongerechtvaardigde verrijking is, en daarop laten volgen, dat het onverschillig is of er een verrijking (vermogensverschuiving) heeft plaats gehad. Voorstel: Al moge men in het algemeen kunnen zeggen, dat het toekennen van een vordering uit onverschuldigde betaling strekt tot voorkoming van ongerechtvaardigde verrijking, toch is de regel van artikel 1 van deze afdeling niet te beschouwen als een toepassing van het in de volgende afdeling bepaalde. De vordering uit onverschuldigde betaling strekt niet tot vergoeding van schade doch tot herstel van de vorige toestand.’³²⁰

In de eerste zin van zijn voorstel verwijst De Jong weliswaar niet met zoveel woorden naar *Beheersinstituut/Van Egmond*, maar de stelling dat de vordering uit onverschuldigde betaling dient ter ‘voorkoming van ongerechtvaardigde verrijking,’ is equivalent aan de overweging van de Hoge Raad in het bloembollen-arrest,³²¹ dat de accipiënt ‘ongerechtvaardigd zou worden verrijkt’ als hij niet aansprakelijk gesteld zou kunnen worden op grond van de vordering uit onverschuldigde betaling.³²² Beide formuleringen brengen tot uitdrukking dat de accipiënt niet verrijkt moet *zijn*, hetgeen van belang is omdat degene onder wie de zaak nog gerevindiceerd kan worden, volgens Drion niet als ‘verrijkt’ kan worden aangemerkt.³²³ Deze vergelijking leert dat de opvatting van het Driemanschap in essentiële zin afwijkt van die van Bregstein – die de *rei vindicatio* en de *condictio* immers als elkaar uitsluitende vorderingen beschouwde – en niet zozeer van de opvatting van de Hoge Raad in *Beheersinstituut/Van Egmond* – een arrest dat algemeen wordt geacht de leer van Bregstein te incorporeren.³²⁴ De eerste zin van het voorstel van De Jong kon de goedkeuring van De Grooth en Drion wegdragen,³²⁵ en is in de Toelichting terechtgekomen.³²⁶

320 ‘Glossen van Mr. F.J. de Jong 19 juli 1960,’ p. 1–2.

321 Het concept was waarschijnlijk van De Jong, *supra*, n. 240.

322 *Supra*, n. 236.

323 *Supra*, n. 295.

324 A.-G. Franx bij HR 31 maart 1978, NJ 1978, 363 (SVB/Stichting St. Jansgeleen; m.nt. G.J. Scholten). Door Asser/Rutten, 3-II³, p. 387, wordt, ten onrechte, een conflict aangenomen tussen *Beheersinstituut/Van Egmond* en de opvatting van het ontwerp van de Toelichting; Rutten stelt, onder verwijzing naar de Toelichting: ‘De vordering wegens onverschuldigde is gewettigd, ongeacht of daardoor de een ten koste van de ander ongerechtvaardigd werd verrijkt.’ Maar dát is niet precies wat de Hoge Raad in 1953 overwoog.

325 ‘Aantekeningen van Prof. Mr. G. de Grooth naar aanleiding van de glossen van Mr. De Jong d.d. 19 juli 1960 bij de derde drukproef van afdeling 6.4.2,’ 26 augustus 1960, p. 2: ‘Akkoord met voorstel De Jong: diens formulering is scherper, kort en duidelijk.’

326 Vierde drukproef 6 februari 1961, afdeling 6.4.2. De precieze verhouding tussen de verschillende opvattingen is enigszins onrecht aangedaan doordat een voetnoot bij deze passage, zonder onderscheiding, is komen te luiden dat het arrest *Beheersinstituut/Van Egmond* en Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, p. 147, ‘vergeleken’ moeten worden.

De Jong wendt zich overigens in de tweede zin van zijn voorstel wel af van het bloembollen-arrest, in die zin dat de vordering uit onverschuldigde betaling volgens hem strekt tot herstel in de vorige toestand, terwijl de Hoge Raad zich in 1953 juist van deze grondslag had verwijderd. Deze tweede zin werd door Drion afgewezen, omdat er geen onderscheid zou bestaan tussen schadevergoeding en herstel in de vorige toestand.³²⁷

§ 5.5.4 Regeringscommissaris Snijders

Het Driemanschap eindigde met de dood van Drion op 1 maart 1964.³²⁸ Kort daarop, op 8 augustus 1964, diende Minister Scholten het Regeringsontwerp van Boek 6 bij de Tweede Kamer in, dat overeenkwam met het Ontwerp Meijers dat het Driemanschap had opgesteld.³²⁹ Vanaf 1972 werkte Regeringscommissaris Snijders aan de memorie van antwoord en het gewijzigd ontwerp van Boek 6.³³⁰ Deze werden op 30 januari 1976 bij de Tweede Kamer ingediend.³³¹ In de voorbereidende notities met betrekking tot de verhouding tussen de afdelingen 6.4.2 en 6.4.3, die werden opgesteld op 22 oktober 1974, merkte Snijders op:

‘Hier volsta ik met de opmerking dat het [de] vordering uit ongerechtvaardigde verrijking is, die de “buitengrens” bepaalt. Degene die verarmd is (d.w.z. schade heeft geleden) kan in ieder geval binnen de grenzen van artikel 6.4.3.1 [art. 6:212 BW] zijn verrijking terugvorderen. Maar hij behoeft zich in vele gevallen niet in de moeilijkheden te steken van een verrijkingsactie, waarvoor hij niet alleen het bewijs van schade maar ook die van de verrijking zal moeten leveren. Door zich op onverschuldigde betaling te baseren kan hij volstaan met het bewijs dat hij *a* aan de ontvanger heeft gepresteerd, *b* die prestatie zonder rechtsgrond is geschied.’³³²

Uit dit citaat blijkt dat ook Snijders de onverschuldigde betaling niet als een toepassing van de verrijkingsactie ziet. Aan deze opvatting legt hij, net zoals het Driemanschap had gedaan, een bewijsrechtelijk argument ten grondslag.

327 ‘Opmerkingen van Prof.Mr. J. Drion bij de derde drukproef van afdeling 6.4.2,’ 25 augustus 1960: ‘Tegen de tweede zin uit De Jongs voorstel zou ik als bezwaar aanvoeren dat – zeker in het Ontwerp – vergoeding van schade en herstel in de vorige toestand geen tegenstellingen zijn. Ik prefereer de derde zin van de drukproef.’ Deze derde zin luidde in de derde drukproef: ‘De vordering uit onverschuldigde betaling heeft ten doel het ongedaan maken van die betaling, onverschillig of door de betaling al dan niet tussen de betrokken vermogens een verschuiving heeft plaatsgevonden.’ Deze zin is, vrijwel ongewijzigd, in de Toelichting terechtgekomen.

328 Florijn, *Burgerlijk Wetboek*, p. 285.

329 *Op. cit.*, p. 290.

330 *Op. cit.*, p. 416.

331 *Op. cit.*, p. 204; Gerdes, *Derdenverrijking*, p. 80.

332 ‘Voorbereidende notities afdeling 6.4.2 en 3 van W. Snijders,’ 22 oktober 1974, p. 2.

Vergeleken met de Toelichting van het Driemanschap zijn er echter twee wijzigingen. Waar Drion het oog heeft op het bewijsrechtelijke voordeel van de vordering uit onverschuldigde betaling ten opzichte van de *rei vindicatio*,³³³ spreekt Snijders van het voordeel ten opzichte van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking. Hier gaat een ander verschil achter schuil. De reden dat Drion niet inging op het bewijsrechtelijke voordeel ten opzichte van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking was dat de solvent die een onverschuldigde betaling had verricht, en vanwege het causale stelsel eigenaar was gebleven van de onverschuldigd betaalde zaak, volgens Drion niet was verarmd en de accipiënt niet was verrijkt; de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking was simpelweg niet van toepassing. De leer van Snijders impliceert dat de accipiënt van een onverschuldigde betaling a priori wel als verrijkt zou kunnen worden aangemerkt, maar dat de solvent, gezien de 'moeilijkheden van een verrijkingsactie,' er beter aan zou doen om uit onverschuldigde betaling te ageren. Ook in de memorie van antwoord komt de bewijsrechtelijke achtergrond van de nieuwe regeling tot uiting:

'Dit stelsel is gekozen, omdat het wenselijk is geacht dat de schuldeiser zich in het doorsneegeval kan baseren op de eenvoudig toe te passen regeling betreffende onverschuldigde betaling. Hij kan dan volstaan met het bewijs dat *a* hij aan de ontvanger heeft gepresteerd, en dat *b* die prestatie zonder rechtsgrond is geschied.'³³⁴

§ 5.5.5 Slot

In de periode tussen de opdracht van Meijers en de invoering van het wetboek in 1992 heeft zich, wat betreft de samenloop tussen de *condictio* en de *rei vindicatio*, een ontwikkeling voorgedaan. In de Staatscommissie beantwoordde Meijers de vraag of de *rei vindicatio* kon samenlopen met de verrijkingsactie, vanwege het subsidiariteitsbeginsel, ontkennend. Waarschijnlijk had men met betrekking tot de verhouding tussen de *condictio* en de *rei vindicatio* ook een 'subsidiare' verhouding voor ogen, in die zin dat de *condictio* pas beschikbaar kwam na het verval van de *rei vindicatio*. De opvatting van Bregstein dat de *condictio* een 'remplaçant' zou zijn van de *rei vindicatio* is niet naar voren gekomen, terwijl Meijers mogelijk de *condictio* voor het bezit aanvaardde, en hiermee toch de basis legde voor samenloop met de *rei vindicatio*. In de vergaderingen van het Driemanschap is duidelijk geworden dat de samenloop tussen de *condictio* en de *rei vindicatio* mogelijk en gewenst was. Hiermee werd de opvatting van Bregstein verworpen. In de besprekingen van het Driemanschap is bovendien duidelijk geworden dat de *condictio* niet langer werd beschouwd als een toepassing van de verrijkingsvordering, maar slechts als een vordering die ertoe strekt een ongerechtvaardigde ver-

333 Zie de notulen van de 128^e en 151^e bespreking, *supra*, n. 295 en 304.

334 PG Boek 6, p. 804.

rijking te voorkomen.³³⁵ Een solvent kan daarom de *condictio* instellen, ook wanneer hij nog eigenaar is van de onverschuldigd betaalde zaak. In het wetsontwerp zijn de afdelingen over de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking daarom gescheiden gebleven. Regeringscommissaris Snijders heeft het ontwerp en de toelichting op dit punt niet wezenlijk gewijzigd, maar bevestigt de opvatting van het Driemanschap dat de *condictio* een vordering moet zijn die, vanuit bewijsrechtelijk oogpunt, vooral makkelijk moet zijn toe te passen. In de volgende paragraaf wordt dit bewijsrechtelijke argument, en enkele andere praktische aspecten van de samenloop, nader gezien.

§ 5.6 PRAKTISCHE ASPECTEN

§ 5.6.1 Inleiding

Wanneer een solvent een zaak onverschuldigd heeft betaald, kan hij zijn vordering zowel baseren op de *rei vindicatio* als op de *condictio*. Het toepassingsbereik van beide regelingen overlapt, maar komt niet volledig overeen. Waar met de *rei vindicatio* immers alleen een zaak kan worden opgevorderd, dat wil zeggen een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object,³³⁶ heeft de regeling over de onverschuldigde betaling betrekking op alle goederen, niet alleen zaken maar ook vermogensrechten.³³⁷ Steeds wanneer bij wijze van onverschuldigde betaling een (roerende of onroerende) zaak is geleverd, overlappen beide regelingen.

Door het verdwijnen van de actiëndwang staat niet langer voorafgaand aan het proces al vast op welke rechtsgrond de rechter dient te oordelen.³³⁸ Er is geen sprake meer van samenloop tussen acties maar van samenloop van rechtsregels of van (rechtsgronden voor) vorderingsrechten.³³⁹ De eiser hoeft in zijn dagvaarding niet naar art. 5:2 BW of art. 6:203 BW te verwijzen of de *rei vindicatio* of de vordering uit onverschuldigde betaling te benoemen, en dient dus ook geen 'keuze' te maken op welke grondslag hij zijn

335 Ook de Hoge Raad heeft, anticiperend op het NBW, overwogen dat degene die een onverschuldigde betaling had verricht niet diende te stellen dat de accipiënt door die betaling ongegrond was verrijkt; zie HR 1 februari 1985, NJ 1986, 375 (*Mijstocit/IIB*; m.nt. C.J.H. Brunner). Het ging in deze zaak om een huurder die onverschuldigd aan de verhuurder omzetbelasting had afgedragen. Brunner schrijft in zijn annotatie dat de Hoge Raad met dit arrest het recht in het aanstaande NBW dicht is genaderd. Zie voor de vraag in welke mate de Hoge Raad onder het OBW waarde hechtte aan het verrijkingsbeginsel, de voornoemde conclusie van A.-G. Franx bij HR 31 maart 1978, NJ 1978, 363 (*SVB/Stichting St. Jansgeleen*; m.nt. G.J. Scholten).

336 Art. 3:2 BW.

337 Art. 3:1 BW.

338 De *oorzaak* van de in het huidige recht bestaande samenloop tussen de vordering uit onverschuldigde betaling en de *rei vindicatio* kan echter niet worden gevonden in de afschaffing van het actiënrecht. Anders, ten onrechte: Zwalve, *GrOM* 13, p. 84.

339 Brunner, *Samenloop*, p. 4–5; Boukema, *Samenloop*, nr. 1; zie § 1.3, *supra*, p. 4.

vordering baseert.³⁴⁰ De eiser dient in zijn dagvaarding slechts de feiten aan te voeren van hetgeen door hem wordt gevorderd. In het Nederlandse procesrecht geldt immers de canoniekrechtelijke regel *da mihi factum, dabo tibi ius*,³⁴¹ op grond waarvan de eiser ermee kan volstaan voldoende feiten te stellen, en bij betwisting te bewijzen. De rechter dient ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen:³⁴² *ius curia novit*.

De eiser dient zich wel bewust te zijn welke feiten hij aan zijn vordering ten grondslag legt. Zowel het *petitum*, het onderwerp van de eis, als het *fundamentum petendi*, de feitelijke grondslag van hetgeen de eiser voor zijn eis aanvoert en de motivering waar de eis op berust, behoren tot de feitelijke gronden die de eiser aan zijn vordering ten grondslag dient te leggen.³⁴³ Het *petitum* van beide rechtsgronden zal in de praktijk gelijk zijn: zolang de gedaagde tot afgifte van de zaak in staat is, leiden zowel de *rei vindicatio* als de vordering uit onverschuldigde betaling tot een veroordeling om de onverschuldigd betaalde zaak terug te geven. De feitelijke grondslag van de *rei vindicatio* verschilt evenwel van die van de onverschuldigde betaling.³⁴⁴ Hetzelfde ‘feitelijke gebeuren’³⁴⁵ – de solvent verricht een onverschuldigde betaling met een aan hem toebehorende zaak – kan weliswaar tot toepassing van twee rechtsgronden leiden, maar de feiten die de eiser aan zijn vordering ten grondslag dient te leggen, verschillen. In het kader van de *rei vindicatio* dient de eiser te stellen, en bij betwisting te bewijzen, dat hij eigenaar is van de zaak, en dat de gedaagde deze zaak onder zich heeft.³⁴⁶ In het kader van de vordering uit onverschuldigde betaling dient de eiser te stellen dat hij aan de gedaagde een betaling heeft verricht, en dat voor deze betaling een rechtsgrond ontbreekt. De eiser zal zich bij het uitbrengen van de dagvaarding dus dienen te bedenken op welke rechtsgrond zijn vordering kan worden toegewezen, ook al dient hij deze niet zelf te kwalificeren. Zo kan het voor de eiser, in het geval van faillissement van de gedaagde, van belang zijn dat hij de zaak kan revindiceren: hij dient zich dan op zijn eigendomsrecht te beroepen.³⁴⁷ Het is dus niet irrelevant op welke rechtsgrond de rechter tot veroordeling kan overgaan.

Deze en enkele andere praktische aspecten van de samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* in het geldende recht komen in deze paragraaf aan de orde. Verschillen tussen beide vorderingen zijn niet alleen gelegen in de situatie waarin de accipiënt in staat van faillissement verkeert (§ 5.6.2), maar ook in die waarin de onverschuldigd betaalde zaak aan een derde is

340 Cf. Brunner, *Samenloop*, p. 6.

341 Decretalen van Gregorius IX, 2,1,6 (Alexander III).

342 Art. 25 Rv.

343 Zie art. 111, lid 2, sub d Rv: het exploit van de dagvaarding vermeldt ‘de eis en de gronden daarvan.’

344 Zie de beschouwing van Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, p. 153 sq., over de samenloop van feitencomplexen, rechtgronden.

345 In die zin: Snijders, *Speculum Langemeijer*, p. 454.

346 Zie Smith, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, p. 22.

347 In die zin ook: Vriesendorp, *RM Themis* 1984, p. 12.

doorgeleverd (§ 5.6.3). Ook dient men te bedenken dat de *condictio* en de *rei vindicatio* aan verschillende verjaringstermijnen zijn gebonden (§ 5.6.4). Daarnaast komt de vraag aan de orde of beide acties verschillende nevenvorderingen hebben (§ 5.6.5), en of op de eiser een verschillende bewijslast rust (§ 5.6.6). Inzicht in deze praktische aspecten is van belang in het kader van de beoordeling van de vraag of samenloop tussen de *rei vindicatio* en *condictio* naar Nederlands recht gewenst is.

§ 5.6.2 Faillissement van de accipiënt

In het faillissement, de ‘Grote Lakmoesproef van het vermogensrecht’,³⁴⁸ treedt het verschil aan het licht tussen de grondslagen van de *rei vindicatio* en van de *condictio*. Indien de solvent nog eigenaar is van de zaak die hij onverschuldigd heeft betaald aan de accipiënt, wordt hij niet geraakt door het faillissement van de accipiënt, en kan hij van de curator afgifte verlangen van de onverschuldigd betaalde zaak, die immers geen onderdeel uitmaakt van de failliete boedel.³⁴⁹ Wanneer de onverschuldigd betaalde zaak wel tot het vermogen van de accipiënt is gaan behoren, omdat de accipiënt de onverschuldigd betaalde zaak op originele wijze heeft verkregen, zoals bij geldbetalingen meestal het geval zal zijn,³⁵⁰ zal de solvent, wil hij meedelen in de executieopbrengst van de failliete boedel, zijn vordering uit onverschuldigde betaling ter verificatie bij de curator indienen.³⁵¹ De solvent heeft de positie van concurrent crediteur en deelt slechts naar evenredigheid van de omvang van zijn vordering mee in het restant van de executieopbrengst.³⁵²

Het moment waarop de onverschuldigde betaling werd verricht is van belang. Een betaling vóór het intreden van het faillissement leidt steeds tot een concurrente vordering. Maar vond de betaling daarna plaats, dan is het volgens de Hoge Raad van belang of de betaling het gevolg was van een ‘onmiskkenbare vergissing.’ Is dat het geval, dan moet de curator handelen volgens ‘hetgeen in het maatschappelijk verkeer als betamelijk wordt beschouwd.’ Dat houdt in dat hij de vordering uit onverschuldigde betaling als ‘super-preferent’ aanmerkt en direct tot restitutie overgaat.³⁵³ Het recht van de solvent komt in dit laatste geval dus, in praktische zin, overeen met

348 Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht*, p. 7.

349 Polak/Pannevis, *Insolventierecht*, § 4.2.4.

350 Bierens, *Revindicatoire aanspraken op giraal geld*, p. 35.

351 Art. 110 Fw.

352 Art. 3:277 BW. De rechter-commissaris bepaalt het percentage van de vordering dat de concurrente schuldeisers terugkrijgen; dit blijkt op de uitdelingslijst van de curator; zie art. 180 Fw.

353 De Hoge Raad heeft deze regel aanvaard in HR 5 september 1997, NJ 1998, 437 (*Ontvanger/Hamm q.q.*; m.nt. P. van Schilfgaarde). De terugbetaling vormt een uitzondering op de regel van art. 24 Fw, waaruit volgt dat de boedel voor verbintenissen die zijn ontstaan na de faillietverklaring, slechts aansprakelijk is wanneer deze daarbij is gebaat. De Hoge Raad heeft het arrest bevestigd in HR 8 juni 2007, NJ 2007, 419 (*Van der Werff q.q./BLG*; m.nt. P. van Schilfgaarde). Zie in de literatuur over deze kwestie: Polak/Pannevis, *Insolventierecht*, § 11.6.4; Wessels, *Insolventierecht II*, § 2171–76.

een goederenrechtelijke aanspraak. Het criterium van de ‘onmiskkenbare vergissing’ lijkt een herintroductie van het Romeinsrechtelijke dwalingsvereiste in te houden,³⁵⁴ maar dit is niet het geval. De Hoge Raad wil met dit criterium een onderscheid maken tussen enerzijds gevallen waarin ‘een betaling is gedaan die – ten gevolge van het met terugwerkende kracht tot een vóór de faillietverklaring gelegen tijdstip vervallen van de rechtsgrond – achteraf onverschuldigd bleek te zijn,’ en anderzijds gevallen waarin tussen de solvent en de gefailleerde accipiënt ‘geen rechtsverhouding bestaat of heeft bestaan.’³⁵⁵ Alleen in het laatste geval acht de Hoge Raad een ‘onmiskkenbare vergissing’ aanwezig die een ‘super-preferente’ behandeling rechtvaardigt, terwijl deze behandeling ‘met name’ in het eerste geval dient te worden voorkomen.³⁵⁶ In *Ontvanger/Hamm q.q.* had een solvent zich vergist ‘ten aanzien van de persoon aan wie betaald moest worden,’³⁵⁷ en dit was een geval dat onder de tweede categorie viel zodat de curator de vordering van de solvent met voorrang diende te behandelen.

De vraag rijst of het onderscheid tussen de preferente behandeling van de solvent die, in plaats van aan zijn eigen crediteur, op de dag van faillietverklaring aan de gefailleerde betaalde,³⁵⁸ ten opzichte van de solvent die hetzelfde deed op de dag vóór de faillietverklaring, is gerechtvaardigd. De Hoge Raad gebruikt de ‘omstandigheid dat de wet aan vorderingen uit onverschuldigde betaling geen voorrecht verbindt’ als argument voor de preferente behandeling van betalingen na het faillissement.³⁵⁹ Dit argument gaat echter ook op voor betalingen die vóór de datum van faillietverklaring werden verricht, nu de solvent in dat geval evenmin zekerheid voor zijn vordering zal hebben bedongen.³⁶⁰ Maar waar dit onderscheid nog op praktische gronden te verdedigen is – een ‘super-preferente’ behandeling is immers eerder gerechtvaardigd voor betalingen die de curator ziet binnenkomen – is dat niet het geval voor het onderscheid dat de Hoge Raad maakt tussen verschillende betalingen die staande het faillissement aan de failliet zijn gedaan en al dan niet op een ‘onmiskkenbare vergissing’ berusten. Dit onderscheid is weinig principieel. Waarom zou de solvent die onverschuldigd betaalde omdat hij, nadat hij zijn schuld bij de accipiënt reeds had ingelost, door een fout in zijn administratie nogmaals tot betaling aan de, inmiddels gefailleerde, accipiënt overging, anders behandeld dienen te worden dan de solvent die, door een andere administratiefout, zijn schuld bij vergissing aan een gefailleerde persoon voldeed die nooit zijn crediteur was geweest? Volgens de Hoge Raad

354 Zie, over de afschaffing van dit dwalingsvereiste, *supra*, n. 9.

355 Dit is het geval in *Ontvanger/Hamm q.q.*, r.ov. 3.4.

356 *Van der Werff q.q./BLG*, r.ov. 3.3.3.

357 Dit is dus een geval dat zou vallen onder art. 1397 OBW: ‘Wanneer iemand die bij vergissing meent schuldenaar te zijn eene schuld betaald heeft, is hij gerechtigd om het betaalde van den schuldeischer terug te vorderen.’ Zie art. 1377 (oud), art. 1302-2 Cc.

358 Het betaalde bedrag zal dan, gezien de werking van de regel dat de faillietverklaring terugwerkt tot het begin van de dag waarop de faillietverklaring werd uitgesproken, in de failliete boedel vallen; zie art. 23 Fw.

359 *Ontvanger/Hamm q.q.*, r.ov. 3.4.

360 Zie dit argument (tegen de Hoge Raad) ook bij Zwolve, *WPNR* 6365, p. 548; *GrOM* 13, p. 92.

zou er alleen in het laatste geval sprake zijn van een 'onmiskkenbare vergissing,' en zou de betaling in het eerste geval, nu er tussen de partijen een rechtsverhouding heeft bestaan, geen 'super-preferente' behandeling verdienen.

Behalve in het geval waarin de Hoge Raad aan de solvent, op grond van de rechtspraak in *Ontvanger/Hamm q.q.*, praktisch gezien een goederenrechtelijke aanspraak verleent, bevindt de solvent die de zaak kan revindiceren, zich in een sterkere positie dan de solvent die slechts de *condictio indebiti* tot zijn beschikking heeft. Het causale stelsel komt, zolang de onverschuldigd betaalde zaak nog voorhanden is, tegemoet aan de belangen van de solvent. De 'grievende onbillijkheid'³⁶¹ waar het abstracte stelsel volgens Van Oven toe zou leiden, is daarmee deels weggenomen.

§ 5.6.3 Samenloop in twee- en drie-partijen-situaties

Net zoals in het Romeinse recht, rijst de vraag of een eiser achtereenvolgens op grond van zowel de *rei vindicatio* als de *condictio* kan procederen.³⁶² Als de solvent de zaak die hij onverschuldigd heeft betaald, van de accipiënt heeft kunnen revindiceren, kan hij dan alsnog op grond van de *condictio* procederen? In het geval dat de accipiënt in de *rei vindicatio* een onbeschadigde zaak restitueert is er bij de solvent niet langer sprake van een schadepost en zal hij niet alsnog met de *condictio* kunnen ageren. De reden daarvan kan ófwel zijn gelegen in het gegeven dat de ongedaanmakingsverbintenis met de teruggave van de zaak is komen te vervallen,³⁶³ ófwel in de stelling dat de solvent niet langer belang heeft bij zijn vordering,³⁶⁴ ófwel in de mogelijkheid van het verweer dat de accipiënt tegen deze vordering zou kunnen voeren. Dit verweermiddel zou inhouden dat de solvent zich ten koste van hém ongerechtvaardigd zou verrijken als deze van hem alsnog met de vordering uit onverschuldigde betaling de waarde van de zaak zou kunnen vorderen.³⁶⁵

361 Van Oven, *Praeadvies*, p. 111, en ook *NJB* 15, p. 442.

362 Zie voor deze samenloop in het kader van D. 47,2,9,1, § 2.4.4, *supra*, p. 57. Bij de bespreking van de samenloop tussen beide acties wordt de volgorde aangehouden waarin Pomponius in deze tekst de verhouding tussen de *rei vindicatio* en de *condictio furtiva* bespreekt.

363 De prestatie is immers ongedaan gemaakt; zie Vriesendorp, *RM Themis* 1984, p. 14. Vriesendorp, p. 13, n. 55, stelt overigens wel dat de verbintenis van de accipiënt door teruggave van de zaak (door een derde) niet teniet is gegaan, omdat deze op grond van 'een eigen verplichting de zaak heeft moeten afstaan.' Dat is waar, maar het is niet duidelijk waarom met de teruggave de verbintenis niet óók teniet kan zijn gegaan. Men dient te bedenken dat reeds Gaius stelt dat dat wanneer de solvent de zaak zelf terug heeft ontvangen, hij niet langer de *condictio* kan instellen; zie D. 47,2,55(54),3, *supra*, p. 31, n. 137.

364 Art. 3:303 BW.

365 Dit op de ongerechtvaardigde verrijking gebaseerde verweermiddel wordt uitgewerkt door Hartkamp, *WPNR* 6441, p. 328.

Als de solvent deze vergoeding immers wél zou kunnen opeisen, zou hij door de accipiënt direct zelf kunnen worden aangesproken met een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking.³⁶⁶ In het geval dat de accipiënt evenwel een in waarde verminderde zaak teruggeeft schiet hij mogelijk tekort in de nakoming van de op hem rustende ongedaanmakingsverbintenis. Als deze tekortkoming aan hem kan worden toegerekend, zal hij verplicht zijn de (rest)schade van de solvent te vergoeden.³⁶⁷ In termen van het Romeinse recht gesproken, doet zich dus tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* geen directe procesconsumptie voor. Toch doet zich, net zoals in het Romeinse recht, geen cumulatieve, maar alternatieve samenloop voor: de eiser dient, uiteindelijk, niet twee maal de waarde van de onverschuldigd betaalde zaak te verkrijgen.

Ditzelfde geldt als de solvent, omgekeerd, aanvankelijk uit onverschuldigde betaling heeft geprocedeerd maar er later achter komt dat de gedaagde de onverschuldigd betaalde zaak nog in bezit heeft. Hij zal dan alsnog kunnen revindiceren. De accipiënt zal dan echter op zijn beurt een *condictio* tegen de solvent kunnen instellen omdat de basis voor de schadevergoeding die hij eerder voldeed, met het herkrijgen door de eigenaar van de zaak zelf, is komen te vervallen.³⁶⁸

De zaak ligt gecompliceerder in het geval dat de accipiënt de onverschuldigd geleverde zaak aan een derde heeft doorgeleverd.³⁶⁹ Naast het failissement van de accipiënt is dit het andere klassieke geval waarin het verschil tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* aan het licht treedt. De solvent is, gezien het causale stelsel, in beginsel eigenaar gebleven van de onverschuldigd betaalde zaak en heeft de mogelijkheid om zowel de accipiënt met de *condictio* aan te spreken als de derde met de *rei vindicatio*.³⁷⁰ Voorwaarde daarbij is wel dat de derde geen aanspraak heeft kunnen doen op een vorm van derdenbescherming of verkrijgende verjaring.³⁷¹

366 Vanwege het beginsel dat men niet datgene moet kunnen opeisen wat men direct weer moet afstaan, *supra*, p. 93, n. 466, kan de accipiënt de *condictio* van de solvent afweren, nu deze zijn eigen zaak weer heeft teruggekregen.

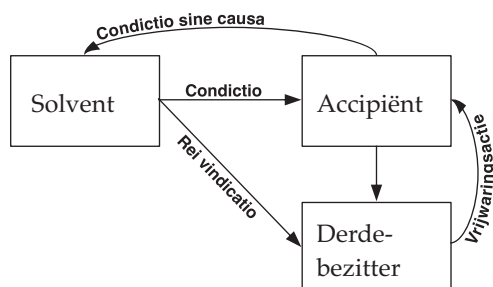
367 Art. 6:74 BW. Zie ook Bartels, *Titel*, p. 134–35.

368 Cf. D. 12,7,2, waarover *supra*, p. 66, n. 315.

369 Zie reeds de bespreking van deze vraag in het Franse recht, § 5.3.5, *supra*, p. 186.

370 Zie de beschouwing van Diephuis over deze situatie, *supra*, n. 165.

371 Zie art. 3:86 BW, op grond waarvan degene die een roerende zaak te goeder trouw, om baat, en op grond van een geldige titel heeft verkregen, beschermd wordt tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de tradent en deze de eigendom van deze zaak verkrijgt. Ten opzichte van het Franse recht zijn de mogelijkheden van verkrijging door een derde enger in die zin dat de ‘prescription instantanée’ *non a domino* niet het vereiste van een geldige titel stelt. Aan de andere kant biedt art. 3:88 BW ook bescherming aan de verkrijger van een onroerende zaak. Ook is het mogelijk dat de derde op grond van de verkrijgende verjaring van art. 3:99 BW eigenaar is geworden.



Twee situaties dienen zich aan. Ten eerste is dat de situatie waarin de solvent eerst met de *rei vindicatio* tegen de derde-bezitter procedeert en vervolgens de accipiënt op grond van de *condictio* in rechte betreft. Ook hier geldt dat de solvent de accipiënt kan aanspreken met de *condictio* voor de schade die hij heeft geleden als hij een in waarde gedaalde zaak heeft teruggekregen. Wanneer de solvent de zaak zelf heeft teruggekregen en deze niet in waarde is gedaald, zal hij daarentegen geen belang meer hebben bij de *condictio*.

Eerder zal zich de omgekeerde situatie voordoen waarbij de solvent eerst de accipiënt, die hij immers kent, heeft aangesproken uit onverschuldigde betaling, en hij later de onverschuldigd betaalde zaak zelf op het spoor is gekomen bij een derde, van wie hij de zaak wenst te revindiceren.³⁷² De accipiënt is niet langer in staat de onverschuldigd betaalde zaak terug te geven en schiet daarom tekort in zijn verplichting tot teruggave. Als de accipiënt de zaak heeft doorverkocht 'in een periode waarin hij redelijkerwijze met een verplichting tot teruggave van het goed geen rekening behoefde te houden',³⁷³ wordt dit hem niet aangerekend en is hij slechts verplicht tot het afdragen van de door hem ontvangen verrijking.³⁷⁴ Was de accipiënt evenwel te kwader trouw, dan is hij, net zoals de dief in het Romeinse recht,³⁷⁵ zonder ingebrekestelling in verzuim, en is hij aansprakelijk voor het niet-nakomen van de verplichting tot teruggave.³⁷⁶ De vraag rijst of de derde-bezitter zich tegen de *rei vindicatio* kan verweren. Vriesendorp stelt dat als de solvent in de *condictio* reeds een vergoeding van de accipiënt heeft verkregen, dit niet betekent dat de derde 'altijd succes' zal hebben met het verweer dat de solvent geen belang meer heeft bij zijn *rei vindicatio*. Hieraan voegt hij toe dat de eigenaar wél belang zal hebben bij zijn *rei vindicatio* in het geval

372 Vriesendorp, *RMTh* 1984, p. 14, neemt aan dat zich in het eerste geval alternatieve samenloop voordoet en in het tweede geval cumulatieve samenloop.

373 Art. 6:204, lid 1; de tekortkoming in de verplichting tot teruggave kan de accipiënt niet worden toegerekend. Zie Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, p. 166 sq.

374 Art. 6:204, lid 1 jo. art. 6:74 jo. art. 6:78 BW; zie Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, p. 170. Art. 6:78 is een toepassing van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking; een afzonderlijk artikel vergelijkbaar met art. 1399 OBW (art. 1380 (oud) Cc) op grond waarvan op de ontvanger de verplichting wordt gelegd de ontvangen koopprijs terug te geven, bestaat niet meer.

375 D. 13,1,8,1 (Ulpianus), *supra*, p. 37, n. 171.

376 Art. 6:205 jo. art. 6:84 BW. Zie Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, p. 173.

de accipiënt de zaak voor een bedrag heeft verkocht dat beneden de marktwaarde lag en hij, op grond van art. 6:204 BW, ook dit lagere bedrag aan de solvent/eigenaar heeft moeten afdragen, die zo met een restschade is achtergebleven.³⁷⁷ Men kan echter betwijfelen of de beschikbaarheid van de *rei vindicatio* afhankelijk zou moeten zijn van het 'belang' dat de eigenaar bij deze actie heeft. Met betrekking tot de *condictio* kan men inderdaad met recht stellen dat de eiser, nadat hij zijn zaak in de *rei vindicatio* heeft teruggekregen, geen belang meer heeft om de waarde van de zaak alsnog te kunnen vorderen met een *condictio*. Ook Pomponius droeg de rechter in het *arbitrium* van de *rei vindicatio* immers op om de eiser afstand te laten doen van de *condictio*. De eiser zou, wanneer hij nogmaals de waarde van de zaak met de *condictio* zou kunnen opvorderen, ongerechtvaardigd worden verrijkt; hij zou dan in feite iets opvorderen wat hij direct weer zou moeten afgeven. Bij de *rei vindicatio* liggen de zaken anders. Het afwijzen van de *rei vindicatio* wegens een gebrek aan belang zou leiden tot een scheiding van eigendom en bezit, nu de *rei vindicatio* van de eigenaar krachteloos zou zijn geworden. De eigenaar die een *rei vindicatio* instelt kan per definitie niet worden verrijkt met zijn eigen zaak. Een verrijking ontstaat pas als hij het van de accipiënt ontvangen bedrag óók zou behouden. De voorwaarde dat de eigenaar een belang heeft bij de *rei vindicatio* is daarom niet op zijn plaats.³⁷⁸

Wanneer de eiser met succes de *rei vindicatio* heeft ingesteld, nadat hij reeds op grond van de *condictio* een vergoeding voor de waarde van de zaak had ontvangen, doet zich de volgende situatie voor. Afhankelijk van de contractuele band van de derde met de accipiënt, bestaat de mogelijkheid dat de derde, onder wie de zaak is gerevindiceerd, de accipiënt met een vrijwaringsactie aansprakelijk stelt. De accipiënt zelf heeft daarnaast de mogelijkheid om het door hem aan de solvent in de *condictio* betaalde bedrag, terug te vorderen. In de literatuur wordt verdedigd dat deze laatste vordering er één is uit ongerechtvaardigde verrijking en dat de accipiënt, alvorens deze te kunnen instellen, zal moet wachten tot hij zelf in vrijwaring door de derde is aangesproken.³⁷⁹ Beide punten kunnen worden betwijfeld. Op het moment dat de solvent de zaak zelf, in onbeschadigde toestand, heeft teruggekregen, is de grondslag van de eerdere betaling die hij van de accipiënt ontving, weggefallen. De accipiënt hoeft dan ook niet te wachten tot hij zelf in vrijwaring is opgeroepen door de derde maar kan, zodra hij heeft vernomen dat de solvent de zaak weer in bezit heeft gekregen, een rechtsvordering tegen de solvent instellen. Dat is ook praktisch, want gedurende de tijd dat hij wacht, draagt hij het insolventierisico van de solvent. De vordering die

377 In die zin: Vriesendorp, *RMTh* 1984, p. 14; instemmend Bartels, *Titel*, p. 136.

378 Ook Vriesendorp, *RMTh* 1984, p. 16, stelt, na de mogelijkheid te hebben onderzocht en afgewezen dat de betaling van de vergoeding door de accipiënt leidt tot convalescentie van de levering, waardoor de derde van een beschikkingsbevoegde heeft verkregen en zelf eigenaar is geworden, dat de solvent zijn zaak 'in beginsel' zal kunnen opvorderen van de derde.

379 Vriesendorp, *RMTh* 1984, p. 14.

de accipiënt tegen de solvent instelt hoeft bovendien niet een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking te zijn. Een *condictio* ligt voor de hand. Ook in het Romeinse recht stond de *condictio sine causa* ter beschikking aan de voller die een schadevergoeding had betaald voor het verlies van kledingstukken die naderhand door de eigenaar waren teruggevonden.³⁸⁰ De vergelijking met de casus van de voller maakt ook duidelijk dat de accipiënt het door hem betaalde bedrag van de solvent kan terugvorderen, niet alleen ongeacht de vraag of hij zelf al in vrijwaring is opgeroepen, maar ook ongeacht de vraag of hij in vrijwaring kan worden opgeroepen. Ook als de accipiënt de onverschuldigd betaalde zaak heeft verkocht aan een derde, maar er in de koopovereenkomst een exonerationbeding is opgenomen op grond waarvan hij niet door de koper aansprakelijk kan worden gesteld – of wanneer hij de zaak heeft verloren, zoals in de casus van de voller – verandert dit niets aan het feit dat de grondslag voor de vergoeding die de accipiënt reeds aan de solvent heeft betaald, wegvalt zodra de solvent zijn zaak zélf terug heeft ontvangen en diens schade daarmee is weggenomen. Wanneer men de actie van de accipiënt tegen de solvent nu, zoals Vriesendorp, als een verrijkingsactie zou opvatten, dan zou een verarming vereist zijn, en dient de accipiënt zelf reeds uit vrijwaring aangesproken te zijn. Nu er sprake geweest is van een directe betaling van de accipiënt aan de solvent ligt een *condictio* echter het meest voor de hand.

Deze casus geeft bovendien aanleiding tot een andere vraag. Als de solvent de accipiënt reeds succesvol met de *condictio* had aangesproken, zou de derde-bezitter dan, nadat hij is aangesproken met de *rei vindicatio*, van de solvent kunnen verlangen dat deze afstand doet van het bedrag dat hij reeds in de *condictio* van de accipiënt heeft verkregen? Deze vraag is in het kader van het Romeinse recht reeds opgeworpen, maar, vanwege de beperkte werking van het *arbitrium iudicis* in de *rei vindicatio*, in negatieve zin beantwoord.³⁸¹ Zou deze mogelijkheid naar Nederlands recht wel kunnen bestaan?³⁸² Vóór deze oplossing pleit dat de derde niet het insolventierisico van de accipiënt dient te dragen, en de accipiënt niet dat van de solvent, terwijl men, door de mogelijkheid te aanvaarden voor de derde-bezitter om afstand te verlangen, bovendien twee betalingen zou uitsparen.³⁸³ De vraag rijst of het huidige art. 6:212 BW een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking van de derde tegen de solvent mogelijk zou kunnen maken. Als dat immers het geval zou zijn, zou het voor de derde-bezitter wellicht mogelijk zijn om tegen de *rei vindicatio* een op de dreigende ongerechtvaardigde verrijking van de eigenaar gebaseerd verweermiddel in te roepen.³⁸⁴ De derde-

380 Cf. D. 12,7,2, waarover *supra*, p. 66, n. 315; in dit geval spreekt men ook van de *condictio ob causam finitam*; zie Zimmermann, *Obligations*, p. 855.

381 *Supra*, p. 65.

382 *Supra*, p. 66, n. 316, werd reeds verwezen naar de opvatting van Jansen, die deze oplossing voor het Nederlandse recht voorstaat.

383 Dit zijn de voordelen die bij de bespreking van deze casus in het Romeinse recht ook zijn genoemd.

384 Cf. Hartkamp, *WPNR* 6441, p. 328.

bezitter zal dan wel moeten aantonen dat hij verarmd is en de eigenaar verrijkt, en dat tussen deze verarming en verrijking een causaal verband bestaat. Men zou zeggen dat de verrijking van de eigenaar het gevolg is van het feit dat hij reeds uit onverschuldigde betaling tegen de accipiënt heeft geageerd, en dat er geen causaal verband bestaat met de 'verarming' van de derde-bezitter. Bovendien zou men kunnen stellen dat de derde-bezitter niet verarmd is, omdat hij nog een contractuele vordering uit vrijwaring heeft tegen de accipiënt. De Hoge Raad heeft echter geoordeeld dat het feit dat een partij ook nog een contractuele vordering heeft, niet in de weg staat aan het oordeel dat deze partij schade heeft geleden.³⁸⁵ Ook omdat in dit arrest (*Setz/Brunings*) het causaliteitsvereiste van art. 6:212 BW niet strikt wordt gehanteerd, zou een vordering, en een verweermiddel, uit ongerechtvaardigde verrijking denkbaar zijn.

Tot slot rijst de vraag hoe de spiegelbeeldige situatie dient te worden beoordeeld waarin de *rei vindicatio* en de *condictio* niet aan dezelfde eiser tegen verschillende gedaagden ter beschikking staat, maar aan verschillende eisers tegen dezelfde gedaagde. De situatie bij uitstek waarin deze vraag rijst is die waarin een eigenaar zijn zaak in bewaring heeft gegeven en de bewaarnemer met deze zaak een onverschuldigde betaling heeft verricht aan een accipiënt aan wie geen beroep op verkrijging te goeder trouw toekomt. Dit is, opnieuw, het geval dat aan D. 12,6,15,1 ten grondslag zou kunnen liggen, de tekst van Paulus die als een rode draad door dit boek loopt.³⁸⁶ Bij de bespreking van deze drie-partijen-relatie werd in het kader van die tekst overwogen dat als de bewaargever zijn zaak revindiceerde van de accipiënt, de *condictio*, vanwege het feit dat zich geen procesconsumptie voerde, aan de bewaarnemer behouden bleef, maar met de *exceptio doli* kon worden afgeweerd.³⁸⁷ In het Nederlandse recht zou deze vordering wegens gebrek aan belang eveneens worden afgewezen, nu de bewaarnemer, nadat de zaak is gerestitueerd aan de bewaargever, zelf niet meer bloot staat aan een contractuele actie van de bewaargever. Wanneer het omgekeerde geval zich zou voordoen waarbij de bewaarnemer had gecondiceerd – welke *condictio* niet had geresulteerd in restitutie van de zaak, maar slechts in de betaling van een schadevergoeding – en de bewaargever zijn zaak vervolgens van de accipiënt wenst te revindiceren, dan kan aan deze *rei vindicatio* niets in de weg worden gelegd. De bewaargever verkrijgt immers zijn eigen zaak terug. De accipiënt zou dan evenwel de mogelijkheid moeten hebben om het in de *condictio* aan de bewaarnemer betaalde bedrag terug te vorderen, nu de grond voor deze betaling achteraf is weggefallen.

385 HR 27 juni 1997, NJ 1997, 719 (*Setz/Brunings*; m.nt. Jac. Hijma), r.ov. 3.4.2; Wissink, *Preadvies*, p. 265 sq.

386 D. 12,6,15,1, *supra*, p. 88, n. 436.

387 Zie de bespreking van deze samenloop in het kader van D. 12,6,15,1, *supra*, p. 92.

§ 5.6.4 Verjaring

Aan de *rei vindicatio* en de *condictio* zijn verschillende verjaringstermijnen verbonden. De *rei vindicatio* verjaart na twintig jaar.³⁸⁸ De vordering uit onverschuldigde betaling verjaart vijf jaar nadat de solvent bekend is geworden met het feit dat hij een onverschuldigde betaling heeft verricht en weet wie de accipiënt is, en maximaal twintig jaar na de betaling.³⁸⁹ Het uiteenlopen van deze verjaringstermijnen betekent dat zich het geval kan voordoen dat de *condictio* is verjaard, maar de *rei vindicatio* nog maximaal vijftien jaar blijft bestaan.³⁹⁰ Andersom is het mogelijk dat de *rei vindicatio* is vervallen omdat de accipiënt, of een derde, na drie of tien jaar op grond van verkrijgende verjaring eigenaar is geworden.³⁹¹ In het geval dat de accipiënt zich kan beroepen op de driejarige verjaringstermijn van art. 3:99 BW, duurt de *condictio* nog twee jaar voort. Als vervolgens ook de *condictio* is verjaard, blijft slechts een natuurlijke verbintenis bestaan.³⁹²

Hoewel wij ons na de werking van de verkrijgende verjaring begeven buiten het terrein van de samenloop met de *rei vindicatio*, valt het op dat de inhoud van de ongedaanmakingsverbintenis op het moment van de verjaring verandert. Vóór de verjaring houdt de ongedaanmakingsverbintenis in dat de accipiënt aan de solvent opnieuw het bezit van de onverschuldigd betaalde zaak verschaft, daarna dat hij deze zaak in eigendom moet overdragen. De ongedaanmakingsverbintenis ziet hier dus op het verschaffen van de eigendom terwijl de solvent wellicht oorspronkelijk alleen maar het bezit had geleverd, dat na drie jaar onder de accipiënt tot eigendom is uitgegroeid. Ook hier is er een opvallende parallel met D. 12,6,15,1, waarin Paulus, in het derde deel van deze tekst,³⁹³ overweegt dat de *condictio* van toepassing blijft, óók nadat de accipiënt op grond van de *praescriptio longi temporis* de eigendom van de onverschuldigd geleverde zaak heeft verkregen. Na vergelijking met die tekst, valt het ook op dat het mogelijk is dat de solvent niet zijn eigen zaak, maar andermans zaak, bijvoorbeeld van degene van wie hij de zaak had geleend, onverschuldigd aan de accipiënt had

388 Dit is de algemene verjaringstermijn van art. 3:306 BW: 'Indien de wet niet anders bepaalt, verjaart een rechtsovereenkomst door verloop van twintig jaren.' Op grond van art. 3:105 BW verkrijgt de bezitter na het verjaren van de *rei vindicatio* de eigendom. Dit neemt overigens niet weg dat het eigendomsverlies dat de eigenaar na twintig jaar lijdt, op zichzelf weer een grondslag kan vormen voor een vordering uit onrechtmatige daad, zoals de Hoge Raad in een *obiter dictum* heeft uitgemaakt in HR 24 februari 2017, *NJ* 2018, 141 (*Gemeente Heusden/M. en B.*; m.nt. H.J. Snijders), r.ov. 3.7.3. Ook een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking zou tot de mogelijkheden kunnen behoren; in die zin Jansen, *RMTh* 2018, p. 9.

389 Art. 3:309 BW: 'Een rechtsovereenkomst uit onverschuldigde betaling verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de schuldeiser zowel met het bestaan van zijn vordering als met de persoon van de ontvanger is bekend geworden en in ieder geval twintig jaren nadat de vordering is ontstaan.'

390 Zie ook Bartels, *Titel*, p. 129–130.

391 Art. 3:99 BW.

392 Art. 6:3 BW.

393 Zie de tekst *supra*, p. 88, n. 436, en de bespreking van dit derde deel bij n. 446.

betaald. In dat geval leidt de *condictio*, nadat de zaak op grond van verkrijgende verjaring door de solvent is verkregen, ertoe dat de solvent de eigendom van een zaak krijgt die hij voor de onverschuldigde betaling nog niet had gehad. Natuurlijk zal de solvent op zijn beurt contractueel verplicht zijn om de eigendom aan de uitlener over te dragen.

§ 5.6.5 Nevenvorderingen

Wat betreft de onverschuldigde betaling, bepaalt de wet dat de bepalingen omtrent de verhouding tussen de eigenaar en de bezitter van overeenkomstige toepassing zijn:

Art. 6:206 BW: 'De artikelen 120, 121, 123 en 124 van Boek 3 zijn van overeenkomstige toepassing met betrekking tot hetgeen daarin is bepaald omtrent de afgifte van vruchten en de vergoeding van kosten en schade.'

Deze wetsbepaling zorgt ervoor dat de vordering uit onverschuldigde betaling aansluit bij de regeling die in Boek 3 wordt gegeven met betrekking tot de vraag aan wie, in de verhouding tussen de eigenaar en de bezitter (of de houder, zie art. 3:124 BW), de vruchten van een zaak toekomen, wie de kosten die ten behoeve van de zaak zijn gemaakt, moet dragen, wie de schade voor bijvoorbeeld het behoud van de zaak moet dragen, en wie de schade moet dragen tot vergoeding waarvan de bezitter jegens een derde aansprakelijk mocht zijn.³⁹⁴ Deze gelijkschakeling houdt in dat wanneer aan de eiser zowel de *rei vindicatio* als de vordering uit onverschuldigde betaling ten dienste staat, de keuze tussen beide vorderingen, althans wat betreft deze genoemde nevengevolgen, geen belang heeft. Daarmee wordt ook voorkomen dat een leerstuk ontstaat met de omvang van de Duitse 'Eigentümer-Besitzer-Verhältnis'.³⁹⁵ Uit de Toelichting Meijers blijkt de intentie van de regeling:

'Ten aanzien van afgifte van vruchten en vergoeding voor ten behoeve van de zaak gemaakte kosten mag het geen verschil maken, hoe de eis wordt ingeleed. Daarom worden voor de afgifte van vruchten en de vergoeding van kosten de bepalingen daaromtrent in de titel Bezit van overeenkomstige toepassing verklaard.'³⁹⁶

De vruchten kunnen overigens evenmin via de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking van de bezitter te goeder trouw worden opgevorderd. Zoals reeds in de Parlementaire Geschiedenis wordt bepaald, levert art. 3:120, lid 1 BW een rechtvaardigingsgrond op voor deze verrijking, zodat men aan art. 6:212 BW niet meer toekomt.

³⁹⁴ Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-IV, nr. 442–43.

³⁹⁵ Zie § 4.4, *supra*, p. 165.

³⁹⁶ PG Boek 6, p. 813.

‘Een verrijking die door de wet wordt gesanctioneerd, geeft uiteraard geen grond voor toepassing van het onderhavige artikel: zij is eveneens niet ongerechtvaardigd. Een voorbeeld hiervan geeft artikel 3.5.4 lid 1 van het ontwerp [art. 3:120 lid 1 BW], welk artikel aan de bezitter te goeder trouw recht geeft op de afgescheiden natuurlijke en de opeisbaar geworden burgerlijke vruchten.’³⁹⁷

Een solvent zal wel, in aanvulling op de vordering uit onverschuldigde betaling, op grond van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking een vergoeding voor het gebruik van de zaak kunnen verkrijgen.³⁹⁸

§ 5.6.6 Bewijsrecht

Het Driemanschap heeft de samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* niet alleen beschouwd als een logisch, maar ook als een wenselijk uitvloeisel van het causale stelsel, gezien de lichtere bewijslast die aan de *condictio* zou zijn verbonden.³⁹⁹ De Toelichting Meijers vermeldt dan ook:

‘Ten gevolge van het in het ontwerp aanvaarde causale stelsel van eigendoms-overdracht – men zie artikel 3.4.2.2 [art. 3:84 BW] – zal de verhouding tussen de betaler en de ontvanger van een zonder rechtsgrond gegeven zaak veelal die zijn van bezitter en eigenaar. De betaler zal de zaak dan van de ontvanger als zijn eigendom kunnen opvorderen. Maar hij kan ook zijn eis alleen op de onverschuldigheid van de betaling baseren, zodat hij geen bewijs van eigendom behoeft te leveren.’⁴⁰⁰

De vraag rijst of dit bewijsrechtelijke argument naar huidig recht nog steeds opgaat.⁴⁰¹ Ten eerste zij opgemerkt dat de Toelichting, in een aan het eind van dit fragment geplaatste voetnoot, verwijst naar de beschouwing van het Zwitserse handboek van Von Tuhr over de *condictio possessionis*. Von Tuhr overweegt op die plek dat de *condictio possessionis* van belang is wanneer een niet-beschikkingsbevoegde solvent onverschuldigd heeft betaald:

‘Hat A aber dem B nicht das Eigentum, sondern nur den Besitz einer (ihm selbst nicht gehörenden) Sache [ohne Rechtsgrund; toevoeging Von Tuhr/Peter] verschafft, so kann er auch nur Rückgabe des Besitzes verlangen; die Rückgabe des

397 PG Boek 6, p. 829–30. Ook de regeling die in art. 5:29 BW wordt gegeven ‘voor aanwas en afslag’ levert een wettelijke rechtvaardiging op voor de verrijking die het gevolg is van verplaatsing van de oeverlijn van een langs het water liggend erf.

398 PG Boek 6, p. 803; Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-IV, nr. 419, 476.

399 *Supra*, n. 295, 304, 313.

400 PG Boek 6, p. 813. Deze passage is uiteindelijk gegeven als toelichting op art. 6:206 BW. Zie reeds het concept van deze tekst, *supra*, n. 314.

401 Het verschil in bewijslast tussen beide vorderingen wordt genoemd door Zwolve, *GrOM* 13, p. 87, n. 19; Boukema, *Samenloop*, nr. 25; Bartels, *Titel*, p. 130; Koollhoven, *Niederländisches Bereicherungsrecht*, p. 277.

Besitzes kann ihm aber nicht deswegen verweigert werden, weil er nicht Eigentümer war. Daher ist bei Rückforderung einer grundlos zugewendeten Sache der Beweis des Eigentums nicht erforderlich.⁴⁰²

Uit dit citaat blijkt dat het betoog van Von Tuhr betrekking heeft op een andere situatie dan die waarin het in de Toelichting Meijers is ingezet. Waar de Toelichting het immers van belang acht dat de solvent zelf de keuze heeft over de *condictio*, naast de *rei vindicatio*, spreekt Von Tuhr over de situatie waarin de solvent de zaak *van een ander* ('ihm selbst nicht gehörenden') onverschuldigd heeft betaald. In het handboek van Von Tuhr, en in de dissertatie van Bussy, waar Von Tuhr op zijn beurt naar verwijst,⁴⁰³ is de *condictio possessionis* een aan de *rei vindicatio* subsidiaire actie.⁴⁰⁴ In beide werken heeft de eiser die eigenaar is niet de beschikking over de *condictio possessionis*; het belang van de *condictio possessionis* is er slechts in gelegen dat een actie ter beschikking wordt gesteld aan de eiser die géén eigenaar is. Het valt bovendien op dat de eiser, gezien de bewijsvermoedens waar hij een beroep op kan doen in geval van roerende zaken,⁴⁰⁵ niet de behoefte zal hebben aan de *condictio*, maar ook op grond van zijn voormalig bezit zal worden verlicht in de bewijslast in de *rei vindicatio*. Geldt hetzelfde naar Nederlands recht?

Op het eerste gezicht lijkt de *rei vindicatio* de eiser voor een groter bewijsrechtelijk probleem te plaatsen dan de *condictio*. In het eerste geval dient hij immers te bewijzen het beste recht op de zaak te hebben en in het tweede geval dat hij en prestatie heeft verricht zonder rechtsgrond. In de praktijk zal het verschil in bewijslast evenwel afwezig zijn. Wat betreft de bewijslastverdeling bij de opvordering van een roerende zaak heeft de Hoge Raad immers overwogen dat degene die een roerende zaak revindiceert bij conclusie van eis niet meer hoeft te stellen dan dat hij eigenaar is van het goed en dat de gedaagde het goed zonder recht of titel onder zich heeft.⁴⁰⁶ In zijn noot onder dit arrest stelt Huib Drion dat dit zowel voor roerend als onroerend goed geldt. De gedaagde die meent dat hij eigenaar is gewor-

402 Von Tuhr/Sieggwart, I, p. 402–403 (en Von Tuhr/Peter, I, p. 476); zie reeds in het kader van het Zwitserse recht, *supra*, p. 164, n. 126.

403 Bussy, *Enrichissement*, nr. 66, heeft evenmin het oog op de situatie waarin beide acties aan dezelfde eiser ter beschikking staan; hij beschouwt de *condictio* immers als subsidiair aan de *rei vindicatio*: 'Mais si la possession enrichit le possesseur, il n'en résulte pas nécessairement que le dépossédé jouira d'une action en enrichissement illégitime. S'il veut recouvrer une possession perdue, la loi lui accorde déjà, nous pouvons dire dans presque toutes les hypothèses possibles, d'autres moyens de droit: ainsi la revendication, s'il est propriétaire, dont l'exercice lui est énormément facilité par les présomptions attachées à la possession en matière mobilière (art. 930 sq. C.C.S.) [...].'. Vanwege het subsidiaire karakter geldt: 'la *condictio possessionis* n'aura qu'un domaine excessivement restreint.'

404 *Supra*, vanaf p. 148, n. 51.

405 Art. 930 ZGB bepaalt: '[1] Vom Besitzer einer beweglichen Sache wird vermutet, dass er ihr Eigentümer sei. [2] Für jeden früheren Besitzer besteht die Vermutung, dass er in der Zeit seines Besitzes Eigentümer der Sache gewesen ist.'

406 HR 24 november 1967, NJ 1968, 74 (*Van der Peijl/Van der Gun*; m.nt. H. Drion).

den zal dat vervolgens moeten stellen en hierbij beroep kunnen doen op de eigendomspresumptie die aan het bezit van de zaak is verbonden.⁴⁰⁷ Maar de Hoge Raad heeft overwogen dat 'indien de gedaagde antwoordt dat hem de eigendom van het goed toekomt en daarbij een beroep doet op zijn bezit van het goed, dit verweer, zo het voldoende gemotiveerd is, de eiser noodzaakt feiten en omstandigheden te stellen uit welke voortvloeit dat de gedaagde de eigendom niet heeft verworven.'⁴⁰⁸ De gedaagde kan dus een gemotiveerd beroep doen op zijn bezit, waarna het weer aan de eiser is om te bewijzen dat de gedaagde de eigendom niet heeft verworven. In dit geval had de gedaagde gesteld door koop eigenaar te zijn geworden en had de eiser hiertegen aangevoerd dat de personen die achtereenvolgens de verduisterde auto hebben gekocht, geen van allen te goeder trouw waren, waardoor ook de gedaagde geen eigendom had verkregen. De eiser had hiermee aan zijn stelplicht voldaan.⁴⁰⁹

De bewijslastverdeling bij de *rei vindicatio* van roerende zaken kwam ook aan de orde in het arrest *Kütthe/Artz*.⁴¹⁰ In deze zaak was Artz de bezitter van een wortelnoten kabinet. Kütthe beweerde dat Artz dit kabinet slechts onder zich had gekregen krachtens een overeenkomst van bruikleen die 38 jaar tevoren was gesloten, terwijl Artz beweerde het geschonken te hebben gekregen. De Hoge Raad bekrachtigt het oordeel van het Hof dat Artz het bezit heeft in de zin van art. 2014 lid 1 OBW, en dat het daarom aan Kütthe is om feiten en omstandigheden te stellen, en bij tegenspraak te bewijzen, waaruit kan worden afgeleid dat de stelling van Artz dat van een schen-

407 Ook onder het oude recht had het bezit een processuele functie en was aan het bezit van een zaak op grond van art. 2014 OBW het wettelijk vermoeden van eigendom verbonden. Tegenwoordig geldt art. 3:119, lid 1 BW: 'De bezitter van een goed wordt vermoed rechthebbende te zijn.' In combinatie met art. 3:109, lid 1 BW, waarin bepaald is: 'Wie een goed houdt, wordt vermoed dit voor zichzelf te houden,' is aan het houden van zaak, het vermoeden van eigendom verbonden. Zie Asser/Bartels & Van Mierlo, 3-IV, nr. 175. Zie voor registergoederen evenwel de beperking van art. 3:119, lid 2 BW.

408 HR 24 november 1967 (*Van der Peijl/Van der Gun*). Drion maakt in zijn noot duidelijk dat de Hoge Raad hiermee niet De Grooth is gevolgd in zijn stelling dat de bezitter na *Damhoff/Staat* niet meer zou kunnen volstaan met een beroep op zijn bezit als bewijs van zijn eigendom. Zie ook de memorie van antwoord bij art. 3:119 BW in PG Boek 3, p. 446: 'Wel mag van de bezitter worden gevergd dat hij tegenover degenen die zich op een beter recht beroept, nader stelt op grond waarvan hij meent rechthebbende te zijn.' Zie daarnaast HR 12 januari 1968, *NJ* 1968, 274 (*Mulder/Teixeira de Mattos c.s.*; m.nt. H. Drion) waar de Hoge Raad overweegt: 'dat, indien iemand een bepaalde onder een ander berustende roerende zaak als zijn eigendom opvoert, de gedaagde die de eigendom van de eiser betwist, kan volstaan met gemotiveerd te ontkennen dat het goed aan de eiser toebehoort; dat de eiser dan nader moet uiteenzetten waarom de zaak zijn eigendom is en het bewijs van de door hem in dit verband gestelde feiten moet leveren.'

409 Zie Asser/Bartels & Van Mierlo, 3-IV, nr. 176; Asser/Bartels & Van Velten, 5, nr. 114. Eventueel zou de eiser, indien de bezitsstoornis (de betaling) minder dan een jaar geleden plaatsvond, het bezitsinterdict van art. 3:125 BW kunnen instellen, zodat hij zelf aanspraak kan maken op de processuele functie van het bezit.

410 HR 26 februari 1988, *NJ* 1989, 488 (*Kütthe/Artz*; m.nt. W.M. Kleijn), *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1988, p. 134-135 (m.nt. O.K. Brahn). Zie hierover ook Salomons, *2014 tot 1950*, p. 362.

king sprake is, onjuist is. Hiermee wijst de Hoge Raad de stelling van Kütthe af dat deze regel uitzondering lijdt indien de verkrijgingstitel van de bezitter weinig aannemelijk is. Volgens de Hoge Raad mag de rechter 'op grond van hetgeen over en weer is gesteld en de verdere omstandigheden van het geval' wel oordelen dat de presumptie van art. 2014, lid OBW 'zodanig is weerlegd dat de bezitter zijn gepretendeerde eigendomsrecht nader zal hebben te bewijzen.' Het Hof had in dit geval van deze vrijheid geen gebruik gemaakt maar behoefde dit niet te motiveren.⁴¹¹

In het eigendomsproces geldt dus de hoofdregel dat de eiser die beweert eigenaar te zijn, dit recht dient te stellen en te bewijzen. De bezitter van een roerende zaak kan een beroep doen op de wettelijke eigendomspresumptie. Maar het is mogelijk dat de rechter het bewijs dat de bezitter géén eigenaar is, geleverd acht. Hierbij komt hem een grote vrijheid toe en kan hij letten op de stellingen van de partijen en de omstandigheden van het geval. De rechter zal vervolgens aan de bezitter nader bewijs van zijn eigendomsrecht kunnen vragen. Als de bezitter dit bewijs niet zal kunnen leveren, en de eiser kan bewijzen dat hij vroeger bezitter was, dan zal de eiser vervolgens een beroep kunnen doen op de presumptie dat hij, op grond van dit vroegere bezit, eigenaar was.⁴¹² Vervolgens zal het aan de gedaagde zijn, om dit vermoeden te ontkrachten.

Bij de vordering uit onverschuldigde betaling dient de eiser te stellen, en bij betwisting te bewijzen, dat hij de ander een goed heeft gegeven en dat er hiervoor geen rechtsgrond aanwezig was. Vergelijken wij nu de bewijslast in de *condictio* met de bewijslast in de *rei vindicatio*, dan is het zeer waarschijnlijk dat als de eiser het geven van een goed aan de gedaagde zonder rechtsgrond heeft bewezen, dit voor de rechter die over de *rei vindicatio* oordeelt een omstandigheid oplevert op grond waarvan hij aan de bezitter nader bewijs van diens eigendom zal vragen. Als de eiser nu heeft bewezen dat hij onverschuldigd heeft betaald aan de gedaagde, betekent dit dat diens bezit in ieder geval ongegrond is en zal de bezitter niet slagen in dit bewijs. Als de eiser ook bewijst dat hij vroeger het bezit heeft gehad – welk bewijs ook besloten zal liggen in het bewijs dat hij een zaak onverschuldigd heeft betaald – zal het vervolgens aan de gedaagde zijn om te bewijzen dat de eiser géén eigenaar is.

Het bewijsrechtelijke argument dat het Driemanschap ertoe heeft aanzet om de *condictio* met de *rei vindicatio* te laten samenlopen, zal dus in veel gevallen niet opgaan. Dat betekent evenwel niet dat deze samenloop zinloos is. Waar het de eiser in het algemeen niet meer moeite zal kosten om te bewijzen dat hij eigenaar is van een zaak die hij onverschuldigd heeft betaald aan de gedaagde, zou zich de vraag kunnen voordoen óf de gedaagde de onverschuldigd betaalde zaak wel bezit. Als de beschikbaarheid van

411 Zie ook HR 8 mei 1987, NJ 1988, 700 (*Geurts/Lijesen*; m.nt. W.M. Kleijn) en HR 17 juni 1994, NJ 1994, 671 (*Gielkens/Gielkens*). In beide zaken ging het om een bezitter, die stelde bepaalde goederen geschonken te hebben gekregen.

412 In het Zwitserse recht brengt art. 930, lid 2 ZGB dit tot uitdrukking.

de *condictio* nu afhankelijk zou zijn van de ‘plaatsgevonden verrijking’ bij de accipiënt, zoals Bregstein wilde, dan zou de solvent, alvorens te procederen, eerst moeten onderzoeken, of de zaak nog voorhanden was, en zo ja, bij wie. Pas als hij op deze voorvraag antwoord heeft gekregen – een vraag die in het klassieke Romeinse recht door de *actio ad exhibendum* werd opgelost – zou hij weten tegen wie hij zou moeten procederen. Nu de beschikbaarheid van de vordering uit onverschuldigde betaling niet afhankelijk is van het wegval- len van de *rei vindicatio*, weet de solvent dat hij altijd met de vordering uit onverschuldigde betaling kan procederen tegen de accipiënt – net zoals de bestolene in het Romeinse recht altijd tegen de dief met de *condictio furtiva* kon procederen.

§ 5.7 SLOT

In het huidige Nederlandse recht staat het vast dat de *condictio*, in de vorm van de vordering uit onverschuldigde betaling, en de *rei vindicatio* kunnen samenlopen. Deze samenloop vindt zijn grondslag in het causale stelsel van eigendomsoverdracht dat in het Franse recht is aanvaard. Voor de solvent die een onverschuldigde betaling heeft verricht, treedt het praktische belang van de *rei vindicatio*, naast de *condictio*, naar voren in het geval dat de accipiënt in faillissement is geraakt of wanneer de accipiënt de zaak heeft doorgeleverd aan een derde. Indien de derde niet zelf eigenaar is geworden van de zaak, kan de solvent deze onder hem revindiceren. Omgekeerd treedt het belang van de beschikbaarheid van de *condictio*, naast de *rei vindicatio*, naar voren in het geval een niet-beschikkingsbevoegde solvent een onverschuldigde betaling heeft verricht – de casus van D. 12,6,15,1. Aan de solvent dient een rechtsmiddel ter beschikking te staan tegen de accipiënt, ook al kan de eigenaar de zaak zelf nog onder de accipiënt revindiceren. Het bewijsrechtelijke argument dat bij het ontwerp van het NBW een belangrijke rol speelde in het kader van de samenloop tussen beide vorderingen, namelijk dat de bewijslast van de eiser diende te worden verlicht door hem, naast de *rei vindicatio*, een *condictio* ter beschikking te stellen, gaat, vanwege de toepassing van de bewijsvermoedens door de Hoge Raad, niet langer op. In het feit echter dat de vordering uit onverschuldigde betaling aan de solvent ter beschikking staat, ongeacht het antwoord op de vraag of hij nog kan revindiceren, is een voordeel gelegen van de samenloop van beide vorderingen. De *condictio* staat aan de solvent ter beschikking, ook al blijkt hij de zaak nog onder de gedaagde, of onder een derde, te kunnen revindiceren.