Universiteit
Leiden
The Netherlands

Aanvullend Verrijkingsrecht

Linden, T. van der

Citation
Linden, T. van der. (2019, June 26). *Aanvullend Verrijkingsrecht*. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/74475

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Leiden University Non-exclusive license
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/74475

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

Cover Page

Universiteit Leiden

The following handle holds various files of this Leiden University dissertation:
http://hdl.handle.net/1887/74475

Author: Linden, T. van der
Title: Aanvullend Verrijkingsrecht
Issue Date: 2019-06-26

Aanvullend Verrijkingsrecht

Aan mijn ouders

Aanvullend Verrijkingsrecht

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op woensdag 26 juni 2019
klokke 16.15 uur

door

Teun van der Linden

geboren te Gouda

in 1985

Promotor:	prof. mr. Jac. Hijma
Promotiecommissie:	prof. mr. W.H. van Boom prof. mr. C.G. Breedveld-de Voogd prof. mr. A.G. Castermans mr. dr. R. Koolhoven (Rijksuniversiteit Groningen) prof. mr. M.H. Wissink (Rijksuniversiteit Groningen)

Opmaak: AlphaZet prepress, Bodegraven

© 2019 Teun van der Linden | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-678-5
e-ISBN 978-94-6274-544-5

www.boomjuridisch.nl

Inhoudsopgave

Lijst met afkortingen XVII

1 Inleiding 1
1.1 Algemeen 1
1.2 Probleemstelling 3
1.3 Verantwoording en methode 5
1.4 Terminologie 7
1.5 Opbouw 8

Deel 1 Uitgangspunten 9

2 Het verrijkingsbeginsel 11
2.1 Inleiding 11
2.2 Opbouw en methode 13
2.3 Het onderscheid tussen het beginsel en de actie 14
2.3.1 Ontologische verschillen 14
2.3.2 Een beginsel heeft geen alles-of-niets karakter 16
2.4 Het probleem van de normatieve kracht 17
2.4.1 Het open karakter van het verrijkingsbeginsel 17
2.4.2 Het absorberende vermogen van het verrijkingsbeginsel 19
2.4.3 Het verrijkingsbeginsel in de *common law* 21
2.4.4 Inductieve tendensen in Nederland 24
2.5 De verdere gang van het betoog 25
2.6 De *sine causa*-conceptie 26
2.6.1 Onverschuldigde betaling 26
2.6.2 De normatieve structuur van de *sine causa*-formule 27
2.6.3 De reikwijdte van de *sine causa*-conceptie 28
2.6.4 De grenzen van de *sine causa*-formule 31
2.6.5 Verrijkingsbeginsel valt niet samen met de *sine causa*-conceptie 32
2.7 Intermezzo: meerdere concepties van het verrijkingsbeginsel 34
2.7.1 De opvatting van Wonnell 34
2.7.2 Eigen opvatting 36
2.8 Profiteren van onereus gedrag 38
2.8.1 *Restitution for wrongs* 38
2.8.2 Gedrag als gezichtspunt bij de beoordeling van de verrijking 41
2.8.3 Beperkte zelfstandige betekenis 45
2.8.4 Het principe als gezichtspunt in de rechtsvinding 47

2.8.5 Het principe als gezichtspunt in de rechtsvinding; vervolg 49
2.8.6 Verrijking als gezichtspunt bij de beoordeling van gedrag 51
2.9 Afwenteling 'eigen' schade op een ander 54
2.9.1 Zaakwaarneming 55
2.9.2 Risicoaansprakelijkheid 56
2.9.3 *Egalité devant les charges publiques* 59
2.9.4 Onbepaaldheid principe 61
2.10 Een verrijking buiten de normale gang van zaken moet met een kritisch oog worden bezien 61
2.10.1 Overeenkomstenrecht; specifieke bepalingen 63
2.10.2 Overeenkomstenrecht; onregelmatige verrijking als gezichtspunt 65
2.10.3 Schadevergoedings- en verzekeringsrecht 68
2.10.4 Rechtsvinding 72
2.11 Het verband tussen de vier verrijkingsrechtelijke principes 73
2.12 Slotsom 74

3 De algemene verrijkingsactie 77
3.1 Inleiding 77
3.2 Positionering van de algemene verrijkingsactie 77
3.3 Grondslag van de algemene verrijkingsactie 79
3.3.1 Ratio van systeem zonder algemene verrijkingsactie 81
3.3.2 Ratio van algemene verrijkingsactie 82
3.3.3 Een dubbele grondslag 85
3.4 Functie van de algemene verrijkingsactie 86
3.4.1 Een ingewikkeld debat 86
3.4.2 Drie eliminaties 87
3.4.3 De aanvullende functie als overkoepelende functie 88
3.4.4 De corrigerende functie 89
3.4.5 De systematische functie en de zingevende functie 90
3.4.6 De ventielfunctie 91
3.4.7 *Unclean hands*-functie 92
3.5 Nadere analyse van de aanvullende functie 94
3.5.1 Een kritische vraag 94
3.5.2 Eigenschappen van de algemene verrijkingsactie 97
3.5.3 Bijvangst 100
3.6 Slotsom 101

Deel 2 De vereisten 103

4 Interpretatie en organisatie 105
4.1 Inleiding 105
4.2 De waardering van de algemene verrijkingsactie 105
4.2.1 Het spanningsveld 106
4.2.2 Vier problemen 107

4.3 Verrijkingsrechtelijke rechtsvinding 112
4.3.1 De 'queeste' 112
4.3.2 *Quint/Te Poel* 113
4.3.3 Subsidiariteit 114
4.3.4 De heersende leer: de systematische interpretatiemethode 116
4.3.5 Billijkheidsargumenten 119
4.3.5.1 Verhouding rechtssysteem en billijkheid 120
4.3.5.2 Verhouding systeem en billijkheid, een typologie 122
4.4 De samenhang van de toepassingsvoorwaarden 127
4.4.1 De complementariteit van de vereisten 127
4.4.2 Twee groepen vereisten 129
4.5 Verschillende typen gevallen van ongerechtvaardigde verrijking 131
4.6 Slotsom 132

5 Verrijking, schade, verband 135
5.1 Inleiding 135
5.2 Verrijking 136
5.2.1 Inleiding 136
5.2.2 Objectief of subjectief verrijkingsbegrip? 138
5.2.2.1 Een korte blik op het Engelse verrijkingsbegrip 138
5.2.2.2 Heersende leer; een objectief verrijkingsbegrip 139
5.2.2.3 Jurisprudentie; een objectief verrijkingsbegrip 140
5.2.2.4 Jurisprudentie; subjectieve elementen in de verrijkingstoets? 142
5.2.2.5 Moet de gedaagde zijn gebaat? 144
5.2.3 Het verrijkingsbegrip 147
5.2.3.1 Het paradigma 147
5.2.3.2 Een pluriform verrijkingsbegrip 149
5.2.4 Verrijkingsfeiten 150
5.2.4.1 Een vermeerdering van het vermogen 151
5.2.4.2 De ontvangst van een dienst 157
5.2.4.3 Het gebruik van andermans goed 159
5.2.4.4 Overname klantenbestand 161
5.2.4.5 Besparing van kosten of uitgaven 163
5.2.5 Knelpunten bij de begroting van de verrijking 165
5.2.5.1 Samenloop verschillende verrijkingstypen 166
5.2.5.2 Voordeel anders dan om niet verkregen; overige nadelen 167
5.2.5.3 Vermindering van de verrijking 168
5.2.5.4 Vermeerdering van de verrijking 170

5.3 Schade 171
5.3.1 Inleiding 171
5.3.2 De vereiste schade 172
5.3.2.1 Algemeen 172
5.3.2.2 Meerpartijenverhouding 173
5.3.2.3 Problematische gevallen 174
5.3.3 Een omstreden vereiste 176
5.3.4 Strekking verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis 178
5.3.5 Vaststelling en begroting van schade 180
5.3.5.1 Gebruik andermans zaak of recht 180
5.3.5.2 Begrotingsmaatstaf bij onbevoegd gebruik 182
5.3.5.3 Abstracte begroting niet altijd toelaatbaar 185
5.3.5.4 Abstracte schadebegroting bij verrichte arbeid 186
5.3.5.5 De resterende gevallen 187
5.3.6 Redelijke toerekening 189
5.3.7 Voordeelstoerekening 190
5.3.8 Eigen schuld 191
5.3.8.1 Algemeen 191
5.3.8.2 Drie typen gevallen 194
5.3.9 Vorm van schadevergoeding 195
5.3.9.1 Algemeen 195
5.3.9.2 Een algemeen verrijkingsrechtelijk wegneemrecht 196
5.3.10 Matiging 197
5.4 Verrijking ten koste van de eiser 200
5.4.1 Inleiding 200
5.4.2 De aanpak van de wetgever en de Hoge Raad 200
5.4.2.1 Wetgever 200
5.4.2.2 Jurisprudentie; indirecte verrijking 201
5.4.2.3 Jurisprudentie; andersoortig verband dan vermogensverschuiving 205
5.4.2.4 Jurisprudentie; een zwaluw 206
5.4.2.5 Balans 206
5.4.3 Verklaring ruime uitleg 207
5.4.4 Ontbreekt het causaal verband bij een indirecte verrijking? 209
5.4.4.1 Het ten-koste-van-vereiste en gevallen van indirecte verrijking 209
5.4.4.2 Prestatie jegens een derde vloeit in vermogen verrijkte 210
5.4.4.3 De verrijkte ontleent zijn voordeel aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde 212

5.4.5 Vereiste verband alleen aanwezig bij vermogensverschuivingen? 214
5.4.5.1 De leer Damminga 214
5.4.5.2 De leer Koolhoven 215
5.4.6 Het criterium van het zekere verband 217
5.4.7 Een te ruim criterium? 222
5.5 Slotsom 223

6 Het ongerechtvaardigdheidsvereiste 225
6.1 Inleiding 225
6.2 Twee benaderingen 226
6.2.1 De *sine causa*-benadering 227
6.2.2 De *unjust factors*-benadering 230
6.3 Heersende leer en knelpunten 233
6.3.1 De *sine causa*-benadering 233
6.3.2 De visie van Meijer 235
6.3.3 Enkele voor de *sine causa*-benadering problematische gevallen 237
6.4 Differentiatie 238
6.4.1 Het probleem 238
6.4.2 Genese van de Duitse Trennungslehre 241
6.4.3 Een ander onderscheid 243
6.4.3.1 Algemeen 243
6.4.3.2 De scheidslijn 247
6.4.3.3 Vooruitblik 250
6.5 Verrijking door vermogensverschuiving 250
6.5.1 Inleiding 250
6.5.2 Rechtvaardiging door rechtshandeling en overeenkomst 251
6.5.2.1 Grondslag 251
6.5.2.2 *Ermer/ABN Amro* 253
6.5.2.3 Verdere voorbeelden uit de rechtspraak 255
6.5.2.4 De uitleg bepaalt de rechtvaardigende kracht 256
6.5.2.5 De verrijkingsvordering als aanvulling op de contractuele remedies 258
6.5.3 Rechtvaardiging door overeenkomst met derde 259
6.5.3.1 Inleiding 259
6.5.3.2 De doctrine in beweging 260
6.5.3.3 De jurisprudentie in beweging 261
6.5.3.4 Uitgangspunt: verrijkingsrechtelijke derdenwerking 265
6.5.3.5 Grondslag verrijkingsrechtelijke derdenwerking 266
6.5.4 Rechtvaardiging door wet 269
6.5.4.1 Heersende leer; rechtvaardiging door wet 269

6.5.4.2 Heersende leer; rechtvaardiging door stelsel wet 271
6.5.4.3 Heersende leer; rechtvaardiging door stelsel wet; vervolg 272
6.5.4.4 Een nuance op de heersende leer 274
6.5.5 Rechtvaardiging door wet; jurisprudentie; strekking versus omstandigheden 277
6.5.5.1 De ruilverkavelingsarresten 277
6.5.5.2 *Ontvanger/Hamm* 279
6.5.5.3 Geen uitbouw *Ontvanger/Hamm* 283
6.5.5.4 Andere arresten over ongerechtvaardigde verrijking en faillissement 286
6.5.5.5 Conclusie 289
6.6 Verrijking zonder vermogensverschuiving 289
6.6.1 Algemeen 289
6.6.2 Het arrest-*Van der Tuuk Adriani/Batelaan* 290
6.6.3 Een nieuw perspectief op *CFS/Stork* 292
6.7 Slotsom 295

7 Het redelijkheidsvereiste 297
7.1 Inleiding 297
7.2 Ratio redelijkheidsvereiste 298
7.3 Karakter redelijkheidstoets 301
7.3.1 De balancerende werking van het redelijkheidsvereiste 301
7.3.2 Op één lijn met derogerende werking redelijkheid en billijkheid? 302
7.3.3 Is het redelijkheidsvereiste ontstaansvereiste? 303
7.3.4 Invloed redelijkheidvereiste op ontstaansmoment 305
7.4 Invulling redelijkheidsvereiste 306
7.5 Wettelijke aanwijzingen 308
7.6 Opgedrongen bestedingspatroon 309
7.6.1 Het uitgangspunt 309
7.6.2 Het voordeel is liquide geworden 311
7.6.3 Het voordeel bestaat uit besparing van noodzakelijke kosten 313
7.6.4 Gedaagde heeft op verkregene voortgebouwd 314
7.6.5 Gedaagde heeft de ongerechtvaardigde verrijking laten ontstaan 315
7.6.6 Invloed andere leerstukken 316
7.7 Verdere bescherming autonomie 317
7.7.1 Bescherming contractsvrijheid 317
7.7.2 Bescherming autonomie schuldenaar 318
7.7.3 Bescherming autonomie bank 319
7.8 Consumentenbescherming 320
7.9 Derdenbescherming 322

7.9.1 Algemeen 322
7.9.2 Derdenbescherming als verweer 322
7.9.3 Aard geval bepaalt gewicht beroep op goede trouw 323
7.9.4 Vermindering van verrijking 324
7.9.5 Vertrouwen op overeenkomst 325
7.10 De *paritas creditorum* 328
7.10.1 Algemeen 328
7.10.2 Wanneer doorbreekt een verrijkingsactie de *paritas creditorum*? 329
7.10.3 Uitzonderingen mogelijk 331
7.11 Rechtspolitieke argumenten van niet-vermogensrechtelijke aard 333
7.12 Slotsom 335

Deel 3 Toepassingen 337

8 Ongerechtvaardigde verrijking en overeenkomst 339
8.1 Inleiding 339
8.2 De aanvulling van het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht 341
8.3 Aanpalende leerstukken 342
8.3.1 Onverschuldigde betaling 343
8.3.1.1 Algemeen 343
8.3.1.2 De scheidslijn tussen ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling 345
8.3.1.3 Evaluatie 348
8.3.2 Zaakwaarneming 349
8.4 Ongerechtvaardigde verrijking als surrogaat voor een overeenkomst 351
8.4.1 Algemeen 351
8.4.2 Onderhandelingsfase 352
8.4.2.1 Algemeen 352
8.4.2.2 De aanvullende functie in de precontractuele fase 354
8.4.2.3 Ongerechtvaardigdheid 355
8.4.2.4 Het redelijkheidsvereiste 357
8.4.2.5 Het belang van de uitgangspunten van de onderhandeling 360
8.4.2.6 Het belang van de bijzonderheden van het geval 361
8.4.3 Dienen andermans belang 362
8.4.3.1 Algemeen 362
8.4.3.2 Geen redelijke inmengingsgrond 362
8.4.3.3 Geen communicatie of miscommunicatie 364
8.4.3.4 Andermans belang wordt en passant behartigd 365

8.4.3.5 Communicatie leidt tot verrijking 367
8.4.4 Gebruik andermans zaak of recht 368
8.4.4.1 Algemeen 368
8.4.4.2 Lijdt de eiser schade? 370
8.4.5 Feitelijke overname goodwill 372
8.4.5.1 Algemeen 372
8.4.5.2 Goodwill als exclusief recht? 373
8.4.5.3 De verrijkingsrechtelijke inkadering 374
8.4.5.4 De feitelijke overname van andermans praktijk 376
8.4.5.5 De feitelijke overname van andermans praktijk; vervolg 379
8.4.5.6 Goodwillaanspraak geen automatisme 381
8.4.6 De familiale sfeer 381
8.4.6.1 Algemeen 381
8.4.6.2 Verrijkingsaanspraken na de beëindiging van een affectieve relatie; algemeen 384
8.4.6.3 Verrijkingsaanspraken na een affectieve relatie; complicaties 389
8.4.6.4 Verrijkingsaanspraken na een affectieve relatie; vergelijking met vergoedingsrechten 392
8.5 De afwikkeling van de overeenkomst 394
8.5.1 Algemeen 394
8.5.2 Twee wegen van aanvulling 395
8.5.3 Het belang van hetgeen tussen partijen is overeengekomen 397
8.5.3.1 Algemeen 397
8.5.3.2 *Lisman van Raay/Sint Willibrordus* 398
8.5.3.3 *De Krom/Logtestijn* 399
8.5.4 Het belang van contractueel gekleurde overwegingen bij de toepassing van de verrijkingsvordering 401
8.5.4.1 Het belang van de strekking van de overeenkomst 401
8.5.4.2 *Proav/Ava*, een opmerkelijk arrest 402
8.5.4.3 De invloed van de vernietigings- of ontbindingsgrond op de redelijkheid van de verrijkingsaanspraak voor het genoten gebruik 404
8.5.4.4 De invloed van rechtspolitieke argumenten 406
8.5.5 Ongerechtvaardigde verrijking als middenweg 407
8.5.5.1 Algemeen 407
8.5.5.2 Wanprestatie 407
8.5.5.3 Beperkte omvang 410
8.5.5.4 Ongerechtvaardigde verrijking als ventiel 411
8.6 Slotsom 412

9 Derdenverrijking en overeenkomst 413
9.1 Algemeen 413
9.2 Gedaagde ontleent zijn voordeel niet aan een overeenkomst 416
9.2.1 Algemeen 416
9.2.2 Het redelijkheidsvereiste 417
9.2.3 Een verrijkingsrechtelijk *ius tollendi* 420
9.2.4 Een specifieke wettelijke bepaling kan een verrijkingsaanspraak blokkeren 420
9.3 Gedaagde ontleent verrijking aan overeenkomst 421
9.3.1 Uitgangspunt van verrijkingsrechtelijke derdenwerking 421
9.3.1.1 Algemeen 421
9.3.1.2 Een voorbeeld: de *Bouwgros*-zaak 422
9.3.1.3 Grenzen van en uitzonderingen op verrijkingsrechtelijke derdenwerking 423
9.3.2 Ratio verrijkingsrechtelijke derdenwerking is afwezig 424
9.3.2.1 Algemeen 424
9.3.2.2 X beschikt over vermogensbestanddelen van de eiser 424
9.3.2.3 X is niet bevoegd om over eigen vermogen te beschikken 425
9.3.2.4 Gedaagde ontvangt gelden bestemd voor eiser 426
9.3.3 Afwijking derdenwerking vanwege bijzondere omstandigheden 428
9.3.3.1 Algemeen 428
9.3.3.2 Normaliteit rechtshandeling 429
9.3.3.3 De gedaagde heeft om niet verkregen 431
9.3.3.4 De overeenkomst geeft slechts een 'zachte' legitimatie 434
9.3.3.5 Afkeurenswaardige rechtshandeling 435
9.3.3.6 Blote onevenwichtigheid 438
9.3.3.7 *Unclean hands* 440
9.4 Varia 440
9.4.1 Algemeen 440
9.4.2 Een betaling van andermans schuld in het kwadraat 440
9.4.3 Verrekening onverschuldigde betaling door bank 442
9.5 Slotsom 444

10 Ongerechtvaardigde verrijking en onrechtmatige daad 445
10.1 Inleiding 445
10.2 Het aansprakelijkheidsrecht en de bronnen van verbintenissen 447
10.3 Delictuele verrijkingsaansprakelijkheid in de literatuur 450

10.4 Verschillen onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking 452
10.4.1 De focus van de rechtmatigheidstoets 453
10.4.2 De relatie tussen de vestiging en de omvang 455
10.5 Verfijning van het aansprakelijkheidsrecht 456
10.6 Toepassingen 458
10.6.1 Onzuiver handelen 459
10.6.2 Verrijkingsrechtelijke correctie relativiteitsvereiste 462
10.6.2.1 Algemeen 462
10.6.2.2 De structuur van de verrijkingsrechtelijke correctie op het relativiteitsvereiste 463
10.6.2.3 Oude wijn in nieuwe zakken? 466
10.6.2.4 Een nadere illustratie 467
10.6.2.5 Een pas op de plaats 469
10.6.3 Profiteren van andermans wanprestatie 469
10.6.3.1 Algemeen 469
10.6.3.2 Verrijkingsrechtelijke aanvulling 471
10.6.3.3 Geen kennis bij gedaagde 472
10.6.3.4 Bijkomende omstandigheden niet genoeg voor onrechtmatigheid 475
10.6.4 Gevaarzetting 478
10.6.4.1 Premisse delictuele gevaarzettingsleerstuk 479
10.6.4.2 Het probleem 480
10.6.4.3 Verrijking en gevaarzetting 483
10.6.4.4 Literatuur 484
10.6.4.5 Verrijkingsrechtelijke inkadering gevaarzettingsproblematiek 487
10.6.4.6 Nadere uitwerking 489
10.6.4.7 Begrenzingen 492
10.7 Slotsom 493

Deel 4 Slot 495

11 Conclusie 497
11.1 Inleiding 497
11.2 Het verrijkingsbeginsel 497
11.3 De algemene verrijkingsactie 500
11.3.1 Grondslag 500
11.3.2 Functie 501
11.3.3 De aanvullende kracht van de verrijkingsactie 502
11.4 Verrijkingsrechtelijke rechtsvinding 502
11.5 De vereisten 503
11.5.1 Twee groepen vereisten 503
11.5.2 Verrijking 504
11.5.3 Schade 506
11.5.4 Causaal verband 509

11.5.5 Ongerechtvaardigdheid 510
11.5.5.1 Verrijking door vermogensverschuiving 510
11.5.5.2 Verrijking zonder vermogensverschuiving 512
11.5.6 Redelijkheid 513
11.6 Aanvulling rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht 514
11.7 Aanvulling onrechtmatigedaadsrecht 517
11.8 Slotsom 519

Summary 521

Literatuurlijst 539

Jurisprudentielijst 555

Register 561

Curriculum Vitae 569

Lijst met afkortingen

AA	Ars Aequi
aant.	aantekening
A-G	Advocaat-Generaal
art.	artikel(en)
AV&S	Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
B.V.	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
BWKJ	BW-krant Jaarboek
bijv.	bijvoorbeeld
Cass. Req.	Cour de cassation, Chambre des requête
c.s.	cum suis
DCFR	Draft Common Frame of Reference
diss.	dissertatie
Edin. L.R.	Edinburgh Law Review
Emory L.J	Emory Law Journal
e.a.	en anderen
ECLI	European Case Law Identifier
e.d.	en dergelijke
e.v.	en volgende
FTV	Fiscaal Tijdschrift Vermogen
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
Inv.	Invoeringswet
jo.	juncto
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
m.n.	met name
m.nt.	met noot van
Mon.	Monografieën
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJB	Nederlands Juristenblad
NJF	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak
nr.	nummer
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht

N.V.	Naamloze Vennootschap
o.g.v.	op grond van
p.	pagina
par.	paragraaf
PG	Parlementaire Geschiedenis
Rb.	Rechtbank
Rbg	Reclamebesluit geneesmiddelen
red.	redactie
REP	Relatierecht en Praktijk
resp.	respectievelijk
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
r.o.	rechtsoverweging
RO	Wet op de rechterlijke organisatie
R&R	Rechtsfilosofie & Rechtstheorie
RvdW	Rechtspraak van de Week
sr.	Senior
t.a.v.	ten aanzien van
TM	Toelichting-Meijers
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht
vgl.	vergelijk
VrA	Vermogensrechtelijke Analyses
Wbb	Wet bodembescherming
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

1 Inleiding

1.1 Algemeen

Ongerechtvaardigde verrijking wordt in het Nederlandse vermogensrecht gezien als een *aanvullende* bron van verbintenissen.[1] De bestaansreden van artikel 6:212 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW) is om gevallen van ongerechtvaardigde verrijking tot een oplossing te brengen, waarin niet door het overige vermogensrecht is voorzien. Langemeijer had hoge verwachtingen. Hij schreef in 1969 dat de algemene verrijkingsactie het privaatrecht zou kunnen verfijnen en dat het leerstuk het privaatrecht daarmee op de lange termijn – stap voor stap – ingrijpend zou kunnen vernieuwen.[2]

Voordat het verrijkingsleerstuk het privaatrecht echter kan verfijnen en vernieuwen, is nodig dat het juridische kader helder is. Uiteraard staan de vereisten min of meer vast. Artikel 6:212 lid 1 BW bepaalt, dat hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, verplicht is om de schade van die ander te vergoeden, voor zover dit redelijk is. De gedaagde moet zijn *verrijkt*. De eiser moet *schade* hebben geleden. De verrijking van de gedaagde moet *ten koste van de eiser* zijn gegaan. De verrijking moet *ongerechtvaardigd* zijn. En ten slotte is de gedaagde slechts schadeplichtig voor zover dit *redelijk* is.

Toch is het niet eenvoudig om grip te krijgen op de algemene verrijkingsactie.[3] Wanneer is de gedaagde verrijkt? Wanneer moet aangenomen worden, dat de eiser schade heeft geleden als bedoeld in artikel 6:212 lid 1 BW? Onder welke omstandigheden is er een juridisch relevant causaal verband tussen de verrijking van de gedaagde en de schade van de eiser? Wanneer is een verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser aan te merken als een *ongerechtvaardigde* verrijking? Wanneer is het *redelijk* om van iemand te vragen om zijn ongerechtvaardigde verrijking in de vorm van schadevergoeding af te dragen? Nog steeds verdienen deze vragen grondige overdenking. De vereisten worden in de handboeken weliswaar op een min of meer consistente wijze besproken, maar de behandeling is in de regel tamelijk beknopt.[4] Een heersende leer op hoofdlijnen kan potentiële moeilijkheden en onverwachte toepassingsmogelijkheden onder de radar verbergen.

---

1 Zie bijvoorbeeld: Vranken 1998, p. 1496 en p.1500-1501; Hartkamp 2001, p. 317; Wissink 2002, p. 41-47.

2 Langemeijer 1969, p. 156.

3 Zie Damminga 2014, p. 1. In deze zin ook Meijer 2007, p. 1-2. Hij heeft met name het oog op het ongerechtvaardigdheidsvereiste.

4 Vgl. resp. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/461-482; M.W. Scheltema in *GS Verbintenissenrecht,* artikel 212 Boek 6 BW, aant. 3-8. Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 311-318; Schrage 2017, nr. 105-165; Van Maanen 2001.

Er is vooral veel werk verzet op 'meta'-niveau. Verschillende publicaties gaan over de plaats en taak van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking in het grotere geheel van het vermogensrecht of belichten een bijzonder aspect van de verrijkingsproblematiek. Algemene vragen komen daarin aan bod. Wat houdt het verrijkingsbeginsel in?[5] Wat is de grondslag van de algemene verrijkingsactie?[6] Wat is zijn functie?[7] Hoe verhoudt de algemene verrijkingsactie zich tot de andere bronnen van verbintenissen?[8] Is de actie subsidiair of is het een 'volwaardige' – normale – vordering?[9] Hoe moet artikel 6:212 lid 1 BW worden toegepast in meerpartijenverhoudingen[10] en hoe verhoudt de algemene verrijkingsactie zich in dit verband tot de vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling?[11] Welke methode van rechtsvinding moet er worden gehanteerd bij het oplossen van vragen van ongerechtvaardigde verrijking?[12] Is het gelukkig dat de verrijkingsvordering is vormgegeven als schadevergoedingsactie?[13] Wat is de toekomst van het verrijkingsleerstuk?[14] Welke rol is er voor de ongerechtvaardigde verrijking weggelegd in het EU-recht?[15]

De aan artikel 6:212 lid 1 BW gestelde vereisten komen in deze publicaties veelal *en passant* aan bod, zonder dat de vereisten in hun onderlinge samenhang besproken worden.[16] De laatste twaalf jaar zijn er echter verschillende proefschriften verschenen, waarin een of meerdere vereisten nader zijn belicht. In de dissertatie van Meijer wordt een kader voor ongerechtvaardigdheid ontwikkeld.[17] In de dissertatie van Damminga komen de vereisten in een rechtsvergelijkend perspectief aan bod en wordt onder meer bepleit om het vereiste causale verband in die zin te omlijnen, dat artikel 6:212 alleen ziet op vermogensverschuivingen die niet het gevolg zijn van betalingen.[18] Hij bakent daarmee het toepassingsbereik van de verrijkingsactie af tot de schending van exclusieve rechtsposities.

---

5 Snijders 2008.
6 Zie bijv: Nieskens-Isphording 1998, p. 102; Hartkamp 2001, p. 317; Snijders 2001, p. 17-21; Linssen 2002; Salomons 2001, p. 993-995.
7 Zie bijv: Vranken 1998, p. 1496-1502; Engelhard & Van Maanen 1998; Hartkamp 2001, p. 317-318 en p. 330; Snijders 2001, p. 7 e.v.; Wissink 2002, p. 37-68; Hartlief 2012, p. 278-282.
8 Zie bijv: Zwalve 1995, 157-163; Schoordijk 1996, p. 861-866.; Zwalve 1997 p. 585-586; Hartkamp 2001, p. 311-318 en p. 327-334., Meijer 2007; Damminga 2014.
9 Zie bijv: Engelhard & Van Maanen 1998, p. 319-321; Wissink 2002, p. 13 e.v.; Schrage 2017, nr. 151-160.
10 Gerdes 2005.
11 Zie bijv: Scheltema 1997; Schoordijk 1999; Koolhoven 2011b, 255-262; Damminga 2014.
12 Zie bijv: Schoordijk 1979, p. 453; Schoordijk 1996, p. 862; Nieskens Isphording 1998, p. 109; Engelhard & Van Maanen 1998, p. 315-317 en p. 322-323.
13 Zie bijv: Linssen 2001; Van der Linden 2017.
14 Langemeijer 1969, p. 155-164; Van Boom 2002, p. 131-140.
15 Van de Moosdijk 2018.
16 Wel zijn er enkele publicaties aan te wijzen die één van de vereisten als onderwerp hebben. Zie bijv: Janssen 2009 over het causaliteitsvereiste; Van der Linden 2013b; over het ongerechtvaardigdheidsvereiste in relatie tot het stelsel van de wet.
17 Meijer 2007.
18 Damminga 2014.

De meest minutieuze behandeling van de vereisten van de Nederlandse algemene verrijkingsactie is in het Duits verschenen. Het gaat om de dissertatie van Koolhoven.[19] In dat boek worden de vereisten op een systematische wijze besproken in het licht van de inmiddels uitgebreide verrijkingsrechtelijke jurisprudentie. Haar betoog is gebouwd op de vruchtbare stelling, dat er een systeem in de hogere en lagere rechtspraak te vinden is.[20] Het is het eerste boek waarin alle vereisten van de algemene verrijkingsvordering diepgaand en in onderlinge samenhang worden geanalyseerd.

1.2 Probleemstelling

De genoemde dissertaties maken werk van de toepassingsvoorwaarden. In die publicaties wordt echter minder aandacht besteed aan de hiervoor vermelde 'meta'-beschouwingen. Dit boek probeert die twee werelden te combineren. Aan dit werk ligt de gedachte ten grondslag, dat de plaats van de ongerechtvaardigde verrijking in het systeem van het vermogensrecht van invloed is op de wijze waarop de vereisten van artikel 6:212 lid 1 BW moeten worden uitgelegd. Dit boek gaat over de wisselwerking tussen de rol van de ongerechtvaardigde verrijking in het Nederlandse vermogensrecht en de wijze waarop de vereisten van artikel 6:212 lid 1 BW moeten worden uitgelegd en uitgewerkt.

Onderzocht wordt, enerzijds, wat de plaats van de algemene verrijkingsactie is in het grotere geheel van het vermogensrecht. Het gaat daarbij om de eerder gesignaleerde 'meta'-vragen. Wat moeten wij ons voorstellen bij het beginsel, dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt? Hoe verhoudt de verrijkingsvordering zich tot andere vermogensrechtelijke leerstukken? Wat is de grondslag van de verrijkingsvordering? Wat is de functie van de verrijkingsvordering? Anderzijds worden de in artikel 6:212 lid 1 BW gestelde toepassingsvoorwaarden, mede aan de hand van de rechtspraak en de literatuur, kritisch besproken en verder uitgewerkt. Daarbij wordt onder andere bezien welke consequenties de antwoorden op de 'meta'-vragen hebben – of behoren te hebben – voor de concrete *invulling* en de onderlinge *afstemming* van de toepassingsvoorwaarden van de algemene verrijkingsactie. Gezocht is naar een manier om de vereisten zodanig in te vullen en te structureren dat in principe alle typen verrijkingsgevallen op een zinvolle en inzichtelijke wijze kunnen worden geanalyseerd.

Het betoog zal voeren langs vier vragen:

1. Wat houdt het beginsel in, dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt en hoe komt dit beginsel tot uitdrukking in het systeem van het vermogensrecht?[21]

19 Koolhoven 2011.
20 Koolhoven 2011, p. 20.
21 Zie hoofdstuk 2.

2. Wat is de plaats en taak van de algemene verrijkingsactie in het systeem van het vermogensrecht? Wat is de meerwaarde van de verrijkingsvordering ten opzichte van de andere regels en leerstukken waarin het verrijkingsbeginsel tot zijn recht komt?[22]
3. Wat brengt de plaats en taak van de algemene verrijkingsactie mee voor de wijze waarop de afzonderlijke in artikel 6:212 lid 1 BW neergelegde vereisten moeten worden geïnterpreteerd? Hoe kunnen de vereisten het beste worden uitgewerkt?[23]
4. Wat kan de algemene verrijkingsactie bijvoorbeeld toevoegen aan het overeenkomstenrecht en het onrechtmatigedaadsrecht?[24]

Een belangrijke vraag, die voortdurend op de achtergrond aanwezig is, is de vraag, hoe de gedachte dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, kan worden geïntegreerd in het verbintenissenrechtelijke denken. Dit is een lastig punt. 'Wil', 'vertrouwen', 'toedoen', 'schuld', 'risico', 'zorgplichten' en 'informatieplichten' vormen belangrijke ankerpunten van het verbintenissenrecht. Dit zijn gedragsgeoriënteerde begrippen. Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt en ongerechtvaardigde verrijking als bron van verbintenissen staan niet primair in de sleutel van de normering van gedrag. De focus ligt op de (on)gerechtvaardigdheid van een verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser en de redelijkheid van de schadevergoedingsplicht indien er inderdaad van een ongerechtvaardigde verrijking sprake is. Het gedrag is slechts zijdelings relevant. Dit maakt dat de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking een lastig te vangen beest is.

Daar komt bij dat ongerechtvaardigde verrijking een leerstuk is dat van zichzelf niet veel richting geeft. Het verrijkingsbeginsel brengt mee, dat niemand ongerechtvaardigd mag worden verrijkt ten koste van de ander, zonder dat het beginsel het antwoord in zich draagt, wat een ongerechtvaardigde verrijking is. Dit werkt door in de beoordeling van de algemene verrijkingsactie. Er zijn dan ook verschillende auteurs die waarschuwen voor een ongebreidelde toepassing van de algemene verrijkingsactie[25] en daarnaast zijn er auteurs die artikel 6:212 lid 1 BW nader willen omlijnen.[26]

In dit boek wil ik laten zien dat de algemene verrijkingsactie in sommige gevallen een alternatief kan bieden voor 'reguliere' vermogensrechtelijke leerstukken zoals aansprakelijkheid op grond van overeenkomst of onrechtmatige daad. Het gaat dan met name om gevallen waarin aansprakelijkheid op die gronden ontbreekt of twijfelachtig is. Tegenover hen die (op zichzelf terecht) vrezen voor een ongebreidelde toepassing van art. 6:212

22 Zie hoofdstuk 3.
23 Zie hoofdstuk 4-7.
24 Zie hoofdstuk 8-10.
25 Zie bijvoorbeeld: Zwalve 1997, p. 585-586; Nieskens-Isphording 1998, p. 98-109.; Engelhard & Van Maanen 1998, p. 309-324.
26 Zie bijvoorbeeld: Janssen 2009; Damminga 2014 p. 1-9.

lid 1 BW, voer ik de stelling op, dat de algemene verrijkingsactie een andere invalshoek – een frisse blik – kan bieden op bestaande vermogensrechtelijke vraagstukken. Enerzijds kan de algemene verrijkingsactie het oplossend vermogen van het privaatrecht vergroten, zonder dat dit noodzakelijkerwijs ten koste gaat van de rechtszekerheid. Anderzijds kan de algemene verrijkingsactie ervoor zorgen dat specifieke vermogensrechtelijke regels niet te rekkelijk hoeven te worden opgevat om een ongerechtvaardigde verrijking te voorkomen. De algemene verrijkingsactie kan die frisse blik met name bieden als het denkkader helder is en aansprakelijkheid – al naar gelang de omstandigheden – op inzichtelijke gronden kan worden toegewezen of afgewezen.

In de brede aanpak van dit onderzoek schuilt een belangrijke beperking. De beschouwingen draaien hoofdzakelijk om de plaats van de algemene verrijkingsactie in het systeem van het vermogensrecht en de uitleg en de onderlinge afbakening van de toepassingsvereisten. Het is geen handboek waarin alle vragen die met betrekking tot artikel 6:212 lid 1 BW kunnen rijzen, worden beantwoord. Het Europese recht blijft bijvoorbeeld goeddeels buiten beschouwing.[27] Evenmin wordt er ingegaan op de vraag hoe de ongerechtvaardigde verrijking en de onverschuldigde betaling zich tot elkaar verhouden in meerpartijenverhoudingen. Omdat er over onverschuldigde betaling in meerpartijenverhoudingen al heel veel geschreven is,[28] heb ik ervoor gekozen om de aanvullende functie van de verrijkingsvordering te illustreren met gevallen die in het verlengde liggen van het overeenkomstenrecht en het onrechtmatigedaadsrecht. Ook in de behandeling van wél besproken toepassingsgebieden ben ik niet volledig geweest. Zo ga ik in het hoofdstuk over de verrijkingsrechtelijke aanvulling van het overeenkomstenrecht – bijvoorbeeld – niet in op verrijkingsaansprakelijkheid na het einde van de huur. Wél is het zo, dat het boek genoeg aanknopingspunten beoogt te bieden om dergelijke gevallen tot een oplossing te brengen.

1.3 Verantwoording en methode

Het onderzoek dat aan dit boek ten grondslag ligt is *positiefrechtelijk* van aard. Door de bestudering van de relevante rechtspraak en de literatuur en een grondige overdenking van het verrijkingsleerstuk, heb ik een visie proberen te ontwikkelen over het verrijkingsleerstuk in het grotere geheel van het vermogensrecht. De rechtspraak en de literatuur is steeds met een welwillend oog tegemoet getreden en mijn eigen gedachten met de nodige twijfel. Ik heb geprobeerd om mijn bevindingen en de rationalisering daarvan zo helder mogelijk te presenteren, zodat de eventuele zwakke plekken in het betoog kunnen worden blootgelegd. In juridisch onderzoek vindt de verantwoording op iedere bladzij plaats.

---

27 Zie daarover uitgebreid: Van de Moosdijk 2018.

28 Zie bijv: Scheltema 1997, Schoordijk 1999, Koolhoven 2011b, Damminga 2014.

De benadering die ik heb gevolgd is om stap voor stap tot een theorie te komen over de wijze waarop de algemene verrijkingsactie moet worden toegepast op het concrete geval. Eerst heb ik geprobeerd het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt te duiden, door te onderzoeken hoe het beginsel tot uitdrukking komt in het vermogensrecht buiten artikel 6:212 lid 1 BW. Enerzijds geeft dit inzicht in de plaats van de verrijkingsvordering in het systeem van het vermogensrecht, anderzijds kunnen leerstukken uit het vermogensrecht aanwijzingen geven wat een verrijking tot een ongerechtvaardigde verrijking maakt en waarom. In het licht van die bevindingen zijn de vereisten van de verrijkingsactie nader uitgewerkt en is gezocht hoe het aanvullende verrijkingsrecht het oplossend vermogen van het privaatrecht kan vergroten.Bij mijn onderzoek ben ik uitgegaan van de veronderstelling dat een privaatrechtelijk stelsel beter is, naarmate het beter in staat is recht te doen aan de bijzonderheden van het concrete geval.

Over de volle breedte van het betoog heb ik getracht de bevindingen zo veel mogelijk te illustreren met voorbeelden. Daarnaast zijn de bevindingen zoveel mogelijk vergeleken met bestaande opvattingen uit de rechtspraak en literatuur. Het recht is echter geen exacte wetenschap. Rechtsregels hebben volgens Hart bijvoorbeeld een *open texture*.[29] Voor iedere regel zijn gevallen te bedenken, waarbij het onduidelijk is of de regel toepassing moet vinden of niet. Dit geldt zeker voor de algemene verrijkingsactie. Zoals we zullen zien, is de regel in het vermogensrecht opgenomen om de niet voorziene verrijkingsgevallen tot een oplossing te brengen. Er zullen derhalve flink wat casusposities zijn, waarover men op basis van redelijke gronden van mening kan verschillen. Uiteindelijk zijn de standpunten die in dit boek worden ingenomen, mede ingegeven door de wijze waarop het verrijkingsrecht er in mijn ogen uit behoort te zien.[30] De aard van de ongerechtvaardigde verrijking als bron van verbintenissen, brengt met zich mee dat 'het behoren' een wat grotere plaats zal innemen, dan het geval is bij leerstukken waarvoor in de rechtspraak, parlementaire geschiedenis en de literatuur meer piketpalen zijn uitgezet. In het aanvullende verrijkingsrecht laat, met andere woorden, het geldende recht zich lastiger scheiden van hoe het geldende recht er idealiter uit behoort te zien. Het is geregeld slechts mogelijk om met goede argumenten een bepaalde richting op te wijzen. In het geschrevene ligt de uitnodiging besloten, om het eens te zijn met het hier betoogde of om er een betere zienswijze voor in de plaats te stellen.

Over de bronselectie geldt grofweg het volgende. Voor dit werk is de belangrijkste literatuur en de belangrijkste rechtspraak over artikel 6:212 lid 1 BW geraadpleegd. Bij de rechtspraak gaat het niet alleen om de arresten van de Hoge Raad, maar evenzeer over de feitenrechtspraak al is wat dit laatste

29 Hart 1994, p. 128.

30 De vraag hoe het recht eruit behoort te zien, is van invloed bij de vaststelling van het geldende recht. Zie: C.E. Smith, 'Het normatieve karakter van de rechtswetenschap: recht als oordeel', *R&R* 2009, p. 224.

betreft geen volledigheid betracht. Lagere rechtspraak is met name gebruikt als illustratiemateriaal. Voor onderwerpen die zijdelings van belang zijn, is het onderzoek in beginsel beperkt tot de heersende leer, zoals die in de handboeken en de standaardarresten tot uitdrukking komt.

Ik heb afgezien van structurele rechtsvergelijking. Omdat de verrijkingsactie een aanvullende bron van verbintenissen is en het verrijkingsbeginsel is verdisconteerd in verschillende andere regels en leerstukken dan artikel 6:212 lid 1 BW, is er – in mijn optiek – een grotere wisselwerking tussen de algemene verrijkingsactie en het overige systeem van het vermogensrecht, dan tussen de algemene verrijkingsactie en het verrijkingsleerstuk in den vreemde. Eén van mijn centrale stellingen is dan ook, dat er ook veel 'verrijkingsrecht' in het reguliere vermogensrecht te vinden is. Wel heb ik op punten – met name op conceptueel niveau – inspiratie geput uit buitenlandse rechtsstelsels. De rechtsvergelijkende opmerkingen zijn steeds eclectisch van aard. Enerzijds zijn ze gebruikt om het betoog te verhelderen of te contrasteren. Anderzijds is gebruik gemaakt van enkele buitenlandse concepten om het denken over ongerechtvaardigde verrijking nader te ontwikkelen. Hoewel er dus gebruik wordt gemaakt van rechtsvergelijking is dit geen rechtsvergelijkende studie. Dit boek gaat over het Nederlandse verrijkingsrecht.

Dit onderzoek is afgesloten in september 2018, met nadien verschenen rechtspraak en literatuur is slechts in beperkte mate rekening gehouden.

1.4 Terminologie

Op het punt van de terminologie is het belangrijk om goed het verschil in het oog te houden tussen het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt aan de ene kant, en ongerechtvaardigde verrijking als zelfstandige bron van verbintenissen aan de andere kant.

Het verrijkings*beginsel* is een rechtsbeginsel dat aan verschillende regels ten grondslag ligt en dat een leidraad in de vermogensrechtelijke rechtsvinding kan zijn; het kan ook – net als alle andere beginselen – door andere vermogensrechtelijke beginselen en overwegingen worden doorkruist.

Met de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking, de verrijkingsvordering, de algemene verrijkingsactie of de verrijkingsregel wordt gerefereerd aan de regel die in artikel 6:212 lid 1 BW is neergelegd.

Het woord verrijkingsleerstuk is overkoepelend en omvat zowel het een (het beginsel) als het ander (de actie). Het zal steeds uit de context blijken wat is bedoeld: het beginsel, de actie of het leerstuk meer in het algemeen.

Tot slot een woord over de aanduiding van de *dramatis personae*. De verarmde wordt in dit boek geregeld aangeduid als de eiser, terwijl de verrijkte geregeld als gedaagde wordt aangeduid. In hoofdstuk 2 echter staat het verrijkings*beginsel* centraal, aldaar zijn de eiser en de gedaagde niet altijd eiser en gedaagde in het kader van artikel 6:212 lid 1 BW, maar ook in het kader van regels en leerstukken die ongerechtvaardigde verrijkingen voorkomen of ongedaan maken.

1.5 Opbouw

Het betoog is van de grond af opgebouwd en gaat van algemeen naar bijzonder. Deel één gaat over de 'plaats' van respectievelijk het verrijkingsbeginsel en de verrijkingsactie in het systeem van het vermogensrecht. Het eerste hoofdstuk gaat over het verrijkingsbeginsel en de stelling van Schoordijk dat 'al' het vermogensrecht verrijkingsrecht is. Bezien wordt op welke wijze dit beginsel tot uitdrukking komt in andere regels en leerstukken en wat wij ons bij het verrijkingsbeginsel kunnen voorstellen. Er worden vier verrijkingsrechtelijke concepties onderscheiden, waarop in de rest van het werk wordt voortgebouwd. In het tweede hoofdstuk wordt bezien wat de grondslag van de algemene verrijkingsactie is en welke rol de actie speelt in het grotere geheel van het vermogensrecht. Betoogd zal worden, dat de algemene verrijkingsactie gegrond is op het verrijkingsbeginsel én de billijkheid en dat de verrijkingsvordering vooral een *aanvullende* functie heeft.

In het tweede deel worden de vereisten van de algemene verrijkingsactie besproken in het licht van de aanvullende functie van de verrijkingsvordering en de verschillende concepties van het verrijkingsbeginsel. Enerzijds gaat het om de vraag hoe de vereisten zich tot elkaar verhouden, anderzijds gaat het om de vraag hoe de vereisten moeten worden uitgelegd. Betoogd zal worden, dat de meer feitelijk georiënteerde vereisten terecht ruimhartig worden uitgelegd, en dat het zwaartepunt van de in artikel 6:212 lid 1 BW neergelegde toets moet liggen bij het ongerechtvaardigdheidsvereiste en het redelijkheidsvereiste.

Het derde deel gaat over de aanvullende functie vanuit een microperspectief. Onderzocht wordt, op welke wijze de algemene verrijkingsactie het overeenkomstenrecht en het onrechtmatigedaadsrecht kan aanvullen. In dit verband passeren verschillende leerstukken de revue waarbij we zullen zien dat er een wisselwerking bestaat tussen de algemene verrijkingsactie en concrete vermogensrechtelijke leerstukken.

Deel 1

Uitgangspunten

2 Het verrijkingsbeginsel

2.1 Inleiding

Bij de term ongerechtvaardigde verrijking zal de doorsnee civilist denken aan de algemene verrijkingsactie zoals die in artikel 6:212 lid 1 BW is neergelegd. Bij sommigen zal daarnaast de vordering uit onverschuldigde betaling door het hoofd schieten, die wel wordt beschouwd als een specifieke verrijkingsactie met specifieke (van artikel 6:212 lid 1 BW te onderscheiden) toepassingsvereisten. Ongerechtvaardigde verrijking zal, zodoende, over het algemeen als bron van verbintenissen worden gezien. Het verrijkingsleerstuk is echter meeromvattend. Het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijkingen moeten worden tegengegaan (hierna ook kortweg: het verrijkingsbeginsel), is ook een van de algemene beginselen van het vermogensrecht.[1] Naast de algemene verrijkingsactie en de onverschuldigde betaling zijn er meer rechtsfiguren die zich in meer of mindere mate met dit beginsel in verband laten brengen.[2]

Dit is geen nieuw inzicht. In het verleden is er al onderzoek gedaan naar de inbedding van het verrijkingsbeginsel in het systeem van het vermogensrecht. Bregstein verdedigde ten tijde van het oude BW (dat géén gecodificeerde algemene verrijkingsactie kende) dat de vordering erkend moest worden. Enerzijds paste dit in de traditie van het Rooms-Hollandse recht, anderzijds was dit het geval omdat het vermogensrecht, volgens hem, op verschillende plaatsen het beginsel tot uitdrukking bracht dat ongerechtvaardigde verrijkingen moeten worden tegengegaan.[3] Biegman-Hartogh hanteerde in haar dissertatie, die eveneens onder het oude BW verschenen is, een andere benadering.[4] Zij bezag in hoeverre de verrijkingsgedachte in de toenmalige wet en rechtspraak tot zijn recht kwam. Van daaruit wierp zij de vraag op, of er casusposities denkbaar waren die alleen met een algemene verrijkingsactie tot een oplossing gebracht zouden kunnen worden. Zij zag een kleine rol weggelegd voor een algemene verrijkingsvordering. Nieskens-Isphording, ten slotte, heeft de stelling van Schoordijk dat al het vermogensrecht verrijkingsrecht is[5] nader uitgewerkt en de bronnen van

1 Zie bijvoorbeeld: Wissink 2002, p. 38; Snijders 2008, p. 65.
2 Vgl. Van de Moosdijk 2018, nr. 12-13 en nr. 25.
3 Bregstein 1927.
4 Biegman-Hartogh 1971, p. 5.
5 Zie bijvoorbeeld: Schoordijk 1977, p. 4.

verbintenissen in verband gebracht met het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt.[6]

Ook in dit hoofdstuk wordt het verrijkings*beginsel* belicht. Het gaat zowel over het wezen van het verrijkingsbeginsel als de wijze waarop het beginsel in het systeem van het vermogensrecht is ingebed. Dit onderzoek hoeft niet te worden gedaan om te bezien of er 'plaats' is voor een algemene verrijkings*vordering*, nu we die met artikel 6:212 lid 1 BW hebben. Er zijn verschillende andere redenen om een beschouwing te wijden aan het verrijkings*beginsel*.

In de eerste plaats helpt dit onderzoek om de algemene verrijkingsactie te positioneren in het systeem van het vermogensrecht. Doordat verschillende, buiten artikel 6:212 BW gelegen leerstukken in verband worden gebracht met het verrijkingsbeginsel, kan in het volgende hoofdstuk worden bezien hoe de algemene verrijkingsactie zich tot het overige vermogensrecht verhoudt.

In de tweede plaats kan een onderzoek naar het wezen van het verrijkingsbeginsel – en de wijze waarop dit beginsel in de verschillende leerstukken tot uitdrukking komt – zijn licht vooruitwerpen op de mogelijke toepassingen van de algemene verrijkingsactie. Het kan inspiratie bieden om de algemene verrijkingsactie nader in te kleuren en het oplossend vermogen van artikel 6:212 lid 1 BW verder uit te bouwen.

Er is nog een derde reden om afzonderlijke aandacht te besteden aan het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijkingen moeten worden tegengegaan. Het is een reden die van belang is voor de vermogensrechtelijke rechtsvinding in het algemeen en de plaatsbepaling van de verrijkingsvordering in het bijzonder. Het is in de inleiding al aan de orde gekomen. Schuld, risico, toedoen, gerechtvaardigd vertrouwen, derdenbescherming en de redelijkheid en billijkheid zijn begrippen die behoren tot het DNA van een civielrechtelijk georiënteerd jurist.[7] Bij het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt is dit – in mijn optiek – minder het geval. Uiteengezet zal echter worden, dat het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, zich niet alleen kan manifesteren als de grondslag – of een van de grondslagen – van een leerstuk of een specifieke regel, maar dat het beginsel bovendien als gezichtspunt kan functioneren in het kader van leerstukken die *buiten* het traditionele verrijkingsrecht liggen. Dit heeft invloed op de plaats van de algemene verrijkingsactie in het systeem van het vermogensrecht. Naarmate het verrijkings*beginsel* méér tot zijn recht kan komen in het algemene ver-

6 Nieskens-Isphording 1991, p. 32-76.

7 Het beeld van het 'DNA van de jurist' is ontleend aan Cartwright, die schrijft dat de redelijkheid en billijkheid tot het DNA van een continentaal jurist behoort. J. Cartwright, 'Redelijkheid en billijkheid: a view from English law', in: C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, M.W. Knigge e.a. (red.), *Core Concepts in the Dutch Civil Code. Continuously in Motion*, Deventer: Kluwer 2016, p. 39.

mogensrecht, des te minder de noodzaak bestaat om terug te grijpen op de algemene verrijkings*actie.*

2.2 Opbouw en methode

Voordat met de analyse begonnen wordt, moet op het volgende worden gewezen. De zoektocht naar het wezen en de inbedding van het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, is – methodologisch – een lastige onderneming. Dit komt door het volgende dilemma. Bestaat er een vaste essentie van het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, waar de regels van het vermogensrecht vervolgens aan beantwoorden? Of wordt het beginsel gevormd door de regels van het vermogensrecht? Richt de werkelijkheid zich naar een hoger idee (Plato),[8] of gaat (vrij naar Sartre) de existentie vooraf aan de essentie?[9]

De waarheid ligt ergens in het midden. Enerzijds zullen we zien, dat er over het verrijkingsbeginsel geschreven wordt alsof het een zekere essentie bezit en dat er een zekere normatieve kracht van het beginsel uitgaat. Anderzijds is het verrijkingsbeginsel slechts rechtsbeginsel omdat dit in de regels van het recht tot uitdrukking komt. Zou er geen regel met het verrijkingsbeginsel in verband kunnen worden gebracht, dan zou het verrijkingsbeginsel non-existent zijn als *rechts*beginsel.

Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt is een dialectisch beginsel. Bij het zoeken naar het wezen en de inbedding van het verrijkingsbeginsel heb ik gependeld tussen het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt aan de ene kant en de concrete regels van het vermogensrecht die ermee in verband kunnen worden gebracht aan de andere kant.[10] Ik heb enerzijds gezocht naar de essentie van het verrijkingsbeginsel en heb daarbij verschillende benaderingen in de literatuur betrokken en anderzijds heb ik bekeken of er vanuit specifieke vermogensrechtelijke regels – *bottom up* – iets gezegd kan worden over het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt. Getoond zal worden,

8 De gedachte komt fraai tot uitdrukking in de grotvergelijking, zie: Plato, *Het bestel*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2005 (*Politeia,* uit het Grieks vertaald door Hans Warren en Mario Molegraaf), nr. 514A e.v.

9 Het gaat om Sartres stelling over de wezensbepaling van de mens. Zie: J.P. Sartre, *Over het existentialisme,* Amsterdam: Rainbowpockets 1988 (*L'existentialisme est un humanisme,* vertaling uit het Frans door Caspar Hendriks).

10 Een variatie op Vranken, waar hij over de rechtsvinding schrijft: '[D]e rechter [...] pendelt heen en weer tussen de feiten in het procesdossier, tussen datgene dat hij procesrechtelijk mag of moet – overigens zowel ten aanzien van de feiten als ten aanzien van het juridisch beoordelingskader – en tussen de materieelrechtelijke normen die hij in het concrete geval wil toepassen. Verschuivingen in samenstelling, betekenis en perspectief van het een werken door in het andere.' Zie: Asser/Vranken Algemeen deel** 1995/108.

dat er inderdaad een wisselwerking bestaat tussen het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt aan de ene kant en specifieke regels en leerstukken van vermogensrecht aan de andere kant. Uiteengezet zal worden dat het verrijkingsbeginsel kan worden ontleed in vier verschillende concepties van ongerechtvaardigde verrijking.

In dit hoofdstuk gaat het er niet om het vermogensrecht in verrijkingsrechtelijke zin te herschrijven, maar veeleer om 'dunne' en 'dikke' verrijkingsrechtelijke lijnen in de regels van het vermogensrecht bloot te leggen. In het vervolg van het boek kan zo worden bezien welke plaats er voor de algemene verrijkingsactie rest en anderzijds kan worden onderzocht of de verrijkingsrechtelijke lijnen die in dit hoofdstuk worden gevonden, kunnen worden doorgetrokken bij de toepassing van artikel 6:212 lid 1 BW. Het eerste zal in het volgende hoofdstuk gebeuren, het tweede in de rest van dit boek.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Eerst wordt in paragraaf 2.3 het onderscheid besproken tussen het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt en ongerechtvaardigde verrijking als zelfstandige bron van verbintenissen. In paragraaf 2.4 zal het probleem van de normatieve kracht worden belicht en zal worden aangetoond dat het verrijkingsbeginsel een absorberend vermogen heeft. In paragraaf 2.5-2.10 zal worden uiteengezet dat er vier verschillende concepties van het verrijkingsbeginsel kunnen worden onderscheiden, waarmee verschillende regels en leerstukken van het vermogensrecht in verband kunnen worden gebracht. Het zijn concepties die het verrijkingsbeginsel nader concretiseren en die een denkkader kunnen bieden bij de beantwoording van de vraag wat in een concreet geval een verrijking tot een ongerechtvaardigde verrijking maakt.

2.3 Het onderscheid tussen het beginsel en de actie

2.3.1 Ontologische verschillen

Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt moet scherp onderscheiden worden van ongerechtvaardigde verrijking als zelfstandige bron van verbintenissen.

Allereerst zijn er ontologische verschillen. De verrijkingsvordering heeft nauw omschreven toepassingsvereisten. De gedaagde moet verrijkt zijn, de eiser moet schade hebben geleden, er moet een 'zeker' verband zijn tussen de schade en de verrijking, de verrijking moet ongerechtvaardigd zijn en tenslotte moet het redelijk zijn om aan de gedaagde een verplichting op te leggen om – tot het bedrag van diens verrijking – de schade van de eiser te vergoeden (artikel 6:212 lid 1 BW).[11] Het verrijkingsbeginsel laat zich daaren-

11 De vereisten komen in deel 2 een voor een aan de orde.

tegen niet in vereisten vangen. Aan de onverschuldigde betaling ligt het verrijkingsbeginsel ten grondslag,[12] toch is het niet vereist dat de ontvanger door de betaling is verrijkt.[13] Wel ligt de onverschuldigde betaling dicht tegen de verrijkingsactie aan en corresponderen de vereisten van de onverschuldigde betaling met een aantal van de eisen van de verrijkingsactie. Immers, door de betaling zal de betaler in de regel – maar niet altijd – verarmd worden en de ontvanger zal in de regel – maar niet altijd – door de betaling ongerechtvaardigd ('zonder rechtsgrond') worden verrijkt ten koste van degene die onverschuldigd heeft betaald.

De onverschuldigde betaling ligt dicht tegen de verrijkingsactie aan en het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt springt daarom als grondslag in het oog. De wijze waarop de verrijkingsgedachte in een vermogensrechtelijke regel verdisconteerd is, kan echter subtieler zijn dan dat het geval is bij de onverschuldigde betaling.

In de eerste plaats kan het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt één van de gronden van een regel zijn *naast* andere gronden. Een voorbeeld is de figuur van de zaakwaarneming. Terecht wordt betoogd dat aan de figuur van de zaakwaarneming de verrijkingsgedachte ten grondslag ligt.[14] Het is echter niet de enige grondslag van deze bron van verbintenissen. Het zaakwaarnemingsleerstuk berust ook op de gedachte dat eenieder zijn medemens een hand moet kunnen toesteken in noodsituaties zonder dat de behulpzame bevreesd hoeft te zijn dat hij zelf de kosten van zijn hulp moet dragen.[15] Vanuit deze laatste gedachte kan worden verklaard dat de belanghebbende ook aansprakelijk kan zijn als hij door de hulp niet is gebaat. Beslissend is of de zaakwaarnemer zich op basis van een redelijke grond heeft ingelaten met het belang van de belanghebbende en dat de zaakwaarnemer het belang van de belanghebbende naar behoren heeft behartigd.

In de tweede plaats kan het verrijkingsbeginsel op een meer abstracte wijze in een leerstuk weerspiegeld worden. Bepaalde risicoaansprakelijkheden brengen bijvoorbeeld mee, dat degene die van een risicovolle activiteit profiteert, ook de daaraan verbonden schadelijke gevolgen draagt. In het profijtbeginsel ligt de gedachte besloten, zo zal verderop worden betoogd,[16] dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt.[17] In het leerstuk van de risicoaansprakelijkheid is het verrijkingsbeginsel, in vergelijking met de onverschuldigde betaling, meer op de achtergrond aanwezig en bovendien zal blijken dat er een andere conceptie van het verrijkingsbeginsel aan ten grondslag ligt.

---

12 Damminga 2014, p. 269; Jonkers 2017, p. 202-204. Anders: Van Kooten 2002, p. 25-28.
13 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/418; Jonkers 2017, p. 201-202.
14 Biegman-Hartogh 1971, p. 42; Nieskens-Isphording 1991 nr. 10; Engelhard & van Maanen 1998, p. 311; Zwalve 1995, p. 158-159.
15 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/392; Jansen 2005, p. 23-25.
16 Zie par. 2.9.2.
17 Vgl. Nils Jansen, 'The Idea of Legal Responsibility', *Oxford Journal of Legal Studies* 2014, vol. 34, No. 2, p. 245-248.

In de derde plaats kan het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt een *gezichtspunt* zijn bij het afwegen van vermogensrechtelijke belangen en bij de invulling van open normen. Wie onder bedreiging met een faillissementsaanvrage een schappelijke betalingsregeling afdwingt, handelt niet onrechtmatig. De betalingsregeling komt geldig en onaantastbaar tot stand. Ook als de rente iets verhoogd is. Anders kan worden geoordeeld wanneer de schuldeiser – door de bedreiging met een faillissementsaanvrage – méér voor zichzelf bedingt dan waar hij redelijkerwijs aanspraak op kan maken.[18] Het aftroggelen van een buitenproportioneel voordeel constitueert de onrechtmatigheid en daarmee de vernietigbaarheid van de rechtshandeling ex 3:44 lid 1 en 2 BW. Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, legt gewicht in de schaal bij de beoordeling of er sprake is van *onrechtmatige* bedreiging.[19]

2.3.2 Een beginsel heeft geen alles-of-niets karakter

Het onderscheid tussen het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt en ongerechtvaardigde verrijking als bron van verbintenissen, hangt ook samen met het Dworkiaanse inzicht dat beginselen – anders dan regels – géén alles of niets karakter hebben.[20] Een regel is toepasselijk of niet. Een beginsel, daarentegen, kan in een concreet geval gewicht in de schaal leggen zonder dat dit gewicht de doorslag hoeft te geven. Als beginsel A zwaarder weegt dan beginsel B, dan betekent dit niet dat beginsel B géén gewicht heeft.

Hetzelfde geldt voor het verrijkingsbeginsel. Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, moet soms wijken voor andere beginselen en vermogensrechtelijke overwegingen. Wanneer iemand onverschuldigd aan een handelingsonbekwame betaalt, kan het beginsel dat de handelingsonbekwame moet worden beschermd aan restitutie in de weg staan (artikel 6:209 BW) óók als dit betekent dat de onbekwame ongegrond is verrijkt.

Ook in het kader van de algemene verrijkingsactie ex artikel 6:212 BW zelf kan het verrijkingsbeginsel het afleggen tegen andere beginselen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer het verrijkingsbeginsel moet wijken voor het autonomiebeginsel in een geval waarin de verrijking aan de gedaagde is opgedrongen.[21] Het verrijkingsbeginsel 'pleit' dan voor aansprakelijkheid, maar verliest het van het idee dat men niet zomaar tegen zijn wil gebon-

18 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/259; Hijma, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:44 BW, aant. 2.5.6.

19 Vgl. Van Loo 2003 p. 24, waar hij betoogt dat de verrijking een rol kan spelen bij de vraag of er sprake is van een wilsgebrek.

20 Dworkin 1977, p. 24-25.

21 Zie in algemene zin daarover: Van der Linden 2013, p.11-20. Zie voor andere voorbeelden hoofdstuk 7.

den is. Aansprakelijkheid voor die ongerechtvaardigde verrijking is dan niet redelijk in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW. De verrijkingsactie wordt in een dergelijk geval afgewezen, terwijl volgehouden kan worden dat de gedaagde ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de eiser. Andere beginselen staan er echter aan in de weg om deze ongerechtvaardigde verrijking ongedaan te maken.

2.4 Het probleem van de normatieve kracht

2.4.1 Het open karakter van het verrijkingsbeginsel

Een belangrijk punt is vooralsnog onder de radar gehouden. De suggestie is gewekt dat het verrijkingsbeginsel een normatief beginsel is. Maar wat houdt nu de gedachte in, dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt en in hoeverre kan dit een richtinggevend beginsel zijn?

Het verrijkingsbeginsel heeft oude papieren. Het wordt over het algemeen in verband gebracht met twee Digestenteksten die op naam staan van Pomponius. '*Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.*' Want het is van nature billijk dat niemand verrijkt wordt ten koste van een ander (D. 12.6.4.).[22] En: '*Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem.*' Naar het recht van de natuur is het billijk dat niemand tot andermans schade en in strijd met diens recht verrijkt wordt (D.50.17.206).[23]

Tegenwoordig wordt gesproken van het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt. In abstracto levert het beginsel geen problemen op. Het moet worden voorkomen dat iemand ongerechtvaardigd wordt verrijkt ten koste van een ander; gebeurt dit toch, dan zal die verrijking in beginsel ongedaan gemaakt moeten worden. Een tegengesteld uitgangspunt is in een rechtsorde ondenkbaar. Problematisch is de concretisering. Het beginsel zegt dát niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, niet wát een ongerechtvaardigde verrijking is.[24] Aan de ene kant maakt het beginsel op zijn minst aanspraak op normatieve zeggingskracht. Niemand mag ten koste van een ander ongerechtvaardigd worden verrijkt. Aan de andere kant geeft het beginsel

22 Vertaling ontleend aan: Spruit, J.E., Feenstra, R., *Corpus juris civilis: tekst en vertaling. III: Digesten 11-24 = Digesta XI-XXIV*, Zutphen: Walburg Pers & 's-Gravenhage: Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij: 1996.

23 Vertaling ontleend aan: Spruit, J.E., Feenstra, R., Corpus juris civilis : tekst en vertaling. VI: Digesten 43-50 = Digesta XLIII-L, Zutphen: Walburg Pers & 's-Gravenhage: Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij: 2001.

24 In vergelijkbare zin Jaffey 2013, p. 120. Voor hem is het reden om te betwijfelen of het verrijkingsbeginsel wel een dragend beginsel van de categorie *Unjust Enrichment* kan zijn.

ons geen verdere richting.[25] Niet uit het beginsel is af te leiden onder welke omstandigheden een verrijking van de een ten koste van de ander ongerechtvaardigd is.[26]

Zouden we het beginsel aan Rousseau voorleggen, dan is de kans aanwezig dat hij zou zeggen dat de burgerlijke maatschappij met een ongerechtvaardigde verrijking begonnen is:[27]

> 'De ware grondlegger van de burgerlijke maatschappij: dat was hij die als eerste een stuk grond omheinde, zich verstoutte te zeggen "Dit is van mij", en onnozelaars trof die hem geloofden. Hoeveel misdaden, oorlogen, moordpartijen, ellende en verschrikkingen zouden het mensengeslacht niet bespaard zijn gebleven, als iemand toen de palen had uitgerukt of de gracht had dichtgegooid, en zijn medemensen had toegeroepen "Luister niet naar deze bedrieger; jullie zijn verloren als jullie vergeten dat de vruchten van de aarde van iedereen zijn en dat de aarde van niemand is."'

De eerste *occupator* verrijkt zich ongerechtvaardigd ten koste van de rest van de wereld – zo zou betoogd kunnen worden – doordat hij een stuk grond opeist terwijl 'de vruchten van de aarde van iedereen zijn en […] de aarde van niemand is'.

Zou het verrijkingsbeginsel worden voorgelegd aan een willekeurige, niet juridisch onderlegde passant, dan is er een aanmerkelijke kans dat hij begrijpend knikt en de bonustrekkende bankier of de duurbetaalde directeur van een liefdadigheidsinstelling ter sprake brengt.[28] Het verrijkingsbeginsel kan – in potentie – verschillende soorten moraal reflecteren.

Peter Birks suggereert, bijvoorbeeld, dat de reden waarom er in de *common law*-wereld, tot voor kort, voornamelijk werd gesproken over *'The Law of Restitution'* in plaats van *'The Law of Unjust Enrichment'* een politieke oorsprong kan hebben gehad. In 1937, namelijk, verscheen in Amerika een *Restatement* die voor het eerst de verrijkingsrechtelijk gekleurde *case law* beoogde samen te vatten. Welke naam moest het werk dragen *Restatement of Restitution* of *Restatement of Unjust Enrichment?*

Birks schrijft:[29]

> '[…] Professor Andrew Kull […] has found evidence that until quite late in the process both restitution and unjust enrichment were intended to appear in its title.
> It may be that the story of the final choice of name can be fully reconstructed. Meanwhile, a speculative answer is not far to seek. The words "unjust enrichment" were at one time thought, wrongly, to invite the judges to redistribute wealth on the basis of direct appeals

25 Vgl. Hanoch Dagan, *The Law and Ethics of Restitution*, Cambridge: Cambridge University Press 2004, p. 14-18.

26 Vgl. Schoordijk 1979, p. 453; Schoordijk 1996, p. 863. Over 6:212 BW merkt hij op, dat in de bepaling géén maatstaf besloten ligt.

27 J.J. Rousseau, *Vertoog over de ongelijkheid,* Amsterdam: Boom 2013 (*Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité,* vertaling door Wilfried Uitterhoeve).

28 Wanneer ik mijn proefschriftonderwerp aan een leek onthul, temper ik de verwachtingen ('Het is eigenlijk een klein, technisch, onderwerp…') vóórdat ik het onderwerp benoem: 'Ongerechtvaardigde verrijking'.

29 Birks 1998, p. 5.

> to "justice". […] There was an aggravating factor. In the aftermath of the Bolshevik revolution in Russia, the great depression of pre-war years saw the rise of both idealistic communism and the menace of national socialism. It was prudent in the 1930s to choose a tough, seemingly long established name. It is foolish to wave a red flag rag at a bull. In the prevailing atmosphere "restitution" was not provocative.'

Dawson heeft erop gewezen dat het verrijkingsbeginsel een politieke lading kan krijgen. Het kan een voedingsbodem zijn voor ressentiment. Hij schrijft:[30]

> 'To the person who suffered loss, the loss alone is a grievance. But if this loss can be located and identified in the gain received by another, the anguish caused by the loss will be felt as more than doubled. One can see this, for example, in the system developed by Karl Marx, who tapped an inexhaustible supply of resentment with the aid of his labor theory of value. Marx made it appear that the gains received by economic groups other than labor – particular by owners of land and other capital assets – were unjustified enriched by their contribution to the economic product and in the long run were taken from labor.'

Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt kan de morele voorstelling voeden en het denken over goed en kwaad prikkelen. Het is een gevolg van het open karakter van het verrijkingsbeginsel, dat eist dat een ongerechtvaardigde verrijking wordt voorkomen of ongedaan gemaakt, zonder dat het aangeeft wat een ongerechtvaardigde verrijking is. Het beginsel kan aldus de abstracte politiek filosofische erkenning – of juist de afwijzing – van private eigendom weerspiegelen, maar ook beantwoorden aan de concrete particuliere moraal van een willekeurig individu.

2.4.2 Het absorberende vermogen van het verrijkingsbeginsel

Dit zou ik het absorberende vermogen van het verrijkingsbeginsel willen noemen. Het beginsel kan verschillende waardensystemen in zich opzuigen.

Toch zal het duidelijk zijn dat het beginsel – als het ten minste wordt opgevat als *rechts*beginsel – weinig te maken heeft met de grote vragen van verdelende rechtvaardigheid. Een keus tussen Adam Smith en Karl Marx hoeft niet gemaakt te worden. Het waardensysteem dat het verrijkingsbeginsel als rechtsbeginsel vorm en inhoud geeft, is het systeem van het vermogensrecht. De man op straat die meent dat de bankier met zijn 'excessieve' salaris ongerechtvaardigd wordt verrijkt, kan tegengeworpen worden dat zijn verrijking – juridisch gezien – gerechtvaardigd zal worden door diens arbeidsovereenkomst. De afwijzende toepassing van het verrijkingsbeginsel weerspiegelt in dit geval enkele basale punten van het vermogensrecht.

---

30 J.P. Dawson, *Unjust Enrichment*, Boston: Little, Brown and Company 1951, p. 5. Zie ook Wonnell 1996, p. 177-182.

De bank en de duurbetaalde bankier zijn – in beginsel – vrij dit contract af te sluiten en verder moet een eenmaal gesloten contract worden nagekomen. Bovendien is de bank in beginsel bevoegd om over haar vermogen te beschikken zoals zij dat wil.

Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, absorbeert de regels en uitgangspunten die aan het systeem van het vermogensrecht ten grondslag liggen. Verschillende vermogensrechtelijke regels kunnen daardoor in verband gebracht worden met het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt. Als we Schoordijk mogen geloven is al het vermogensrechtelijke denken uiteindelijk terug te voeren op het verrijkingsbeginsel. Hij schrijft:[31]

> 'Ieder vermogensrechtelijk denken, dient een denken te zijn, dat primair gericht is op het al dan niet gerechtvaardigd zijn van vermogensverschuivingen. Men kan ook het woord *primair* weglaten en stellen, dat alle vermogensrechtelijk denken, een denken in termen van ge- en ongegronde verrijking is.'

Deze stelling is niet zonder retorische overdrijving. Toch zal blijken dat veel vermogensrecht in verband kan worden gebracht met het verrijkingsbeginsel en kan met Schoordijk worden gezegd dat verrijkingsvragen impliciet of expliciet kunnen opduiken, in die zin dat veel vermogensrecht in verrijkingsrechtelijke termen kan worden gevat.[32]

Een fooi na een kop koffie is een gerechtvaardigde verrijking van de koffiebar (vgl. artikel 7:175 BW). Het bij de kassa te veel betaalde bedrag is dat niet en doet, zolang de kassière het wisselgeld nog niet teruggeven heeft, een verbintenis uit hoofde van onverschuldigde betaling ontstaan (artikel 6:203 lid 2 BW). Bevoordeelt iemand zich ten koste van zijn contractuele wederpartij doordat hij het zakelijk handig, maar juridisch correct, heeft gespeeld, dan is de verrijking die uit de overeenkomst voortspruit niet ongerechtvaardigd. Het recht kent geen *iustum pretium*- of *laesio enormis*-leer.[33] Sluit iemand echter een voor hem gunstige overeenkomst met gebruikmaking van bedrog of dwaling, dan is deze overeenkomst vernietigbaar (artikel 3:44 lid 1 en 3 BW/6:228 BW). Wordt er vernietigd dan gaat het vorderingsrecht teniet en moet hetgeen eventueel reeds is voldaan worden terugbetaald (artikel 6:203 BW). En bedingt iemand 1000% rente op jaarbasis dan is de kans aanwezig dat deze overeenkomst strijdig met de goede zeden wordt geoordeeld.[34]

---

31 Schoordijk 1977, p. 4.

32 T.a.p.

33 Zie bijvoorbeeld: Asser/Hijma 7-I* 2013/212; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/50 en 55.

34 Hof Leeuwarden 5 juli 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR0354 *NJF* 2011/381. Aldaar ging het om een rente van 1000%.

Het verrijkingsbeginsel brengt, zo zouden we meer in het algemeen kunnen zeggen, voor het recht de taak mee om de gerechtvaardigde verrijkingen van de ongerechtvaardigde verrijkingen te scheiden.[35] Op sommige plaatsen werkt het vermogensrecht het beginsel positief uit, door voor een bepaald gevalstype te bepalen, dat een verrijking gerechtvaardigd is. Op andere plaatsen werkt het vermogensrecht het beginsel negatief uit, door te bepalen dat een vermogensverschuiving in een bepaald gevalstype juist niet gerechtvaardigd is. Zo regelt, bijvoorbeeld, het contractenrecht – positief – dat een verrijking ten gevolge van een gunstig contract gerechtvaardigd is. Het vermogensrecht brengt – negatief – mee, dat een bezitter te kwader trouw de door hem verworven vruchten niet mag behouden. Degene die concurreert met legitieme middelen wordt niet ongerechtvaardigd verrijkt. Hij die ongeoorloofde middelen inzet kan onder omstandigheden worden aangesproken op grond van onrechtmatige daad.

Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, wordt dus ingekleurd door de regels van het vermogensrecht. Maar als dit het geval is, dan is het lastig grip te krijgen op de normatieve kracht van het verrijkingsbeginsel. Dit kan worden geïllustreerd met een uitstapje naar de *common law.*

2.4.3 Het verrijkingsbeginsel in de *common law*

In de *common law* heeft het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt hoofdzakelijk een organisatorische functie.[36] Anders dan in continentale rechtsstelsels is er aldaar géén Burgerlijk Wetboek voorhanden dat het recht structureert. Het ruwe materiaal bestaat uit een grote hoeveelheid *cases*. Uit de *case law* moeten de rechtsgebieden – zoals *The Law of Contract* of de *Law of Torts* – steen voor steen, *case* voor *case*, worden opgebouwd.[37] Er is geen wet die de grote lijnen uitzet.

---

35 Vgl. Schoordijk 1970, p. 44. Hij schrijft: 'De poging inzicht te krijgen in het onverschuldigde betalingsbegrip, kan ons beter bewust doen worden van de "Ordnungsaufgabe", waar iedere rechtsvormer, ook en wellicht juist de rechter onder de vigeur van het huidige recht zich voor gesteld ziet: criteria te vinden voor de gerechtvaardigde vermogensverschuiving, die niet, en de ongerechtvaardigde vermogensverschuiving, die wel een vordering rechtvaardigt.' Zie in vergelijkbare zin Nieskens-Isphording 1991, p. 32. Zij schrijft: 'De weg wordt gewezen door Schoordijk met zijn steeds herhaalde – zij het nergens uitgebouwde – stelling, dat ieder vermogensrechtelijk denken een denken in termen van ge- en ongerechtvaardigde verrijking dient te zijn. Hij wijst op de noodzaak 'ieder rechtsinstituut vermogensrechtelijk door te rekenen. Daarmee tilt hij de ongerechtvaardigde verrijking uit *boven de grenzen van haar actie* en wijst haar aan als fundament van het vermogensrecht. Aldus levert hij de sleutel tot een ordeningsprincipe van het gehele verbintenissenrecht.'

36 Goff & Jones/Mitchell, Mitchell & Watterson 2016, nr. 1-08; Daarover bijvoorbeeld: Barker 2004, p. 84.

37 Birks 1985, p. 1-2.

Tot de jaren zestig was er nog geen verrijkingsrecht in Engeland als erkend, gesystematiseerd rechtsgebied. Dit veranderde in 1966,[38] toen de eerste druk van *Goff & Jones* uitkwam waarin cases met een verrijkingsrechtelijke kleur worden samengebracht én gesystematiseerd.[39] Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt fungeert daarbij als een soort algemene noemer die in de rechtspraak beoordeelde gevallen toedeelt aan het verrijkingsrecht.

Birks heeft verschillende redenen gegeven voor die organisatorische functie van het verrijkingsbeginsel.[40] In de eerste plaats bewerkstelligt het dat in gelijksoortige gevallen dezelfde soort vragen worden gesteld. Is de gedaagde verrijkt?; is de verrijking ten koste van de eiser gegaan?; is de verrijking ongerechtvaardigd?; zo ja, zijn er redenen om (toch) restitutie te ontzeggen? In de tweede plaats werkt het bijeenbrengen van *cases* met een verrijkingsrechtelijke kleur in de hand, dat het gelijke gelijk wordt behandeld. In de derde plaats maakt het bijeenbrengen van *cases* onder het verrijkingsbeginsel het mogelijk dat het rechtsgebied een naam krijgt: *The Law of Restitution* of *The Law of Unjust Enrichment*.

Dat het verrijkingsbeginsel verschillende *cases* aaneen kan smeden tot één rechtsgebied, betekent niet dat het beginsel daarmee normatieve kracht heeft, in die zin dat uit het beginsel zelf een oplossing voor een concreet geval kan worden afgeleid. In een *comman law*-stelsel is de rechtsvinding inductief en wordt er geredeneerd van *case* naar *case.* Het zijn in de rechtspraak ontwikkelde *unjust factors* die bepalen of een verrijking van de één ten koste van de ander ongerechtvaardigd is.[41] Birks schrijft over het verrijkingsbeginsel dan ook:[42]

> '[T]he principle threatens to undo the effort taken to make "unjust" look downwards to the cases. To the extent that it does so it is to be regarded with suspicion. Indeed it may be that the principle can never be other than a moral aspiration. For as soon as steps are taken to bring it down to earth it begins to say nothing other than that the law ought not to be ignored. Thus "unjustly enriched" (once "unjustly" is made to look downwards to the cases) must mean: "enriched in circumstances in which the law says that there should be restitution". In other words, the law should be respected. The other formulation boils down to a similarly unambitious statement: "There are circumstances in which the law does not permit one person to be enriched at the expense of another."'

Het is volgens hem van tweeën één. Of het gebruik van het verrijkingsbeginsel leidt ertoe dat het zicht op de *'cases'* verloren gaat waarin is uitgemaakt in welke gevallen er sprake is van een *unjust factor* die een recht op restitutie van de eiser mogelijk maakt. Of – als die *cases* (de gronden van restitutie) niet uit het oog worden verloren – is het een nietszeggend beginsel omdat het niets méér zegt dan wat reeds in de besliste gevallen tot uitdruk-

38 Zie bijvoorbeeld: Goff & Jones/Mitchell, Mitchell & Watterson 2016, 1-01.
39 Goff & Jones 1966, p. 3-5.
40 P. Birks 1985, p. 19-22.
41 Goff & Jones/Mitchell, Mitchell & Watterson 2016, nr. 1-21; Burrows 2011, p. 86.
42 P. Birks 1985, p. 23.

king is gekomen. Het verrijkingsbeginsel zuigt als het ware de *case law* in zich op; dáár is te vinden in welke gevallen er sprake is van een verrijking die geldt als een ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser. Het beginsel voegt hier niets aan toe. Het verdient daarom, volgens Birks, de voorkeur het gebruik van het verrijkingsbeginsel als normatief beginsel achterwege te laten.[43]

De normatieve kracht van het verrijkingsbeginsel is nog steeds een punt van discussie. Virgo omschrijft twee mogelijke functies (*'functions'*) die het verrijkingsbeginsel kan hebben:[44]

> 'According to the formulaic function of the unjust enrichment principle the defendant will only be considered to have been unjustly enriched where the circumstances of the case satisfy the formula for unjust enrichment, namely that the defendant has received an enrichment at the expense of the claimant and in circumstances which fall within one of the recognized grounds of restitution. Crucially, restitutionary relief will only be available to the claimant according to this interpretation of the principle if restitutionary liability has previously been recognized in similar cases. […]
> According to the normative function of the principle the defendant can be considered to have been unjustly enriched whenever the court considers that the circumstances of the enrichment were unjust. The normative function is much more discretionary, involving the judge considering the facts of the case without regard to whether restitutionary relief has previously been awarded in similar circumstances.'

Virgo betoogt dat het beginsel in de *common law* in de eerste betekenis wordt gebruikt; een verrijking is alleen dan ongerechtvaardigd als in een eerder verrijkingsgeval eerder zo is beslist. Hij vraagt zich af in hoeverre het beginsel een normatieve functie behoort te hebben en wijst daarbij op Canada dat het beginsel hanteert als een op zichzelf staand beginsel dat rechtsgevolgen (*'restitutionary remedies'*) in het leven kan roepen. Hij schrijft:[45]

> 'The virtually unconstrained discretion of the judge to decide whether or not the receipt of an enrichment was in circumstances of injustice will result in great uncertainty. Such discretion is alien to the common law tradition where judges reach their decisions by reference to what has gone before. The introduction of such a discretion would mean that judges would be more concerned with the circumstances of the case and balancing the conduct of the parties to see where the balance of justice lies.'

Deze benadering betekent, volgens Virgo, niet dat het Engelse verrijkingsrecht een gesloten systeem is: bestaande gronden kunnen worden uitgebouwd en er kunnen zo nodig nieuwe *unjust factors* worden aanvaard. Virgo bepleit een *'middle way'* tussen een verrijkingsbeginsel dat niet meer is dan een weerspiegeling van de *case law* en een verrijkingsbeginsel op basis waarvan de rechter naar bevind van zaken kan oordelen. Deze *'middle way'* is tweesnijdend. Enerzijds is het zo dat de rechter in deze benadering gebonden is aan eerdere rechtspraak, maar het is anderzijds niet uitgesloten dat

43 T.a.p. p. 25.
44 Virgo 2015, p. 55-56.
45 Virgo 2015, p. 57.

de rechter nieuwe gronden voor restitutie aanvaardt zodat er – als ik het goed zie – een zekere discretie blijft bestaan. Dit is bij meerdere *common law*-auteurs te ontdekken.[46]

2.4.4 Inductieve tendensen in Nederland

Het feit dat men zich in de *common law* afvraagt of het verrijkingsbeginsel wel normatieve kracht heeft, is op zichzelf niet erg verwonderlijk. De rechtsvinding is aldaar, als gezegd, inductief en verloopt van geval tot geval: de *cases* bepalen de inhoud van het recht. Toch zijn er in de Nederlandse discussie over ongerechtvaardigde verrijking evenzeer zekere inductieve tendensen waar te nemen. Dit is reeds zichtbaar bij Langemeijer in een opstel uit 1969 waarin hij een prognose geeft van de toepassing van het huidige artikel 6:212 lid 1 BW. Hij schrijft over het ongerechtvaardigdheidsvereiste het volgende:[47]

> 'Intussen, geheel ondubbelzinnig is "ongerechtvaardigd" niet. De meest letterlijke betekenis schijnt: zonder een grond van rechtvaardigheid. Is het echter aannemelijk dat de ontwerpers, geen van drieën natuurrechtaanhangers, elke overigens rechtens onaantastbare vermogensverschuiving zouden willen hertoetsen aan de eisen van absolute rechtvaardigheid, gesteld dat die voor mensen waren te vatten? Het antwoord schijnt niet twijfelachtig! Aan de andere kant zal ongerechtvaardigd hier ook niet kunnen betekenen: zonder grond in het positieve recht, want dan zou, bij gebreke van een eigen maatstaf in het voorschrift zelf, iedere naar het overige recht onaantastbare verrijking gerechtvaardigd zijn. Wat dan wel? Ik zou menen "ongerechtvaardigd" kan hier niet anders betekenen dan "vrij algemeen en stellig betreurenswaardig geacht in concreto, ook waar het positieve recht het schijnt mee te brengen."'

Ongerechtvaardigdheid is een dubbelzinnig begrip. Het systeem bepaalt of een verrijking ongerechtvaardigd is, tenzij dit – in de woorden van Langemeijer – 'vrij algemeen en stellig betreurenswaardig' uitpakt in een concreet geval. Enerzijds verwijst het beginsel naar het systeem van het vermogensrecht, anderzijds wijst het boven het vermogensrechtelijke systeem uit.

Iets soortgelijks valt te ontwaren in het denken van Schoordijk. Over de verrijkingsactie merkt hij op, dat de wetgever met artikel 6:212 lid 1 BW geen maatstaf geeft. Het ongerechtvaardigdheidsvereiste dwingt de jurist, volgens hem, om het systeem van de wet af te tasten.[48] Schoordijk heeft hierin navolging gevonden.[49] Daar waar in het Engelse denken het ongerechtvaardigdheidsvereiste wordt ingevuld door '*the cases*', daar lijkt in de Nederlandse discussie 'het systeem van het vermogensrecht' van grote betekenis te zijn.

---

46 Zie: Burrows 2011, p. 86-87; Goff & Jones/Mitchell, Mitchell & Watterson 2016, 1-26-1-27.
47 Langemeijer 1969, p. 157.
48 Schoordijk 1979, p. 453; Schoordijk 1996, p. 863.
49 Zie bijvoorbeeld: Wissink 2002, p. 57-65; Van Maanen 2006, p. 39.

Zoals verderop in dit boek betoogd zal worden,[50] is de systematische aanpak van de verrijkingsactie terecht. Maar het helpt niet erg om het verrijkingsbeginsel nader te expliciteren. Als het recht bepaalt en moet bepalen wat de scheidslijn is tussen de gerechtvaardigde verrijkingen en de ongerechtvaardigde verrijkingen, hoe kan het verrijkingsbeginsel dan een beginsel zijn dat (mede) aan een leerstuk ten grondslag ligt? Hoe kan het beginsel bij de toepassing van een leerstuk een bepaalde richting op wijzen of als gezichtspunt functioneren? De op het eerste oog meeslepende stelling, dat al het vermogensrecht in essentie verrijkingsrecht is en dat het recht te bepalen heeft wanneer een verrijking (on)gerechtvaardigd is, lijkt een soort theoretische leegte achter te laten. Als alles ongerechtvaardigde verrijking is, is niets ongerechtvaardigde verrijking.

De leegte wordt voelbaar wanneer het verrijkingsbeginsel te ver wordt opgerekt.[51] Hoewel Smits de gekunsteldheid van de redenering toegeeft, betoogt hij dat het mogelijk is om het leerstuk van de onrechtmatige daad in zijn *totaliteit* als een uitwerking van de verrijkingsgedachte te beschouwen.[52] Als de één onrechtmatig schade toebrengt aan de ander in de zin van artikel 6:162 lid 1 BW dan zou de laedens – in de visie van Smits – ongerechtvaardigd worden verrijkt ten koste van de gelaedeerde, als de eerste geen schadevergoeding hoeft te betalen aan de laatste.[53] Dit is geen aansprekende voorstelling van zaken. Als ik iemand een klap in het gezicht geef, dan legt het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt géén gewicht in de schaal bij de vraag óf ik op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk ben. Het verrijkingsbeginsel geeft hier geen enkele richting.

2.5 De verdere gang van het betoog

Het inzicht dat het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt zijn normatieve kracht ontleent aan het systeem van het vermogensrecht is nog wat ongedifferentieerd. Tot een inzicht in de precieze wijze waarop het verrijkingsbeginsel een van de dragende beginselen van het vermogensrecht kan zijn, leidt de constatering niet. Worden echter specifieke vermogensrechtelijke regels en leerstukken in ogenschouw genomen, die in verband kunnen worden gebracht met het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, dan tekent zich – zoals zal worden betoogd – een duidelijker reliëf van het verrijkingsbeginsel af.

---

50 Zie par. 4.3.4-4.3.5.

51 Nieskens-Isphording betoogt bijvoorbeeld dat alle bronnen van verbintenissen uiteindelijk zijn terug te voeren op het beginsel dat niemand zich ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag verrijken. Nieskens-Isphording 1991, p.11.

52 Smits 1995, p. 184. Vgl. ook Nieskens-Isphording 1991, p. 48-61.

53 Smits 1995, p. 184.

In de volgende paragrafen zullen verschillende vermogensrechtelijke regels die met het verrijkingsbeginsel in verband gebracht kunnen worden, worden besproken. De regels die worden besproken, doen steeds iets met het feit, dat de één – op enigerlei wijze – ten koste van de ander een voordeel heeft verkregen – of dreigt te verkrijgen – terwijl het recht daar op een één of andere manier afkeurend tegenover staat. Steeds wordt bezien *waarom* het recht afkeurend staat tegenover het voordeel dat de een ten koste van de ander in de wacht sleept – of in de wacht dreigt te slepen.

Hoewel het verrijkingsbeginsel meestal wordt vereenzelvigd met de dadelijk te bespreken *sine causa*-conceptie, zal blijken dat het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt te ontleden is in ten minste vier concepties die elk een eigen normatieve structuur hebben.

2.6 De *sine causa*-conceptie

2.6.1 Onverschuldigde betaling

Misschien wel de belangrijkste toepassing van het verrijkingsbeginsel is de regel dat degene die aan iemand onverschuldigd heeft betaald, de ontvanger van het betaalde – in beginsel – kan aanspreken op grond van onverschuldigde betaling (artikel 6:203 BW). A betaalt € 100 aan B, zonder dat hij daartoe op enigerlei wijze verplicht is. Het is volgens Birks de *'core case'* van het verrijkingsrecht.[54] In het Nederlandse recht is onverschuldigde betaling een zelfstandige bron van verbintenissen die naast de verrijkingsactie een eigen plaats heeft. Waarom kan de betaler (A) de ontvanger (B) aanspreken om de € 100 terug te betalen? Waarom zou het recht een leemte hebben als dit niet zou kunnen?

Het antwoord dat de ontvanger anders ongerechtvaardigd verrijkt zou worden is op zichzelf juist, maar het volstaat hier niet. Waarom wordt de ontvanger van een onverschuldigde betaling ongerechtvaardigd verrijkt indien hij het onverschuldigd betaalde zou mogen behouden? In artikel 6:203 BW wordt de onverschuldigde betaling omschreven als een betaling zonder rechtsgrond. De juridisch-technische reden die hierbij in het oog springt, is dat er bij een onverschuldigde betaling doorgaans een vermogensverschuiving plaats heeft gevonden, [55] zonder dat er voor die vermogensverschuiving een rechtvaardigingsgrond bestaat. Hierin laat zich een bekend verrijkingsrechtelijk axioma herkennen. In een rechtsorde is voor een vermogensverschuiving een goede reden vereist. Ontbreekt die goede

54 Peter Birks, *Unjust Enrichment*, Oxford: University Press 2005, p. 3 e.v. En hij heeft wat dit betreft navolging gevonden, zie recentelijk: Webb 2016, p. 55.

55 Doorgaans: soms heeft er – door het causale stelsel – géén vermogensverschuiving plaatsgevonden. De vordering op grond van onverschuldigde betaling loopt dan samen met de revindicatie. Zie over deze samenloop: Van der Wal 2019.

reden, dan is de verrijking die het gevolg is van de vermogensverschuiving ongerechtvaardigd. Dit zou de *sine causa*-conceptie van het verrijkingsbeginsel genoemd kunnen worden.[56]

2.6.2 De normatieve structuur van de *sine causa*-formule

Waarom is een verrijking die het gevolg is van een ongegronde vermogensverschuiving ongerechtvaardigd?

De ratio van de *sine causa*-benadering is reeds te vinden bij Von Savigny, waar hij de grondslag van de Romeinse condicties bespreekt. Essentieel aan elke Romeinse condictie is volgens Von Savigny, dat de eiser iets terugvordert dat voorheen eigendom van de eiser geweest is. Er is 'iets' van het ene vermogen in het andere gevloeid zonder dat daarvoor een *causa* – een rechtvaardigingsgrond – bestaat.[57] Jansen heeft erop gewezen, dat Von Savigny een condictie, zoals de *condictio indebiti* (de onverschuldigde betaling), zag als een vervanging van de revindicatie.[58] De eiser die per abuis € 100 aan de gedaagde betaalt zal vaak geen revindicatie hebben, omdat het bedrag na de betaling niet zelden tot het vermogen van de gedaagde zal behoren. Dit is bijvoorbeeld het geval als er giraal is overgemaakt of als er oneigenlijke vermenging heeft plaats gevonden. De *condictio indebiti* ondervangt het probleem dat de eiser geen revindicatie (meer) heeft. Degene die onverschuldigd heeft betaald heeft – naast een eventuele revindicatie – een persoonlijke vordering op de ontvanger.[59]

De ontvanger is na de onverschuldigde betaling ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van degene die zonder grond betaald heeft, omdat hij zonder toereikende rechtvaardigingsgrond iets verkregen heeft dat vóór de trans-

---

56 Zie bijvoorbeeld: Zimmermann 1990, p. 871-873. '"Sine causa" may […] be seen as a common denominator for the whole range of Roman enrichment condictiones, and as such it presented itself as a suitable starting point for streamlining the law of unjustified enrichment.' Zie ook Smits 2008, p. 97.

57 Von Savigny 1841, p. 526. Zie daarover: Zimmermann 1990, p. 872-873; Jansen 2016, p. 131.

58 Jansen 2016, p. 131.

59 Deze theorie is gelijkluidend aan de grondslag die Bregstein aan de algemene verrijkingsactie heeft gegeven. Zie: Bregstein 1927, p. 192-193. Hij schrijft: 'Dus de verrijkingsactie is een uitvloeisel van het eigendomsrecht, m.a.w., naast de revindicatie die ons in staat stelt het *materieel object* van ons recht te achterhalen: een zakelijke actie, bezitten wij een actie *om de waarde van dat object* te achterhalen: een persoonlijke actie. Het eigendomsrecht is immers in de eerste plaats een recht op een bepaalde waarde: door de erkenning van dit recht moet de rechtsorde noodwendig (na de scheiding der eigendommen, zegt de Groot) naast de revindicatie een vorderingsrecht erkennen tegen hem die deze waarde geniet, zonder dat dit waarde-genieten in de rechtsbetrekking van partijen zijn grondslag vindt (het schenkings- of economisch doel), of door eenig ander grondbeginsel der rechtsorde of positieve wetsbepaling wordt gesanctioneerd. (...) [W]at boven van de eigendom is gezegd, kan mutatis mutandis *ook van het vermogen worden opgemerkt* (Laatste arcering van TvdL).'

actie aan de solvent toebehoorde.[60] Dat er niet zomaar – zonder daartoe strekkende wet of rechtshandeling – een vermogensverschuiving mag plaats vinden raakt de essentie van het recht op eigendom (in de brede zin van het woord).[61] Nieskens-Isphording drukt het zo uit, dat de eigendom de 'bodem' van het vermogensrecht is en dat een wijziging in de eigendomsverhoudingen een legitimatie – een rechtvaardigingsgrond – behoeft.[62]

Van hieruit kunnen wij een belangrijke observatie doen over de wijze waarop het verrijkingsbeginsel richtinggevend wordt. Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt absorbeert in de *sine causa*-conceptie niet zozeer het 'hele' systeem van het vermogensrecht, maar het verrijkingsbeginsel gaat een constructieve verbinding aan met het uitgangspunt dat het vermogen iets is, dat rechtens aan de rechthebbende toebehoort. In dit toebehoren ligt als het ware besloten dat een vermogensverschuiving een toereikende rechtvaardigingsgrond behoeft. Zou er géén regeling zijn die de ontvanger van een onverschuldigde betaling in beginsel verplicht het onverschuldigd betaalde terug te betalen, dan zou dit op gespannen voet staan met dit uitgangspunt.[63] In de *sine causa*-conceptie ontleent het verrijkingsbeginsel zijn normatieve kracht aan het uitgangspunt van het vermogensrechtelijke toebehoren.

2.6.3 De reikwijdte van de *sine causa*-conceptie

De *sine causa*-conceptie laat zich in verschillende andere leerstukken dan de onverschuldigde betaling herkennen.

Ten eerste kan gedacht worden aan de ongedaanmakingsverbintenis na een rechtsgeldige ontbinding.[64] Bij een ontbinding op grond van 6:265 BW blijft de rechtsgrond voor de wederzijds verrichte prestaties weliswaar in stand (zodat artikel 6:203 uitgesloten is), maar dit neemt niet weg dat er ter zake van reeds verrichte prestaties ongedaanmakingsverbintenissen ontstaan op basis van artikel 6:271 BW. De gelijkenis met de onverschuldigde

60 Webb heeft recentelijk getracht ook het Engelse verrijkingsrecht op deze gedachte te funderen. Zie Webb 2016, p. 75-76 en p. 85-102.

61 Scheltema 1997, p. 9. In vergelijkbare zin: Webb 2016, p. 93-94.

62 Vgl. Nieskens-Isphording 1991, p. 11. Zij schrijft dat 'het eigendomsrecht' de 'bodem van het vermogensrecht' zodat wijzigingen gelegitimeerd moeten worden. Zie ook: Stoljar 1987, p. 603. Hij schrijft: 'A basic theme running through our private law, perhaps any system of private law, surely is that, apart from assets distributed by public allocations or by operations of law, things or money cannot validly pass from one person to another without the former's sufficient consent either before or after the event. This is what property essentially means, at least importantly means amongst other things. […] Instead of P claiming recovery merely on the ground that D is "unjustly enriched" […] we can now say D's enrichment is indeed unjust: it is unjust precisely because D retains money without title, having got it without P's consent, so that P now has a claim on straightforward proprietary grounds.'

63 Vgl. Webb 2016, p. 90.

64 Wissink 2002, p. 6 en p. 8-9.

betaling dringt zich op.[65] De regel voorkomt, bijvoorbeeld,[66] dat degene die nog niet heeft gepresteerd ongerechtvaardigd wordt verrijkt ten koste van degene die al wél op grondslag van de later ontbonden overeenkomst heeft gepresteerd.

Gedacht kan, ten tweede, worden aan de gevallen waarin het recht regres toelaat. Zijn de gedaagde en de eiser, bijvoorbeeld, hoofdelijk aansprakelijk jegens het slachtoffer op grond van onrechtmatige daad, en spreekt het slachtoffer alleen de eiser aan, dan kan de eiser regres nemen voor het deel dat in hun onderlinge verhouding de gedaagde aangaat (artikel 6:10 lid 1 BW). Zou dit regres niet mogelijk zijn, dan zou de gedaagde ongerechtvaardigd worden verrijkt.[67] In dat geval neemt het vermogen van de gedaagde toe – zijn schuld jegens het slachtoffer gaat teniet – dankzij het vermogen van de eiser. De enkele omstandigheid dat het slachtoffer de eiser heeft aangesproken is geen toereikende rechtvaardigingsgrond voor deze verrijking.

Belangrijk zijn in dit verband artikel 6:33 BW en artikel 6:36 BW. Als een schuldenaar heeft betaald aan een schuldeiser, die wegens een beslag of om een andere reden niet tot ontvangst bevoegd was, dan kan de schuldenaar ingevolge artikel 6:33 BW het betaalde van de onbevoegde schuldeiser terugvorderen op het moment dat de schuldenaar door de wél tot ontvangst bevoegde derde wordt gedwongen opnieuw te betalen. Zou de schuldenaar dit verhaal niet hebben, dan zou de schuldeiser ongerechtvaardigd worden verrijkt ten koste van zijn schuldenaar. Als een schuldenaar te goeder trouw aan een inningsonbevoegde heeft betaald, dan kan hij – krachtens artikel 6:34 BW – de inningsbevoegde tegenwerpen, dat hij reeds bevrijdend heeft betaald. Artikel 6:36 BW regelt het regres: de inningsbevoegde kan zich verhalen op degene die de betaling onbevoegd in ontvangst heeft genomen. Artikel 6:33 en artikel 6:36 BW zijn wel gekenschetst als specifieke verrijkingsacties.[68]

Ten derde kan gedacht worden aan bepaalde toepassingen van de zaakwaarneming.[69] Laat de eiser voor eigen rekening een acute lekkage bij de buren repareren, dan kan hij zijn schade van de belanghebbende vergoed krijgen. Artikel 6:200 lid 1 BW voorkomt dat er een ongegronde vermogensverschuiving plaatsvindt tussen de zaakwaarnemer en de belanghebbende.

---

65 Hartlief schrijft dat aansluiting gezocht kan worden bij de regeling inzake de onverschuldigde betaling. Zie: Hartlief 1994, p. 33. Bakels schrijft in zijn monografie, dat de toepassing van art. 6:271 BW 'in beginsel' niet verschilt met de onverschuldigde betaling. F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten (Mon. B-58)*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 5.

66 Er zijn uiteraard veel meer feitenconstellaties denkbaar.

67 Wissink 2002, p. 12. Van Boom 2016, p. 100-101 en de aldaar vermelde rechtspraak en literatuur.

68 Wammes 1991, p. 294 en p. 296; Ten aanzien van art. 6:36 BW: Zwalve, *Qui solvi alii. Beschouwingen over betaling aan inningsonbevoegden,* Den Haag: Boom 2000, p. 101-103.

69 Zie bijvoorbeeld: Biegman-Hartogh 1971, p. 42; Nieskens Isphording 1991 nr. 10; Engelhard & van Maanen 1998, p. 311; Zwalve 1995, p. 158-159.

Ten vierde zijn er in het goederenrecht verschillende bepalingen te vinden die in de sleutel van de *sine causa*-conceptie kunnen worden geplaatst.[70] Om te beginnen is er, op grond van artikel 3:84 lid 1 BW, voor een geldige overdracht een geldige titel vereist die de overdracht rechtvaardigt.[71] Deze bepaling werkt preventief en voorkomt in bepaalde gevallen dat er een ongegronde vermogensverschuiving plaatsvindt. Verder kan de bezitter te goeder trouw aanspraak maken op de ten behoeve van het goed gemaakte kosten jegens de rechthebbende op het moment dat hij het goed opeist (artikel 3:120 lid 2 BW).[72] De bezitter die niet te goeder trouw is, heeft recht op vergoeding voor zover de algemene verrijkingsactie daar aanleiding toe geeft (artikel 3:121 lid 2 BW) Voorts hebben de zogenaamde wegneemrechten een verrijkingsrechtelijke grondslag: de bezitter kan, in sommige gevallen, veranderingen of toevoegingen die hij heeft aangebracht aan een goed wegnemen, zodat de verarming van de bezitter ten gunste van de rechthebbende de facto ongedaan wordt gemaakt.[73]

Gedacht kan ook worden aan de figuur van de zaaksvervanging.[74] De hypotheekhouder verliest, bijvoorbeeld, zijn hypotheekrecht als het verhypothekeerde pand in vlammen opgaat. Zou de eventuele vordering ter zake van de verzekeringspenningen onbezwaard in de boedel vallen, dan bestaat er de kans dat de schuldeisers die lager in rang staan dan de gewezen hypotheekhouder, in die zin ongerechtvaardigd worden verrijkt, dat zij – dankzij de vordering op de verzekeraar – méér terugzien van hun vordering dan het geval zou zijn zonder het tenietgaan van de verhypothekeerde zaak. Artikel 3:229 BW voorkomt de bevoordeling van de overige schuldeisers ten koste van de gewezen hypotheekhouder, doordat de laatstgenoemde een pandrecht krijgt op de vordering op de verzekeraar.

Ten slotte nodigt de *sine causa*-conceptie uit tot uitbouw.[75] De ramenlapper die – *sine causa* – de ramen lapt of de eigenaar van wie de zaak door een ander gebruikt wordt kan zich afvragen of zij recht hebben op restitutie. Hoewel er in dit soort gevallen geen sprake is van een verschuiving van vermogensbestanddelen, kan de logica van de *sine causa*-benadering analogisch worden toegepast. De vruchten van de arbeid behoren in beginsel de arbeider toe; deze spruiten voort uit diens arbeidsvermogen.[76] Hetzelfde kan betoogd worden ten aanzien van het gebruik van andermans zaak of recht. De Duitsers drukken dit zo uit, dat het gebruik van een zaak tot het

70 Vgl. Mijnssen 2006, p. 175.
71 Zie: Schoordijk 1999, p. 166.
72 Biegman-Hartogh, p. 42 e.v; Mijnssen 2006, p. 176-177.
73 Biegman-Hartogh, p. 44 e.v; Mijnssen 2006, p. 176.
74 Spath 2010, p. 127-155 en de aldaar aangehaalde literatuur.
75 Peter Birks bouwt zijn visie vanuit de *'Core Case'* van de onverschuldigde betaling op. Birks 2005, p. 10-11.
76 Vgl. art. 6:210 lid 2 BW. Ook kan 'arbeid' voor vergoeding in aanmerking komen in het geval van zaakwaarneming. Een professionele zaakwaarnemer kan zelfs aanspraak maken op loon (art. 6:200 lid 2).

Zuweisungsgehalt behoort van de eigendom.[77] Essentieel is, dat de gedaagde iets verkrijgt waar de eiser een exclusief recht op heeft, hetzij omdat dit van zijn vermogen afkomstig is, hetzij omdat dit rechtstreeks afkomstig is van zijn arbeid.

2.6.4 De grenzen van de *sine causa*-formule

De *sine causa*-formule heeft een breed toepassingsbereik. De *sine causa*-formule is echter geen toverformule waarmee alle verrijkingsgevallen tot een oplossing kunnen worden gebracht.

Ten eerste kan het domein waarop de eiser een exclusief recht heeft, ruimer of enger worden getrokken.

Ten tweede is de onbepaaldheid van het verrijkingsbeginsel nog niet helemaal afgeschud. Het *sine causa*-principe brengt met zich mee dát een vermogensverschuiving, op straffe van de ongerechtvaardigdheid daarvan, een redelijke grond behoeft, het principe schrijft niet voor wat die gronden precies zijn, hoe ze ontstaan en hoe ze eventueel tenietgaan.[78] Die vragen worden beantwoord door het vermogensrecht.

Ten derde is het *sine causa*-principe, als nadere concretisering van het verrijkingsbeginsel, zelf (nog steeds) een beginsel waarvan soms moet worden afgeweken. Andere beginselen of vermogensrechtelijke overwegingen kunnen in een concreet geval zwaarder wegen dan het verrijkingsbeginsel. Het voorbeeld is al opgevoerd. Betaal ik € 100 aan een minderjarige, dan kan ik die € 100 slechts terugvorderen wanneer hij daadwerkelijk door de betaling is gebaat (artikel 6:209 BW). Dit laatste is slechts het geval, wanneer de betaling nog in het vermogen van de minderjarige aanwezig is, of als de betaling ten goede is gekomen aan het levensonderhoud of het geestelijke/lichamelijke welzijn van de minderjarige die de betaling ontvangen heeft.[79]

Er is nog een structurelere beperking van de *sine causa*-conceptie. De *sine causa*-formule nodigt, als gezegd, uit tot uitbouw. Toch laat het zich niet generaliseren tot een formule die 'werkt' op ieder verrijkingsgeval, in die zin dat iedere verrijking van de een ten koste van de ander zonder rechtvaardigingsgrond een ongerechtvaardigde verrijking zou zijn. Von Caemmerer schrijft over het de vraag wanneer een verrijking ongerechtvaardigd is het volgende:[80]

> 'Mann hatte versucht, eine […] einheitliche Antwort zu geben: die Bereicherung sei gerechtfertigt, wenn der Bereichterte kraft Gesetzes oder Vertrages einen Anspruch auf sie habe, der sich gegen den Entreicherten richter. Der Satz ist richtig. Aber er läßt sich nicht omkehren. Mann kann nicht sagen, daß die Bereicherung überall da ohne rechtlichen Grund oder ungerechtfertigt sei, wo ein gesetzlicher oder vertraglicher Anspruch fehle.'

77 Zie bijvoorbeeld: MüKoBGB/Schwab BGB § 812 Rn. 244-245.
78 Zie: Zweigert & Kötz 1998, p. 541.
79 R. Koolhoven in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:209 BW, aant. 3.1.
80 Von Caemmerer 1968, p. 374.

Een verrijking is gerechtvaardigd wanneer hiervoor een rechtvaardigingsgrond bestaat. Waarom is het dan niet altijd waar, dat een verrijking steeds als een ongerechtvaardigde verrijking moet worden aangemerkt, zodra er hiervoor een rechtvaardigingsgrond ontbreekt?

De reden is dat niet iedere verrijking het gevolg is van een vermogensverschuiving of een daarmee gelijk te stellen gebeurtenis. Von Caemmerer noemt zelf – naast andere voorbeelden – het geval waarin een Kurhaus zich in een klein bergdorp vestigt, waardoor de middenstand opleeft en de huizenprijzen stijgen.[81] Gordley geeft het voorbeeld waarin een ondernemer ten koste van een concurrent zijn marktaandeel weet te vergroten.[82] In beide gevallen treden er verrijkingen op zonder dat deze worden gelegitimeerd door een rechtvaardigingsgrond zoals een rechtshandeling of een daartoe strekkende wettelijke bepaling. Toch is er in geen van beide gevallen sprake van ongerechtvaardigde verrijking. Essentieel is, dat de verrijkten in de hier gegeven voorbeelden niets hebben verkregen dat afkomstig is uit het vermogen van de potentiële verrijkingsschuldeiser. Of, zoals Gordley het uitdrukt, de verrijkte verkrijgt in dit soort gevallen niet iets waar de kandidaat-verrijkingsschuldeiser een exclusief recht op had.[83] Zo ook Weinrib:[84]

> 'Speaking loosely, one may even be tempted to say that the new business realised a gain at the expense of the older one. But no one thinks that this situation falls under the principle of unjust enrichment. The reason is that the old business had no exclusive right to the patronage of its former customer. It therefore cannot claim the restoration of what, from the juridical standpoint, it never had.'

Omdat het marktaandeel dat de succesvolle ondernemer 'wint' nooit aan zijn concurrent heeft toebehoort, behoeft zijn verrijking geen nadere legitimatie. Voor sommige gevallen waarin de gedaagde is verrijkt ten koste van de eiser werkt de negatieve toets van de *sine causa*-formule – een verrijking zonder toereikende rechtvaardigingsgrond is ongerechtvaardigd – dus niet. De winst die een ondernemer maakt ten koste van zijn concurrent, heeft niet eens de schijn van ongerechtvaardigdheid. Hetzelfde geldt voor het voordeel dat omwonenden van een net opgericht Kurhaus genieten.

2.6.5 Verrijkingsbeginsel valt niet samen met de *sine causa*-conceptie

Voor Von Caemmerer illustreert dit het abstracte karakter van het verrijkingsbeginsel. Het is voor hem reden om een – niet uitputtende – typologie te geven van gevallen waarop het (Duitse) verrijkingsrecht van toepassing is en zou moeten zijn. Voor hem is concretisering de sleutel. Hij onderscheidt *Leistungskondiktionen* (vergelijkbaar met onze onverschuldigde betaling), *Eingriffskondiktionen* (dat is een verrijkingsvordering vanwege een rechts-

81 Von Caemmerer 1968 p. 375.
82 Gordley 2006, p. 425.
83 Gordley 2006, p. 425.
84 Weinrib 2008, p. 30-31.

inbreuk), *Verwendungskondiktionen* (gevallen waarin de eiser het goed van een ander verbetert) en *Rückgriff wegen Zahlung fremder Schulden*.[85] De door Von Caemmerer onderscheiden *Kondiktionen* zijn nog altijd goeddeels de grondvormen van het Duitse verrijkingsrecht.[86]

Gordley betoogt dat alle gevallen die Von Caemmerer onderscheidt een gemeenschappelijke grondslag hebben: de gedaagde wordt steeds verrijkt uit hetgeen aan de eiser toekomt. Geïnspireerd door natuurrechtjuristen betoogt hij dat het beginsel beperkt moet blijven tot gevallen waarin de gedaagde iets heeft verkregen waar de gedaagde een exclusief recht op had:[87]

> 'The principle is a sound one provided we understand it to apply to the kinds of cases that the jurists of the natural law era had in mind: those in which resources from which one person has the exclusive right to draw a benefit were used to confer this very benefit on someone else. In such cases, the second party does not merely have a duty to explain why he has become richer. As a general rule, he owes compensation.'

Gordley houdt het verrijkingsbeginsel in toom, door de reikwijdte van het beginsel te beperken tot gevallen waarin er sprake is van een vermogensverschuiving of een daarmee gelijk te stellen gebeurtenis. Voordeel van deze wijze van afbakening is, dat de succesvolle ondernemer die zijn concurrent wegconcurreert niets van het verrijkingsbeginsel te vrezen heeft. Voor de extra winst die hij ten koste van zijn concurrent boekt hoeft hij geen rechtvaardigingsgrond aan te dragen, omdat zijn concurrent nooit en te nimmer een exclusief recht heeft gehad op diens klanten.

Toch valt het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt niet noodzakelijk samen met de *sine causa* conceptie. Het verrijkingsbeginsel is niet noodzakelijk in één formule te vangen. In de eerste druk van Goff & Jones wordt dit mooi verwoord:[88]

> 'It has been said that the principle of unjust enrichment is too vague to be of any practical value. Nevertheless, most rubrics of the law disclose, on examination, an underlying principle which is almost invariably so general as to be incapable of any precise definition. Moreover, in a search for unifying principle at this level we should not expect to find any precise "common formula" but rather an abstract proposition of justice. Pacta sunt servanda is no less vague a principle than unjust enrichment; yet without it the modern law of contract would fall apart. The search for principle should not be confused with the definition of concepts.'

Net zomin als het verrijkingsbeginsel zich laat uitsplitsen in vereisten, laat het zich vangen in één overkoepelend concept. Het principe dat een vermogensverschuiving een rechtvaardigingsgrond behoeft is één – belangrijke –

---

85 Von Caemmerer 1968, p. 376-387.
86 Vgl. MüKoBGB/Schwab BGB § 812 (zie inhoudsopgave); BeckOK BGB/Wendehorst BGB § 812 (zie inhoudsopgave).
87 Gordley 2006, p. 426.
88 Goff & Jones 1966, p. 12.

conceptie, maar er kunnen meerdere uitwerkingen van het verrijkingsbeginsel zijn. Als het verrijkingsbeginsel wordt vereenzelvigd met de *sine causa*-conceptie, dan is het mogelijk dat andere toepassingen van het verrijkingsbeginsel *a priori* aan het blikveld worden onttrokken.[89] Vereenzelviging met de *sine causa*-conceptie zou de ogen op voorhand sluiten voor regels en leerstukken die op een andere manier in verband kunnen worden gebracht met het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt.[90] En daarmee is het mogelijk dat een deel van het potentiële werkterrein van de algemene verrijkings*actie* aan de aandacht ontsnapt.

Om de eigenaar van het Kurhaus en de succesvolle ondernemer te beschermen tegen een ongebreidelde toepassing van het verrijkingsbeginsel volstaat het inzicht dat de *sine causa*-formule buiten beeld is omdat er in die gevallen géén sprake is van een vermogensveschuiving. Wint de ondernemer marktaandeel ten koste van zijn concurrent, doen hoeft hij daarvoor geen rechtvaardigingsgrond aan te dragen. De klanten behoren een onderneming níet in vermogensrechtelijke zin toe. De *sine causa-formule* gaat niet op omdat er geen vermogensverschuiving is die gelegitimeerd behoeft te worden.

De ondernemer kan echter wél om een andere reden ongerechtvaardigd zijn verrijkt ten koste van zijn concurrent. Dit kan het geval zijn (zoals we zullen zien) als hij heeft geprofiteerd van zijn onrechtmatige of onereuze gedrag of als de verrijking – in de omstandigheden van het geval – buiten de normale gang van zaken ligt.[91] Het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond voor een vermogensverschuiving is niet de enige manier waarop een verrijking ongerechtvaardigd kan zijn. Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt valt niet noodzakelijk samen met één rond principe.

2.7 Intermezzo: meerdere concepties van het verrijkingsbeginsel

2.7.1 De opvatting van Wonnell

Wonnell neemt een uiterste positie in. Wonnell ziet niets in één essentie van het verrijkingsbeginsel en zet uiteen dat de (Amerikaanse) *case law* niet onder één overkoepelend verrijkingsbeginsel te brengen is.[92] Sterker nog, hij ziet in het geheel niets in het verrijkingsbeginsel. Wordt er te veel gelet op het behaalde voordeel als grond voor aansprakelijkheid, dan dreigt er,

89 Vgl. ten aanzien van de '*property based approach on Unjust Enrichment*': Dagan 2004, p. 20.

90 Het sluiten van de ogen kan overigens op twee manieren. In de eerste plaats is het mogelijk om bepaalde regels níet als een toepassing van het verrijkingsbeginsel te zien. In de tweede plaats is het ook mogelijk dat het *sine causa*-principe wordt opgerekt naar gevallen waarin de logica ervan niet meer werkt.

91 Zie par. 6.4.3.1 en par. 10.6.1.-10.6.3.

92 Wonnell 1996, p. 190.

aldus Wonnell, te veel ressentiment (hij spreekt zelf van 'envy' en 'spite') het recht binnen te druppelen. Voordeel is, zo redeneert hij, in de basis iets goeds. Daarom stelt hij voor het verrijkingsbeginsel geheel en al te vervangen door vier principes, die meer toegespitst zijn op de geleden schade, dan het behaalde voordeel van de gedaagde en die bovendien meer zeggingskracht hebben dan het abstracte verrijkingsbeginsel.[93]

In een grove schets gaat het om de volgende principes. Het eerste principe schrijft voor, dat iemand niet mag profiteren van gedrag dat – gezien de schadelijke gevolgen – evident onrechtmatig is, maar waarbij het slachtoffer zijn schade praktisch gezien niet kan verhalen op de dader.[94] Hij geeft het voorbeeld van de moordenaar die een roman over zijn misdaad schrijft en dat van een kleinzoon die zijn grootvader heeft vermoord om te voorkomen dat hij het testament – in het nadeel van de kleinzoon – wijzigt. In beide gevallen moet de misdadiger zijn voordeel ontnomen worden. Het tweede beginsel komt er op neer, dat als iemand een inbreuk op zijn eigendom moet dulden, dit niet altijd geldt voor het recht op de waarde van de eigendom – en dat degene die door rechtmatig handelen schade toebrengt aan andermans eigendommen, gehouden is de schade van die ander te vergoeden.[95] Hier brengt hij onder andere het geval onder waarin iemand met eigen middelen een bouwwerk op andermans grond bouwt en het geval waarin iemand andermans zaak opoffert om eigen lijf en goed te redden. Weliswaar verliest de rechthebbende zijn eigendomsrecht, maar dit neemt niet weg dat hij soms recht heeft op waardevergoeding. Het derde beginsel schrijft voor dat degene die willens en wetens en zonder in onderhandeling te treden andermans recht gebruikt, gehouden is – al naar gelang wat het hoogste is – zijn voordeel af te dragen of de schade van de rechthebbende te vergoeden.[96] Het vierde beginsel, ziet vooral op gevallen die wij zouden oplossen met de figuur van de zaakwaarneming.[97]

---

93 Idem.

94 Hij formuleert het zo: 'A Person Whose Action Was So Harmful as To Be Unquestionably Wrong Despite the Benefits it Also Produced, but Who Cannot Practically Be Held Accountable to the Victim for Those Harms, Should Not Be Permitted to Benefit from Her Wrong.' Zie: Wonnell 1996, p. 191-196.

95 Hij formuleert het als volgt: 'Unless Property Rights Are Transferred Voluntarily, Divestment of Physical Rights in Property Does Not Divest Rights To the Value of That Property, But Parties Remain Accountable When Their Use of Their Property Imposes Harm on Others.' Zie: Wonnell 1996, p. 196-204.

96 Hij formuleert het als volgt: 'A Defendant Who Knowingly Makes Use of the Clearly Delineated Property of Another, and Who in Doing So Bypasses a Reasonable Opportunity to Procure Such Property on Consensual and Conscionable Terms, Should Be Liable To the Property Owner for the Larger of Benefit Received and Cost Imposed.' Zie: Wonnell 1996, p. 204-211.

97 Het gaat om: 'A Defendant Who Receives Consideration for Which She Would Have Contracted but for Prohibitive Transaction Costs Should Fulfill the Conscionable Obligations She Would Have Accepted.' Zie: Wonnell 1996, p. 211-219.

Volgens Wonnell zijn deze principes niet terug te voeren op het verrijkingsbeginsel. Dit deel ik niet. Barker heeft – schrijvend over de vraag of *Unjust Enrichment* in de (Engelse) *common law* een coherent rechtsgebied is – de gedachte ontwikkeld, dat er niet één welomlijnde essentie is van het verrijkingsbeginsel, maar dat er tussen verschillende toepassingen van het verrijkingsbeginsel Wittgensteiniaanse familiegelijkenissen bestaan. Hij schrijft:[98]

> 'Applying this intuition in the current context, we may meaningfully refer to a category of private law based on unjust gain, even though it prescribes a broad spectrum of different types of behaviour ranging from misrepresentations and undue influence, on the one hand, to the infringement of intellectual property rights and breaches of fiduciary duty, on the other. Unjust enrichment law, like tort law, is a mixed bag without being an incoherent bag.'

Dit is volgens mij ook toepasbaar op de principes van Wonnell. Degene die een roman schrijft over zijn wandaad (moord) kan alleen gedwongen worden om het voordeel af te dragen, omdat het bloed van het slachtoffer aan het voordeel kleeft. De grondeigenaar die eigenaar wordt van een huis dat per ongeluk op zijn grond is gebouwd, is – als hij inderdaad met succes kan worden aangesproken – niet aansprakelijk omdat hij schuld heeft, maar omdat hij ongerechtvaardigd is verrijkt door iets wat afkomstig is uit andermans vermogen. Hetzelfde geldt voor degene die ongevraagd gebruik maakt van andermans recht en – in de regel – ook voor degene die belanghebbende is in een geval van zaakwaarneming. Het verrijkingsbeginsel laat zich niet weginterpreteren. Integendeel het verrijkingsbeginsel loopt als een rode draad door de door Wonnell verdedigde principes heen.

2.7.2 Eigen opvatting

Interessant aan de visie van Wonnell is dat hij het verrijkingsbeginsel uitsplitst in verschillende, meer concrete deelprincipes. Enerzijds wordt op deze wijze ontsnapt aan het abstracte karakter van het verrijkingsbeginsel. Anderzijds wordt het beginsel (als we het niet zoals Wonnell weginterpreteren) niet te zeer *a priori* beknot. De werking van het beginsel wordt althans niet tot één type casus – die van de ongegronde vermogensverschuiving – beperkt.

Hieronder zal uiteen worden gezet dat in het systeem van het Nederlandse vermogensrecht – als aangekondigd – verschillende concepties zijn te ontwaren van het beginsel, dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt. De dadelijk te bespreken deelprincipes vervangen het verrijkingsbeginsel niet, maar zijn steeds te beschouwen als uitwerkingen ervan. De band tussen de principes is bovendien structureler dan

98 Barker 2004, p. 94-95.

die van onderlinge Wittgensteiniaanse familiegelijkenissen.[99] Elk van de te onderscheiden concepties is gebaseerd op het absorberende karakter van het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt. We hebben reeds gezien dat in de *sine causa*-conceptie van het verrijkingsbeginsel het vermogensrechtelijke uitgangspunt weerspiegeld wordt, dat het vermogen iets is dat aan de rechthebbende toebehoort. Het verrijkingsbeginsel absorbeert het vermogensrechtelijke toebehoren en leidt aldus tot het principe dat een vermogensverschuiving een rechtvaardigingsgrond behoeft. Uiteengezet zal worden, dat er naast de *sine causa*-conceptie drie andere concepties van het verrijkingsbeginsel kunnen worden onderscheiden, die op andere vermogensrechtelijke uitgangspunten berusten. Elk van de drie andere concepties zullen worden besproken.

Het zijn de volgende:

Wordt het verrijkingsbeginsel in verband gebracht met de idee dat eenieder zich moet gedragen overeenkomstig respectievelijk de wet, de maatschappelijke betamelijkheid en de redelijkheid en billijkheid, dan leidt dit tot het principe *dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag en dat dit zo nodig voorkomen moet worden* (2.8).

De gedachte dat eenieder zijn eigen schade moet dragen, leidt vanuit een verrijkingsrechtelijk oogpunt tot het principe *dat iemand zijn 'eigen' schade of 'eigen' kosten niet zomaar op een ander mag afwentelen* (2.9).

En wordt het verrijkingsbeginsel in verband gebracht met de redelijkheid en billijkheid, dan leidt dit tot de gedachte *dat een verrijking van de een ten koste van de ander die op een ongebruikelijke manier is ontstaan, met een kritisch oog moet worden bezien* (2.10).

Steeds wordt per conceptie bezien wat de conceptie inhoudt en hoe het principe tot uitdrukking komt en kán komen in het systeem van het vermogensrecht. Per verrijkingsrechtelijke principe zal duidelijk worden gemaakt, dat het *beginselen* zijn die door andere beginselen en vermogensrechtelijke overwegingen kunnen worden doorkruist. Bovendien spreken de principes geen onwrikbare waarheden: elk van de principes draagt iets onbepaalds in zich. Bij de analyse in de komende paragrafen draait het dus zowel om de essentie (wat houden de principes in) als om de existentie (hoe komt het principe tot uitdrukking in het vermogensrecht en hoe kan het principe een rol spelen in het vermogensrecht). We zullen overigens zien dat op één casus soms twee van de vier verrijkingsrechtelijke principes een rol kunnen spelen.

Tot slot nog dit. In dit hoofdstuk kunnen niet alle regels en leerstukken worden omschreven die met het verrijkingsbeginsel in verband kunnen worden gebracht. Het gaat erom een impressie te geven van de aard van het verrijkingsbeginsel en de wijze waarop het beginsel in het vermogensrecht tot uitdrukking komt. Daarbij gaat het er – zoals aan het begin van het

99 Het woord principe gebruik ik als ik de nadruk leg op één van de vier concepties van het verrijkingsbeginsel.

hoofdstuk opgemerkt – níet om het vermogensrecht in verrijkingsrechtelijke zin te herschrijven. Beoogd is om enerzijds de werking van het beginsel in kaart te brengen, zodat in het volgende hoofdstuk kan worden onderzocht welke plaats de algemene verrijkingsactie heeft. Anderzijds kunnen de onderscheiden concepties hun licht vooruitwerpen op de toepassing van de algemene verrijkingsactie.

2.8 Profiteren van onereus gedrag

Het privaatrecht kent, zoals veel rechtsgebieden, een veelheid aan gedragsnormen. Soms zijn ze algemeen. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden (artikel 6:162 lid 1 BW). Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 lid 1 BW). Soms zijn ze specifiek. De zaakwaarnemer doet, zodra dit redelijkerwijze mogelijk is, aan de belanghebbende verantwoording van hetgeen hij heeft verricht (artikel 6:198 lid 2 BW). Verder kunnen civielrechtelijk relevante gedragsnormen voortvloeien uit contractuele bedingen en wettelijke bepalingen die niet primair civielrechtelijke van aard zijn. Zo kan het schenden van de wet leiden tot een onrechtmatige daad of tot de (ver)nietig(baar)heid van een rechtshandeling (artikel 6:162 lid 2 en 3:40 lid 1 en 2 BW).

Worden de privaatrechtelijk relevante gedragsnormen in verbinding gebracht met het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, dan tekent zich het principe af dat niemand mag profiteren van zijn eigen onrechtmatige gedrag.[100] Ontleent iemand een voordeel aan zijn onereuze gedrag, dan kan dit reden zijn dit voordeel met een kritisch oog te bezien. In het Engelse recht komt dit tot uitdrukking in de figuur van de *restitution for wrongs*.[101] Om de gedachten te bepalen is het goed kort bij dit Engelse leerstuk stil te staan, al is het maar omdat aldaar getwijfeld wordt of het wel een verrijkingsrechtelijke figuur is.

2.8.1 *Restitution for wrongs*

In de *common law*-jurisdicties valt *The Law of Restitution* traditioneel uiteen in *autonomous unjust enrichment* en *restitution for wrongs*.[102] Bij het eerste is de ongerechtvaardigde verrijking zelf de gebeurtenis die een recht op restitutie doet ontstaan. Daarbij gaat het om gevallen waarin er tussen de eiser en de gedaagde een '*transfer of value*' heeft plaatsgevonden die, als de omstandigheden ernaar zijn, aanleiding geeft tot ongedaanmaking.[103] Er moet een

100 Zie over dit principe, Van Boom 2002, p. 83 en de aldaar vermelde literatuur.
101 Burrows 2011, p. 621.
102 Burrows 2011, p. 9-12.
103 Goff & Jones 2011, nr. 1-08; Burrows 2011, p. 66.

unjust factor zijn.[104] Bij een *mistaken payment* vindt er bijvoorbeeld – door de betaling – een *transfer of value* plaats die – bijvoorbeeld door de *unjust factor 'mistake'* – in beginsel ongerechtvaardigd (*unjust*) is.

Bij *restitution for wrongs* is de *wrong* het rechtsfeit dat een recht op restitutie doet ontstaan, het is ook de *wrong* – in plaats van een *transfer of value* – die de verrijkte en de gedaagde aan elkaar verbindt.[105] Een voorbeeld: een sergeant neemt steekpenningen aan voor zijn medewerking aan dranksmokkel.[106] De bron waar de restitutie-verplichting uit voort vloeit is de *wrong* en de eiser en de gedaagde worden niet aan elkaar verbonden door een *transfer of value* maar door de *wrong*. Beide deelgebieden worden strikt gescheiden behandeld. Wanneer Birks in *An Introduction to the Law of Restitution* de *autonomous enrichment* behandeld heeft, leidt hij het hoofdstuk over de *restitution for wrongs* als volgt in:[107]

> 'Hitherto we have been concerned with plaintiffs whose *prima facie* claim to restitution is that they have lost what the defendant has gained. That is to say, they put themselves within the subtraction sense of "at the expense of" and then, having shown that the defendant has been enriched at their expense in that sense, they go to identify a factor which calls for restitution and thus shows that the enrichment is "unjust". We have seen that such plaintiffs never need to rely on the wrong as the factor calling for restitution. They point instead to vitiated voluntariness, qualified voluntariness, free acceptance, or an identifiable policy favouring restitution in the given circumstances. By contrast in this chapter the plaintiffs puts himself within the other sense of "at the expense of". His *prima facie* title to restitution rests on the statement that the defendant has enriched himself by committing a wrong against him.'

Bij sommige (niet alle) *wrongs* kan de eiser, in plaats van schadevergoeding, restitutie vorderen. Bij *tresspass to land*, bijvoorbeeld, kan een gebruiksvergoeding worden toegewezen: bezien wordt daarbij wat partijen overeengekomen zouden zijn wanneer er zou zijn gecontracteerd.[108] Soms is winstafdracht (*account for profit*) mogelijk. Dit is bijvoorbeeld het geval bij *torts* die intellectuele eigendomsrechten beschermen,[109] evenals bij het schenden van *fiduciary duties.* Daarbij kan gedacht worden aan het geval waarin de gedaagde informatie van de eiser gebruikt voor het ontwerp van zijn eigen product.[110] In bijzondere gevallen kan ook een *breach of contract* een verplichting tot winstafdracht in het leven roepen. Een spectaculaire zaak is *Attorney General v. Blake*, waarin het de staat was toegestaan de winst te confisqueren

104 Goff & Jones/Mitchell, Mitchell & Watterson 2016, nr. 1-21; Burrows 2011, p. 86.
105 Zie: Birks 1985, p. 313; Burrows 2011, p. 9-10 en p. 621.
106 House of Lords, 1 maart 1951, [1951] A.C. 507.
107 Birks 1985, p. 313.
108 Chancery Division, 31 maart 1896, Whitwham v Westminster Brymbo Coal & Coke Co, [1896] 1 Ch. 894; Chancery Division, 11 december 1974, Bracewell v Appleby, [1975] Ch. 408. Daarover Burrows 2011, p. 648 e.v.
109 Burrows 2011, p. 645-647 en de aldaar vermelde rechtspraak.
110 Chancery Division, 16 november 1962, Peter Pan Manufacturing Corp v Corsets Silhouette Ltd, [1964] 1 W.L.R. 96. Daarover Burrows 2011, p. 690.

van een geheim agent die – in strijd met diens plicht tot geheimhouding – een boek publiceerde over zijn werk als spion.[111]

Na een artikel van Birks, met de veelzeggende titel *Misnome*r, gaan er stemmen op om *The Law of Restitution* om te dopen tot de *Law of Unjust Enrichment* waarbij *resitution for wrongs* buiten het verrijkingsrecht wordt geplaatst. Een reden is dat het eleganter is om een rechtsgebied te noemen naar de aansprakelijkheidsoorzaak (*unjust enrichment*) dan naar het rechtsgevolg (*restitution*).[112] *Restitution for wrongs* valt daar dan buiten omdat, als gezegd, daar de *wrong causative event* is niet *unjust enrichment*. Een belangrijkere reden om *restitution for wrongs* niet tot het verrijkingsrecht te rekenen is dat de vragen die bij deze rechtsfiguur rijzen anders zijn.[113] Het gaat bij *restitution for wrongs*, bijvoorbeeld, niet om de vraag of er een *unjust factor* aanwezig is die de verrijking van de gedaagde ongerechtvaardigd doet zijn, maar om de vraag welke *wrongs* aanleiding (kunnen) geven tot een recht op restitutie.[114] Op dit punt is veel verschil van inzicht.

In 2011 is het belangrijkste verrijkingsrechtelijke handboek omgegaan: *The Law of Restitution* is *The Law of Unjust Enrichment* geworden.[115] *Restitution for wrongs* wordt er niet meer in behandeld. Redengevend is dat *Unjust Enrichment* als zelfstandige bron van rechten en verbintenissen een eigen plaats verdient:[116]

> 'In this edition […] we have decided to excise all discussions of restitution for wrongdoing, and to focus our attention exclusively on the subject with which this work has always been centrally concerned, namely the law of unjust enrichment and the remedies it generates. This narrowing of focus is signalled by a change of title to *The Law of Unjust Enrichment.* It reflects the fact that the highest courts have now conclusively recognized that unjust enrichment is a distinct source of rights and obligations in English private law that ranks alongside contract and civil wrongs in importance and accordingly calls for discrete stand-alone treatment.'

Is deze Engelse ontwikkeling een reden om het verbod op het profiteren van eigen onrechtmatig handelen niet als een specifieke uitwerking van het verrijkingsbeginsel te zien? Dit is niet het geval. Het Engelse debat van de omvang van het verrijkingsrecht is vooral leerstellig van aard: moet *restitution for wrongdoing* wel of niet tezamen met *restitution for unjust enrichment* worden behandeld en onderwezen?

Tettenborn schrijft in een reactie op Birks:[117]

---

111 House of Lords, 27 juli 2000, Attorney General v Blake, 2000 WL 989475. Daarover Burrows 2011, p. 668-671.

112 Birks 1998, p. 4-6.

113 Birks 1998, p. 8-9.

114 Goff & Jones/Mitchell, Mitchell & Watterson 2016, nr. 1-04.

115 Opgemerkt moet wél worden, dat de koerswijziging samenviel met het moment waarop een ander team van auteurs de bewerking overnam.

116 Charles Mitchell, Paul Mitchell and Stephen Watterson, *Goff & Jones The law of unjust enrichment*, London: Sweet & Maxwell 2011, nr. 1-05, p. 5.

117 Tettenborn 1998, p. 34.

> 'Restitution […] is tied to Enrichment (since absent enrichment there is nothing to restore): but it must also be tied to the issue of whether that enrichment ought to be reversed (since if the answer is no there can be no obligation to restore it). If so, it is hard to see how any rational system of law can look at the question of restitution for wrongs other than through unjust enrichment spectacles – by asking, in other words, whether the fact that the defendant has enriched himself through a wrong means that he is unjustly enriched *vis-à-vis* the plaintiff.'

Dit is de kern. Als een *wrong* aanleiding geeft tot restitutie, dan is het de *wrong* die de verrijking ongerechtvaardigd doet zijn. De wrong is het verbintenisscheppende rechtsfeit. Bij *unjust enrichment* is de verrijking het verbintenisscheppende rechtsfeit.[118] Dit is een goede reden om beide figuren separaat te behandelen.[119] Dit laat echter buiten kijf dat de gedachte dat iemand niet mag profiteren van zijn onrechtmatige gedrag een verrijkingsrechtelijke conceptie is.[120] Ook in het Nederlandse recht is het principe dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag een gedachte die met name buiten het verrijkingsrecht tot uitdrukking komt, al zullen we verderop in het boek zien dat de conceptie ook een rol kan spelen bij artikel 6:212 lid 1 BW omdat het profiteren van onzuiver gedrag tot een ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser kan leiden.

2.8.2 Gedrag als gezichtspunt bij de beoordeling van de verrijking

Zoals de *sine causa*-conceptie de weerspiegeling is van het idee dat het vermogens iets is dat aan de rechthebbende toebehoort, zo is het idee dat niemand mag profiteren van zijn onereuze gedrag verweven met de privaatrechtelijke gedragsnormen.[121] Bij onereus gedrag gaat het om privaatrechtelijk onereus gedrag. Daarbij gaat het niet alleen om onrechtmatig gedrag in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW, maar om een ruimere onrechtmatigheidsconceptie waar – bijvoorbeeld – wanprestatie of bloot onzuiver handelen óók onder valt.

In sommige bepalingen komt dit beginsel expliciet tot uitdrukking. Op grond van artikel 6:104 BW kan, bijvoorbeeld, bij onrechtmatige daad en wanprestatie de schade van de benadeelde worden begroot op de behaalde winst van de *laedens*.[122] Opgemerkt moet worden, dat de bepaling geen algemene aanspraak geeft op winstafdracht bij wanprestatie en onrechtmatige daad. Het is slechts een begrotingsmaatstaf. Vereist is dat de benadeelde in ieder geval enige schade heeft geleden. Verder mag de verplichting tot winstafdracht de daadwerkelijk geleden schade niet aanmerkelijk te boven

---

118 Burrows 2011, p. 9.
119 Burrows 2011, p. 9.
120 Burrows 2011, p. 9.
121 Burrows schrijft over de Engelse figuur van de Restitution for Wrongs: 'Restitution for a wrong directly reflects the idea that 'no person shall profit from his or her wrong'. Zie Burrows 2011, p. 621.
122 Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 1269. Kritisch over deze grondslag: Linssen 2001, p. 295-300.

gaan.[123] De gedachte dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag, komt in die zin in de regeling tot uitdrukking, dat de *laedens* er niet van profiteert wanneer de gelaedeerde moeite heeft zijn schade precies te begroten terwijl de *laedens* harde munt uit zijn onereuze gedrag geslagen heeft.

Bekende toepassingen van dit beginsel zijn verder bepaalde onwaardigheden uit het erfrecht ex artikel 4:3 BW. Degene die onherroepelijk is veroordeeld voor het ombrengen van de erfgenaam, is onwaardig voordeel uit de nalatenschap te trekken (artikel 4:3 lid 1 sub a BW), hetzelfde geldt voor degene die de overledene heeft gedwongen of belet een uiterste wilsbeschikking te maken (artikel 4:3 lid 1 sub d).

Het principe dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag, speelt verder een rol in het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht. Ik geef drie voorbeelden.

(i) Gewezen kan worden op een aantal wilsgebreken. Sluit de eiser een voor hem nadelige onevenwichtige rechtshandeling onder invloed van onrechtmatige bedreiging (artikel 3:44 lid 2 BW), bedrog (artikel 3:44 lid 3 BW) of misbruik van omstandigheden van de gedaagde (artikel 3:44 lid 4 BW), dan kan de eiser de rechtshandeling vernietigen (artikel 3:44 lid 1 BW). Hetzelfde kan gezegd worden van sommige gevallen van dwaling (artikel 6:228 lid 1 sub a en b BW). In die vernietigingsmogelijkheden komt het principe aan het licht dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag.[124]

Op dit punt zijn er mogelijk twee tegenwerpingen. Een eerste tegenwerping kan zijn, dat de genoemde vernietigingsgronden niet zozeer een uitwerking lijken te zijn van het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt; de vernietigingsgrond lijken veeleer in de sleutel te staan van de wils-vertrouwensleer. Bedrog, bedreiging, misbruik van omstandigheden en dwaling geven een bevoegdheid tot vernietiging omdat er sprake is van een wil die gebrekkig is gevormd: er is sprake van een *wilsgebrek*. Bedacht moet echter worden, dat de omstandigheid dat de wil die ten grondslag ligt aan een rechtshandeling op een gebrekkige wijze is gevormd, niet automatisch recht geeft op vernietiging. Die vernietigingsmogelijkheid bestaat slechts voor zover de wet erin voorziet. Een deel van de verklaring waarom bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden en sommige gevallen van dwaling recht geeft op vernietiging is gelegen in het principe dat iemand niet ten koste van een ander mag profiteren van zijn onereuze gedrag. Het verrijkingsbeginsel is één van de principes die aan de genoemde vernietigingsgronden ten grondslag liggen.

123 Asser/Sieburgh 6-II 2017/105; HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1202, *NJ* 1995/421, m.nt. C.J.H. Brunner (Waeyen-Scheers/Naus), r.o. 3.4; HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, *NJ* 2015/33, m.nt. T. Hartlief (Setel N.V./AVR Holding N.V.), r.o. 3.3.2; HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *NJ* 2015/32, m.nt. T. Hartlief (Doerga/Ymere), r.o. 3.6.

124 In algemene zin worden de wilsgebreken wel in verband gebracht met het verrijkingsbeginsel. Zie: Scheltema 1993, p. 156; Van Loo 2003, p. 27-28.

Een tweede tegenwerping kan zijn dat het hier veeleer gaat om de toepassing van de *sine causa*-formule.[125] Dit is niet het geval. Het *sine causa*-principe eist dat een vermogensverschuiving tussen de eiser en de gedaagde – op straffe van ongerechtvaardigdheid – berust op een toereikende rechtvaardigingsgrond. Voordat de rechtshandeling vernietigd is, kan een overeenkomst die tot stand is gekomen door – bijvoorbeeld – bedrog in verrijkingsrechtelijke zin als rechtvaardigingsgrond functioneren. De wilsgebreken laten zichzelf niet noodzakelijk uit de *sine causa*-formule afleiden: het principe eist dat een vermogensverschuiving op een rechtvaardigingsgrond berust, het principe bepaalt niet wat een toereikende rechtvaardigingsgrond is.[126]

Bedacht moet bovendien worden, dat reeds het sluiten van de rechtshandeling een verrijking aan de kant van de gedaagde doet ontstaan en een verarming aan de kant van de eiser. Verkoop ik een koffiekopje (in strijd met de waarheid) als kostbaar antiek voor € 200 dan heb ik – uit hoofde van die overeenkomst – reeds een vordering op mijn wederpartij. Die vordering is reeds een vermogensbestanddeel (en de daarmee corresponderende schuld is voor mijn wederpartij een vermogensvermindering.) Mijn wederpartij kan die verrijking (en de daarmee corresponderende verarming) mogelijk ongedaan maken, door de overeenkomst te vernietigen op grond van bedrog of dwaling. De wilsgebreken maken het mogelijk die verrijking – de ontstane vordering – ongedaan te maken. Hierin laat zich het principe herkennen dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag.[127]

---

125 In deze richting gaat Scheltema. Zie: Scheltema 1993, p. 156. 'Het opnemen van een oorzaakseis voor de overeenkomst in een artikel in het huidige burgerlijk wetboek is […]', zo betoogt hij, 'niet nodig. Er zijn in het huidige Burgerlijk Wetboek voldoende artikelen opgenomen die het doel hebben ongegronde vermogensverschuivingen door middel van overeenkomsten te voorkomen. Te denken valt aan de bepalingen over wilsgebreken – de artikelen 3:44 en 6:228 – en de redelijkheid en billijkheid – onder andere te vinden in de artikelen 6:2, 6:248 en 6:258 BW.'

126 Zweigert en Kötz schrijven: 'What is worth noticing, however, is that the provisions regarding the restitution of an "unjustified" enrichment pay no attention to the reasons for the original or subsequent invalidity of the obligation. For example, it is immaterial whether the underlying obligation is illegal or immoral […], void for "initial impossibility […] or subject to rescission ab initio for error, duress, or deceit […]; these questions all concern the validity of the contract and are therefore dealt with in the relevant section of the Code. The law of unjustified enrichment only moves in when the invalidity of the underlying transaction has been determined by reference to other provisions.' Zie: Zweigert & Kötz 1998, p. 541.

127 In het Engelse recht wordt de bevoegdheid van de benadeelde om een overeenkomst te vernietigen door sommigen als een verrijkingsrechtelijke remedie gezien, omdat de contractuele aanspraak met de vernietiging met terugwerkende kracht komt te vervallen zodat de verrijking daarmee ongedaan worden gemaakt. Zie: Goff & Jones/Mitchell, Mitchell & Watterson 2016, nr.40-16-40-17; Birks 1985, p. 162-163. Naar Nederlands recht vallen de wilsgebreken buiten het verrijkingsrecht, wél meen ik dat het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt in de regeling van de wilsgebreken tot zijn recht kan komen.

Is er al betaald, dan is er een zeker samenspel tussen het principe dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag en het principe dat een vermogensverschuiving een rechtvaardigingsgrond behoeft. In dat geval wordt de gewraakte rechtshandeling eerst vernietigd op basis van een wilsgebrek (waarin wordt weerspiegeld dat niemand mag profiteren van zijn onereuze gedrag), vervolgens moet een eventuele betaling die op grond van een vernietigde rechtshandeling is gedaan, ongedaan worden gemaakt op grond van onverschuldigde betaling ex artikel 6:203 BW (waarin wordt weerspiegeld dat een vermogensverschuiving een rechtvaardigingsgrond behoeft).[128]

(ii) In de tweede plaats kan gewezen worden op bepaalde toepassingen van de *actio Pauliana*.[129] Een voorbeeld kan dit verduidelijken. De eiser heeft een vordering van € 10.000 op zijn schuldenaar. De laatstgenoemde heeft een vermogen van € 12.000 met als belangrijkste bestanddeel een auto van € 8.000. Verkoopt de schuldenaar van de eiser diens auto voor € 1.000 aan de gedaagde, dan is de eiser in zijn verhaalsmogelijkheden benadeeld in de zin van artikel 3:45 lid 1 en 2 BW. Had zowel de gedaagde als de schuldenaar wetenschap van de benadeling – wísten ze van de benadeling of behoorden zij ervan te weten – dan kan de (schuld)eiser de rechtshandeling tussen de gedaagde en de schuldenaar vernietigen. Voorkomen wordt aldus, dat de gedaagde een belangrijk verhaalsobject uit de boedel van de schuldenaar van de eiser onttrekt en aldus verrijkt wordt.[130]

(iii) In de derde plaats kan worden gewezen op de preventieve werking die uitgaat van de bepalingen die *Selbsteintritt* en het dienen van twee heren aan banden leggen.[131] Van Vught schrijft daarover:[132]

> 'De wetgever heeft Selbsteintritt en het dienen van twee heren geïdentificeerd als gevallen waarin een belangenconflict zich kan voordoen. Dit valt te begrijpen. Uit het feit dat een agent met zichzelf wil handelen, volgt al dat dit voor hemzelf gunstig zal uitpakken. De belangen van de principaal lijden onder de Selbsteintritt.'

128 Vgl. Van Loo 2003, p. 28.

129 In iets andere zin Van Koppen. Hij betoogt, kort gezegd, dat de *actio Pauliana* een dubbele grondslag heeft. Voor zover de bevoordeelde te goeder trouw is en om niet verkregen heeft, is de *actio Pauliana* te beschouwen als een specifieke verrijkingsactie. In andere gevallen moet de actie 'grotendeels' gezien worden als 'een bijzondere vorm van de onrechtmatige daadvordering'. Zie Van Koppen 1998, p. 9-13. Dit betoog onderschrijf ik. Slechts een klein deel van de Pauliana-toepassingen is te kenschetsen als een toepassing van de verrijkings*actie.* In mijn optiek neemt dit niet weg, dat in de figuur van de actio Pauliana – voor zover deze samenloopt met de onrechtmatige daad – het verrijkingsrechtelijke principe herkent kan worden, dat niemand mag profiteren van zijn onereuze gedrag. Of in onrechtmatige daadtermen gezegd: de zorgvuldigheidsnorm die met de pauliana samenloopt heeft een verrijkingsrechtelijke strekking.

130 Overigens moet worden opgemerkt, dat het onrechtmatige karakter in bepaalde gevallen is gebaseerd op een rechtsvermoeden. Is bijvoorbeeld, zoals hier, de rechtshandeling onevenwichtig, dan wordt rechtens vermoed dat de wetenschap bij beide partijen aanwezig is geweest indien de rechtshandeling 'is verricht binnen één jaar voor het inroepen van de vernietigingsgrond en de schuldenaar zich niet reeds voor de aanvang van die termijn tot die rechtshandeling had verplicht' (art. 3:46 lid 1 sub a BW).

131 Vgl. Birks 1985, p. 332-333.

132 Vught 2015, p. 864.

Het verrijkingsverbod laat zich in dit citaat herkennen. Het recht voorkomt dat de kat op het spek gebonden wordt en er belangenverstrengeling plaatsvindt. Deze gedachte komt op verschillende plaatsten tot uitdrukking.

Artikel 3:68 BW maakt het, bijvoorbeeld, onmogelijk dat een vertegenwoordiger rechtsgeldig als wederpartij van de vertegenwoordigde optreedt tenzij de te verrichten rechtshandeling nauwkeurig vaststaat. De lasthebber kan alleen als wederpartij van de lastgever optreden, wanneer de rechtshandeling zodanig nauwkeurig omschreven is dat een belangenverstrengeling uitgesloten is (ex artikel 7:416 lid 1 BW) of als de lastgever expliciet toestemming heeft gegeven om op te treden als wederpartij.[133] Een vergelijkbare regeling geldt ex artikel 7:417 BW voor het dienen van twee heren.

Is er sprake van een belangentegenstellig tussen de ouder of de voogd en het kind over – o.a. – vermogensrechtelijke aangelegenheden, dan kan de kantonrechter op verzoek van een belanghebbende een bijzondere curator aanwijzen (zie artikel 1:250 BW).[134]De ouder of de voogd kan alleen van het minderjarige kind kopen, huren of pachten met toestemming van de kantonrechter (artikel 1:346 BW). Is die toestemming er niet, dan is de rechtshandeling – in beginsel – vernietigbaar (artikel 1:347 BW).[135]

Het recht voorkomt in al deze situaties van meet af aan dat de vertegenwoordiger profiteert van zijn vertrouwenspositie. Hoogstens komt er een rechtshandeling tussen de vertegenwoordiger en de principaal tot stand die aantastbaar is.

2.8.3 Beperkte zelfstandige betekenis

Verschillende bepalingen laten zich in verband brengen met de gedachte dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag. Het beginsel is in de genoemde voorbeelden 'kant en klaar' in de regel aanwezig. Naast de bepalingen waarin het principe expliciet tot uitdrukking komt, heeft het beginsel dat iemand niet mag profiteren van zijn of haar onereuze gedrag, over het algemeen slechts een beperkte zelfstandige betekenis.

In de eerste plaats zal dit principe vaak onder de oppervlakte blijven en slechts *de facto* tot zijn recht komen in de reguliere privaatrechtelijke sancties. Cohen die gevoelige bedrijfsinformatie (offertes, prijsopgaven, etc.) van Lindenbaum stal, heeft zijn mogelijke voordeel als sneeuw voor de zon zien verdwijnen door zijn aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad.[136] In dit soort gevallen laat het beginsel niet expliciet van zich spreken.

In de tweede plaats is het principe dat niemand zich op een onrechtmatige wijze mag verrijken een beginsel, waar het recht lang niet altijd aan beantwoordt. Het wordt soms doorkruist door andere overwegingen. Wij ken-

133 Daarover: Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/232; Asser/Kortmann 3-III 2017/15.
134 Daarover: Asser/Kortmann 3-III 2017/15.
135 Asser/Kortmann 3-III 2017/15.
136 HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, *NJ* 1919/161, m.nt. M. Molengraaff (Lindenbaum/Cohen).

nen, bijvoorbeeld, geen algemeen recht op winstafdracht bij onrechtmatige daad of wanprestatie.[137] Het is, als gezegd, slechts een begrotingsmaatstaf. Het idee dat de benadeelde maximaal zijn schade vergoed krijgt – en niet méér – weegt in het Nederlandse recht zwaarder.[138] Wél kan het principe dat niemand mag profiteren van zijn onereuze gedrag de katalysator zijn van kritiek op deze limitering.

In bepaalde gevallen zal er – in de derde plaats – zelfs geen of weinig aanstoot aan worden genomen wanneer iemand profiteert van zijn eigen onereuze gedrag. Wanneer iemand een verbintenis niet nakomt, en de schuldeiser jarenlang stil zit, dan is op een gegeven moment de onderliggende rechtsvordering verjaard. Dat de schuldenaar in een geval als dit profiteert van het feit dat hij zijn verbintenis niet is nagekomen, is niet zonder meer problematisch: het is een weloverwogen consequentie van het verjaringsrecht.[139]

Ten vierde is niet uit het principe af te leiden welk onrechtmatig gedrag een voordeel ongerechtvaardigd doet zijn.[140] In dit opzicht blijft het beginsel onbepaald. Lang niet alle voordelen die in causaal verband staan tot eigen onrechtmatige gedrag zijn *an sich* onwenselijk. Wanneer ik, bijvoorbeeld, de snelheidsregels aan mijn laars lappend, net op tijd kom voor mijn sollicitatiegesprek en de baan ten koste van andere kapers op de kust bemachtig, dan is dit beginsel niet van toepassing. Dat ik de baan heb, is niet primair aan de snelheidsovertreding te danken, maar veeleer aan mijn overtuigende *performance* tijdens het sollicitatiegesprek.

Of het beginsel dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag gewicht in de schaal legt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Van Boom heeft – in het kader van winstafdracht bij een onrechtmatige daad – uiteengezet dat het principe gelding behoort te hebben indien dit overeenstemt met de strekking van de geschonden norm of als winstafdracht tot juist gedrag prikkelt.[141] Hieraan zou ik meer in algemene zin willen toevoegen, dat het ook ronduit onaanvaardbaar kan zijn als de gedaagde profiteert van zijn onrechtmatige gedrag.

---

137 Zie: Asser/Sieburgh 6-II 2017/105; HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421, m.nt. C.J.H. Brunner (De maatschap Waeyen-Scheers/Naus), r.o. 3.4; HR 18 juni 2010, *NJ* 2015/33, m.nt. T. Hartlief (Setel N.V./AVR Holding N.V.), r.o. 3.3.2; HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *NJ* 2015/32, m.nt. T. Hartlief (Doerga/Ymere), r.o. 3.6.

138 Zie Van Boom 2002, p. 76-77.

139 Voorbeeld ontleend aan: A. Soeteman, 'Ronald Dworkin' in: C.W. Maris, F.C.L.M. Jacobs (red.), *Rechtsvinding en de Grondslagen van het Recht,* Assen: Van Gorcum 2003, p. 180.

140 Evenzo is het in het Engelse recht een vraagpunt, welke wrongs een recht op restitutie voor de benadeelde kunnen doen ontstaan.

141 Zie Van Boom 2002, p. 82 en p. 109.

2.8.4 Het principe als gezichtspunt in de rechtsvinding

Hoewel het idee dat niemand mag profiteren van zijn eigen onrechtmatige gedrag slechts spaarzaam expliciet een rol van betekenis speelt, kan het als waardevol gezichtspunt boven water komen, wanneer *Holmes's bad man* door de mazen van wet en recht zijn gezicht laat zien.[142]

Een voorbeeld. Nadat hij haar een aantal maanden als butler heeft verzorgd, trouwt de 33 jaar jongere gedaagde – in algehele gemeenschap van goederen – met de 'hulpbehoevende' en vermogende van Van Wijlick.[143] Vijf weken na het huwelijk komt Van Wijlick te overlijden en na verloop van tijd wordt de gedaagde tot twaalf jaar cel veroordeeld voor de moord op Van Wijlick. De gedaagde die vóór het huwelijk weinig bezat, eist zijn helft van de huwelijksgemeenschap op. Het erfrechtelijke beginsel van onwaardigheid (vgl. artikel 4:3 BW) mist in dit specifieke geval toepassing. De gedaagde beroept zich 'slechts' op zijn helft van de huwelijkse gemeenschap. Desalniettemin ontzeggen de rechtbank en het hof hem zijn aandeel in de huwelijksgemeenschap. De Hoge Raad laat dit oordeel in stand. Het beroep op artikel 1:100 lid 1 BW kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn en bij dit oordeel kan het beginsel dat men geen voordeel behoort te hebben van de opzettelijk veroorzaakte dood van een ander gewicht in de schaal leggen.[144]

Er zijn meer voorbeelden denkbaar. Stel dat in Nederland een vergelijkbare zaak zou spelen als in *Attorney General v Blake*.[145] Een agent van de AIVD schrijft na zijn pensioneren een biografie, waarin hij verschillende staatsgeheimen prijsgeeft in weerwil van zijn arbeidsovereenkomst die een aantal geheimhoudingclausules bevat. De staat echter lijdt geen schade, omdat de informatie die hij lekt niet gevoelig meer is. Bovendien is het maar zeer de vraag of de eventuele schade van de staat, zou kwalificeren als vermogensschade. Duidelijk is wel, dat de onthulling ernstig is, omdat het min of meer toevallig is dat het boek de Nederlandse zaak geen kwaad meer kan doen. Kan de staat de winst afromen? Artikel 6:104 BW biedt hier geen grondslag voor. De rechter kan de schade op de winst begroten, maar dan moet er wél schade zijn en die is er niet. Om dezelfde reden biedt artikel 6:212 lid 1 BW – naar de heersende leer – evenmin uitkomst: ook de verrijkingsactie is een vordering die strekt tot het opheffen van schade.

---

142 O.W. Holmes, *The Path of The Law And The Common Law*, New York: Kaplan Publishing, p. 6. Holmes voert de 'bad man' op om aan te tonen, dat er een onderscheid bestaat tussen recht en moraal.

143 HR 7 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0071, *NJ* 1991/593, m.nt. E.A.A. Luijten.

144 R.o. 3.3.

145 House of Lords, 27 juli 2000, Attorney General v Blake, 2000 WL 989475.

In mijn optiek zou de aanvullende redelijkheid en billijkheid uitkomst kunnen bieden.[146] 'Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien' (6:248 lid 1 BW). Het is in mijn optiek verdedigbaar, dat er uit de overeenkomst ten aanzien van de AIVD-agent een op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde verplichting voortvloeit, die strekt tot afgifte van de winst. Redengevend daarbij is onder meer het rechtsbeginsel dat niemand mag profiteren van zijn onereuze gedrag; de ernst van het gedrag – het prijsgeven van staatsgeheimen – speelt daarbij een rol. Met Van Boom kan worden gezegd, dat het beginsel dat de benadeelde nooit meer krijgt dan zijn schade, in een geval als dit, minder zwaar behoort te wegen.[147] Voorts kan de verplichting tot winstafgifte worden gezien als een substitutie van het recht op nakoming die nu – uit de aard der zaak – niet meer mogelijk is. Wellicht dat deze oplossing (te) ver gaat. Maar de vraag kan worden gesteld wat er verloren gaat wanneer artikel 6:248 lid 1 BW op deze extensieve wijze wordt toegepast in een geval als dit.

Artikel 6:248 lid 1 BW helpt ons echter niet bij het geval, opgeworpen door Van Boom, waarin een moordenaar een *bestseller* schrijft over zijn wandaad en aldus een half miljoen aan *royalties* binnensleept. Hetzelfde geldt voor het geval waarin de gedaagde huurmoordenaar tegen een som van € 100.000 een aanslag op de eiser heeft gepleegd.[148] Is de eiser er zonder kleerscheuren vanaf gekomen, dan levert een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad niets op. Voor de verrijkingsactie geldt hetzelfde. Kunnen de erven in het eerste voorbeeld en de eiser in het tweede voorbeeld uit andere hoofde met vrucht verrijkingsafdracht vorderen?

Damminga heeft voor dit soort gevallen een interessante oplossing aangedragen. Hij brengt de *Quint/Te Poel*-formule in stelling.[149] Een verbintenis, zo betoogt hij kan niet alleen ontstaan wanneer daarvoor een uitdrukkelijke wettelijke grondslag bestaat, maar kan ook ontstaan, wanneer dit past in

146 Vgl. Damminga 2014, p. 195-200. Hij betoogt dat de verplichting tot winstafgifte in een geval als dit opgelost moet worden over de band van art. 6:1 BW. Een verbintenis hoeft niet steeds een expliciete grondslag in de wet te hebben, deze kan ook ontstaan als dit past in het systeem van het vermogensrecht en aansluit bij de wél in de wet geregelde gevallen. Het is een mooie gedachte, maar hier is het niet nodig. Er is een contractuele relatie. In een contractuele relatie is die wettelijke grond er juist wél: 6:248 lid 1 BW is een mogelijk ankerpunt.

147 Hij analyseert minutieus de spanning tussen het beginsel dat niemand mag profiteren van zijn onereuze gedrag en de gedachte dat de benadeelde niet méér mag krijgen dan de door hem geleden schade. Het is volgens hem, een keus tussen tweede kwaden. Of degene die onereus handelt profiteert van zijn gedrag, of de benadeelde krijgt een meevaller. Hoewel winstafgifte niet altijd geëigend is, is het laatste kwaad vaak het minste kwaad. Zie: Van Boom 2002, p. 75-94. Hij stipt *Blake* aan op p. 108.

148 Beide voorbeelden zijn ontleend aan Van Boom. Zie Van Boom 2002, p. 94 en p. 106.

149 HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, *NJ* 1959/548, m.nt. D.J. Veegens (Quint/Te Poel).

het stelsel van de wet en aansluit bij de wél in de wet geregelde gevallen.[150] Enerzijds sluit hij aan bij artikel 6:104 BW en anderzijds roept hij het geval van de Goudse Bouwmeester in herinnering.[151] Bij dit laatste geval gaat het om een bouwmeester, die de steekpenningen die hij heeft aangenomen om het project aan een bepaalde aannemer te gunnen, in de gemeentekas stort, in de hoop dat hij eervol ontslag krijgt. Hij komt bedrogen uit en wil daarom zijn geld terug. De vordering op grond van onverschuldigde betaling strandt, omdat het storten van de steekpenningen in de gemeentekas een verplichting van moraal en fatsoen is. Destijds was dit nieuw (zie thans artikel 6:3 lid 2 sub b BW). Volgens Damminga zou de stap naar een verplichting van de moordenaar om de *royalties* aan de erven af te geven en de verplichting van de huurmoordenaar om de aanneemsom af te geven niet groot zijn.

Het betoog is aansprekend. De *Quint/Te Poel*-constructie is in zoverre ook aantrekkelijk, dat er geen algemeen recht op winstafdracht wordt ontwikkeld, maar dat van geval tot geval bezien kan worden of in krasse gevallen winstafdracht aangenomen moet worden. Waar het hier om gaat, is dat het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt – in dit geval specifiek: de gedachte dat niemand mag profiteren van zijn onereuze gedrag – van betekenis kan zijn voor de toepassing van de *Quint/Te Poel*-leer. Het is een gezichtspunt. Wel is het zo, dat de oplossing in een geval als dit slechts gevonden kan worden op de uiterste grens van het verbintenissenrecht, zodat er uit de aard van de zaak enige terughoudendheid zal kunnen zijn.

2.8.5 Het principe als gezichtspunt in de rechtsvinding; vervolg

Ook op het snijpunt van het goederenrecht en het verbintenissenrecht kan het principe dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag een krachtig gezichtspunt zijn. Na twintig jaar wachten verkrijgt de dief het door hem gestolen schilderij in eigendom op grond van artikel 3:306 jo. 3:314 lid 2 jo. 3:105 BW. Dat het beroep van de dief op verkrijgende verjaring niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, hangt ermee samen dat niet alleen híj door die regel wordt beschermd, maar óók derden.[152] De schuldeisers van de dief kunnen bijvoorbeeld de – gerechtvaardigde – behoefte hebben om zich op het gestolen schilderij te verhalen. Dit neemt niet weg, dat het beroep van de dief op de bevrijdende verjaring ten aanzien van de vordering uit hoofde van onrechtmatige daad wél naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn.[153] De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt dan ingekleurd door het principe dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag.

---

150 Damminga 2014, p. 195-200. Hij spitst het voorbeeld toe op een geval van contractsbreuk door een geheim agent.

151 HR 12 maart 1926, *NJ* 1926/777 (Goudse bouwmeester).

152 Snijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (SBR 2), 2017/249.

153 Van der Linden 2016, p. 299-303.

De Hoge Raad koos in een recent arrest over 'landjepik' voor een andere benadering.[154] In het geval dat in dit arrest aan de orde was, verkrijgt de bezitter te kwader trouw een stuk land door de werking van artikel 3:105 lid 1 jo. artikel 3:306 en 3:314 lid 2 BW. De gemeente Heusden vecht dit tevergeefs aan. In een overweging ten overvloede, overweegt de Hoge Raad echter dat de benadeelde gemeente de eigenaar die door kwade trouw verkregen heeft ná de verkrijgende verjaring nog kan aanspreken uit hoofde van onrechtmatige daad. Daartoe heeft de bestolene, aldus de Hoge Raad, op de voet van artikel 3:310 lid 1 BW vijf jaar de tijd vanaf het moment dat hij bekend is met het eigendomsverlies en de aansprakelijke persoon met dien verstande dat de vordering in ieder geval na twintig jaar verjaard is. Daarmee laat de Hoge Raad de verjaringstermijn van de onrechtmatige daad ex artikel 3:310 lid 1 BW op een later moment aanvangen dan gedacht. In de literatuur is ervan uitgegaan dat de termijn vanaf het moment van inbezitneming verloopt, zodat de onrechtmatige daad tegelijkertijd verjaart met de bezitsactie.[155] De soepele toepassing van artikel 3:310 lid 1 BW past bij het gezichtspunt dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag.

Zoals eerder opgemerkt, geeft het principe dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag niet altijd de doorslag. Ook in het systeem van de Hoge Raad is degene die door langdurig bezit te kwader trouw eigenaar is geworden krachtens verkrijgende verjaring, in ieder geval na veertig jaar veilig. Dit is alleen anders als de Hoge Raad met mij van mening is, dat het beroep op bevrijdende verjaring ter zake van de onrechtmatige daad naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn.

Een ander geval waarin het principe dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag níet doorslaggevend is, is een zaak waarin een curator een stil pandrecht van de bank weersprak en het geld ten behoeve van de boedel inde.[156] In rechte bleek de handelswijze van de curator onjuist en onrechtmatig: de bank bleek weldegelijk een geldig pandrecht te hebben op de door de curator geïnde vordering. Op het eerste gezicht lijkt er dan niets aan de hand te zijn, omdat de bank in een dergelijk geval voorrang behoudt op het geïnde bedrag.[157] Het probleem was echter dat de boedel negatief was en dat er na de betaling van het salaris van de curator te weinig actief overbleef om de overige boedelschuldeisers integraal te voldoen. De executiekosten gaan vóór de overige boedelschuldeisers.

154 HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309, NJ 2018/141, m.nt. H.J. Snijders (Gemeente Heusden/verweerders).

155 Zie A.G. Castermans, 'Schadevergoeding bij verkrijging door verjaring. Annotatie bij: HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309, RvdW 2017/298', *AA* 2017/6, p. 520 en de aldaar vermelde literatuur.

156 HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, *NJ* 2016/187 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Rabobank/Verdonk q.q.).

157 HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, NJ 2010/96, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Hamm/ABN AMRO), r.o. 4.3.3..

Het cassatiemiddel strekte ten betoge dat in een geval als dit, de preferente vordering van de pandhouder voor de salarisvordering van de curator voldaan moet worden, zodat wordt voorkomen dat de curator profiteert van zijn eigen onrechtmatige gedraging. De Hoge Raad gaat hier niet in mee en laat de rangorde bij verhaal zoals die voortvloeit uit *De Ranitz/Ontvanger* en artikel 3:277 BW e.v. intact, zodat de salarisbetaling van de curator voorgaat.[158] Het principe dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag legt het af tegen het uitgangspunt dat het preferentiesysteem niet zomaar doorbroken mag worden. Wél kan de curator, volgens de Hoge Raad, persoonlijk aansprakelijk zijn, indien hem een persoonlijk verwijt te maken valt.[159] Maar is dit niet het geval dan profiteert de curator *pro se* van een onrechtmatige daad die hij *qualitate qua* begaan heeft. Interessant is de vraag of de bank een actie uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking tegen de curator in persoon kan instellen. Verderop in dit werk wordt deze vraag behandeld.[160]

2.8.6 Verrijking als gezichtspunt bij de beoordeling van gedrag

Tot op dit punt zijn voorbeelden de revue gepasseerd, waarbij het gedrag de verrijking een ongerechtvaardigd karakter geeft. In de zaak van de onwaardige deelgenoot is het gedrag van de gedaagde evident onrechtmatig (moord), het voordeel speelt daarbij geen rol. Het gedrag *sec* maakt vervolgens het voordeel ongerechtvaardigd. Dezelfde normatieve structuur zien we bij de Engelse figuur van de *restitution for wrongs*: de *wrong* doet een recht op restitutie ontstaan en het is de *wrong* die de verrijking ongerechtvaardigd maakt. Het omgekeerde kan echter ook aan de orde zijn. Een bepaalde gedraging kan onrechtmatig zijn omdat de gedraging gepaard gaat met een verrijking van de laedens ten koste van de gelaedeerde. De 'zelfverrijking' is dan een *factor* die het handelen een onrechtmatig karakter kan geven.

Een eenvoudig voorbeeld. Wanneer iemand een ander bedreigt met een rechtmatig middel, dan is de bedreiging op zichzelf toelaatbaar en niet onrechtmatig. Een borgstelling die onder bedreiging van een faillissementsaanvrage is afgegeven zal, bijvoorbeeld, in de regel onaantastbaar zijn. De bedreiging met een faillissementsaanvraag kan echter een onrechtmatig karakter krijgen, wanneer de bevoordeelde iets vraagt waarop hij geen enkel recht kan doen gelden.[161] Vraagt de gedaagde onder bedreiging van een faillissementsaanvrage een woekerrente, dan is de kans groot dat een daaruit

158 Zie: HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, *NJ* 1991/305, m.nt. P. van Schilfgaarde (De Ranitz/Ontvanger), r.o. 3.5.

159 HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, *NJ* 2016/187 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Rabobank/Verdonk q.q.), r.o. 3.3.5. De Hoge Raad verwijst voor de maatstaf voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator naar: HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, *NJ* 1996/727, m.nt. W.M. Kleijn (Maclou) en HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, *NJ* 2012/515, m.nt. F.M.J. Verstijlen.

160 Zie par. 10.6.1.

161 Vgl. Jac. Hijma, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:44 BW, aant. 2.5.6.

voortvloeiende rechtshandeling vernietigbaar is op grond van bedreiging (artikel 3:44 lid 1 en 2 BW). Het zelfverrijkende karakter van de gedraging maakt in dit soort gevallen het verschil tussen een rechtmatige daad en een onrechtmatige daad.[162]

De zaken liggen soms ingewikkelder. In het arrest *Vodafone/ETC* gaat het om een contractuele gedragsnorm.[163] In het kort gaat het om het volgende. ETC exploiteerde een peperduur 0900-nummer en maakte daarbij gebruik van de diensten van K&T. Per gesprek kreeg ETC een bepaald bedrag binnen van K&T. Wat gebeurde er? ETC kocht 30.000 prepaid abonnementen bij de rechtsvoorganger van Vodafone. ETC gebruikte de abonnementen vervolgens door – computergestuurd – vele verbindingen tot stand te brengen met het 0900-nummer dat zij exploiteerde. Daarbij was het zo dat er slechts *f* 0,625 cent werd afgeschreven van het Vodafone-beltegoed omdat het gesprek steeds rond de 15 seconde duurde. Vodafone betaalde echter per gesprek *f* 2,01 aan KPN, KPN betaalde een groot deel daarvan aan K&T en K&T betaalde *f* 1,75 per inkomend gesprek aan ETC. Het behoeft geen betoog, dat dit voor ETC buitengewoon lucratief is en bijzonder nadelig voor Vodafone.

De rechtbank en het hof honoreren dit verdienmodel van ETC. Vodafone protesteert echter met succes bij de Hoge Raad. Het hof had, allereerst, blijk gegeven van een te beperkte uitleg van de overeenkomst. Bij de uitleg komt het niet aan op een taalkundige uitleg alleen. Waar het hier om gaat, is de gedragsnorm die de Hoge Raad geeft:[164]

> 'Het hof heeft voorts miskend dat de rechten en verplichtingen van partijen ten opzichte van elkaar niet alleen bepaald worden door hetgeen zij uitdrukkelijk zijn overeengekomen, doch ook door de redelijkheid en billijkheid die hun rechtsverhouding beheerst. Op grond daarvan moeten zij hun gedrag mede laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Dit kan in een geval als het onderhavige meebrengen dat ETC geen oneigenlijk gebruik mocht maken van het beltegoed omdat zij wist of had behoren te beseffen dat dit gebruik in de overeenkomst niet was verdisconteerd, en dat dit gebruik Vodafone onaanvaardbaar benadeelde. Als het hof dit een en ander niet heeft miskend, is zijn oordeel zonder nadere toelichting, die evenwel ontbreekt, onbegrijpelijk.'

Bakker, die de redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm ziet, is tevreden over dit arrest:[165]

> 'Hier vinden we spathelder geformuleerd waar redelijkheid en billijkheid om draaien. Kernwoorden in dit kader zijn […] de begrippen rationaliteit en ethiek. Partijen die een contract met elkaar aangaan moeten rationeel handelen, dat wil zeggen met verstand, met rede. Zij moeten nadenken over wat ze doen en niet onbezonnen, lichtvaardig te werk gaan. Waarom niet? Omdat ze niet alleen zijn op de wereld, maar sociale wezens zijn die

162 Vgl. Van Loo 2003 p. 24, waar hij betoogt dat de verrijking een rol kan spelen bij de vraag of er sprake is van een wilsgebrek.

163 HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7024, *NJ* 2007/565 (Vodafone/ETC).

164 R.o. 3.5.

165 Bakker 2013, p. 412.

> in een gemeenschap met anderen samenleven. In zo'n gemeenschap is geen plaats voor bot egocentrisme, maar is een zekere mate van solidariteit, empathie, inlevingsvermogen jegens de ander noodzakelijk om het samenleven draaglijk te maken.'

Toch ligt de vraag nog wat open waarom het gedrag van ETC niet door de beugel kon. Waarom was het gedrag van ETC in strijd is met de redelijkheid en billijkheid? Wat maakt de handelswijze van ETC irrationeel? Mijns inziens is de verrijking van ETC ten koste van Vodafone een onmisbare schakel om de gedraging als strijdig met de redelijkheid en billijkheid te oordelen. De verrijking zoals behaald door ETC kan nooit de bedoeling zijn geweest van, in ieder geval, Vodafone. De gedachte dat een vermogensverschuiving moet berusten op een *toereikende* rechtvaardigingsgrond (in een contractuele setting: de wil van Vodafone) klinkt in deze contractuele gedragsnorm door. De verrijking kleurt de gedragsnorm in.

Een voorbeeld uit het onrechtmatigedaadsrecht kan gevonden worden in het klassieke *Tandartsen*-arrest.[166] Wanneer een tandarts zonder vergunning de tandheelkunde beoefend dan handelt hij in strijd met de wet. Hoewel de schending van de wet een grond is voor onrechtmatigheid, is de enkele schending van de wet niet voldoende om het gedrag jegens collega tandartsen onrechtmatig te doen zijn. De wet beoogt de volksgezondheid te beschermen en niet tandartsen die met de frauduleuze tandarts concurreren. Wel kan het handelen van de frauduleuze tandartsen jegens andere tandartsen onzorgvuldig zijn. De schending van de wet door de frauduleuze tandarts kan een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of hij onzorgvuldig heeft gehandeld jegens de andere tandartsen. Dit is de correctie-Langemeijer.[167] In het *Tandartsen*-arrest oordeelde de Hoge Raad dat het gedrag van de frauduleuze tandarts inderdaad onrechtmatig jegens diens vakgenoten zou kunnen zijn, omdat hij – door de schending van de wet – zich een concurrentievoordeel verschaft ten koste van zijn collega's die zich wél aan de wet houden. Dit voordeel van de frauderende tandarts ten koste van zijn concurrenten is een belangrijke reden, waarom het gedrag van de eerste in strijd is met de maatschappelijke betamelijkheid jegens de laatsten zou kunnen zijn.

In één opzicht passen de voorbeelden waarbij de verrijking de gedragsnorm inkleurt, minder goed bij het principe dat niemand mag profiteren van zijn eigen *onereuze gedrag*. Het is niet het onrechtmatige/onbillijke gedrag dat de verrijking ongerechtvaardigd doet zijn, maar het is, omgekeerd, primair de zelfverrijking ten koste van de benadeelde die het gedrag respectievelijk in strijd met de redelijkheid en billijkheid of onrechtmatig doet zijn. Echter, als eenmaal is vastgesteld dat een bepaald handelen vanwege het verrijkingsaspect onrechtmatig of in strijd is met de redelijkheid en billijkheid is, biedt het recht – gegeven de onrechtmatigheid, gegeven het hande-

166 HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, *NJ* 1961/568 (Tandartsen).

167 Zie: Concl. P-G Langemeijer, ECLI:NL:PHR:1958:AG2051 bij: HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, *NJ* 1961/568 (Tandartsen).

len in strijd met de redelijkheid en billijkheid – de benadeelde de middelen om de ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde ongedaan te maken. Degene die onder invloed van onrechtmatige bedreiging aan een lening met een woekerrente vast zit, kan schadevergoeding vorderen of de nietigheid van de rechtshandeling inroepen en degene die het slachtoffer is van onbetamelijk handelen kan ageren uit onrechtmatige daad. Met deze mogelijkheden wordt – in tweede instantie – recht gedaan aan het principe dat niemand mag profiteren van zijn eigen onrechtmatige gedrag.

2.9 Afwenteling 'eigen' schade op een ander

Een bekend uitgangspunt van het aansprakelijkheidsrecht is dat eenieder de schade moet dragen die hij lijdt. Deze mag alleen afgewenteld worden op een ander wanneer daar een goede reden voor bestaat. Die goede redenen moeten worden gevonden in het recht. Het is een principe dat de vrijheid van handelen onderstreept en dat meestal tegenover het beginsel wordt geplaatst, dat anderen geen schade berokkend mag worden.[168] Het beginsel limiteert als zodanig de aansprakelijkheid.

Met een kleine aanpassing en een iets andere nadruk kan dit uitgangspunt van het aansprakelijkheidsrecht in verband worden gebracht met het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt. Als het beginsel wordt geformuleerd als: 'eenieder draagt zijn eigen schade' (in plaats van eenieder draagt de schade *die hij lijdt*), dan kan van daaruit de vraag gesteld worden wat 'eigen' schade is en dat hoeft niet noodzakelijk samen te vallen met de schade die iemand *feitelijk* heeft geleden. Komt de schade 'van' de gedaagde feitelijk bij de eiser terecht, dan zou de gedaagde in zoverre als ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van de eiser kunnen worden beschouwd.[169] Het afwenden van eigen schade is de verrijking die voor ongedaanmaking in aanmerking komt.[170]

---

168 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/18.

169 Een vergelijkbare gedachte trof ik aan bij: Jansen 2014, p. 244 en p. 245-248. Zie ook Nieskens-Isphording die alle bronnen van verbintenissen, waaronder het onrechtmatige daadsrecht, vanuit een verrijkingsrechtelijk perspectief bespreekt. Zie: Nieskens-Isphording 1991, nr. 12 en in het bijzonder p. 54: 'Op grond van bestudering van het recht van de onrechtmatige daad lijkt de opvatting verdedigbaar dat er *twee* beginselen zijn, die elkaar aanvullen. Het eerste luidt dat ieder zijn eigen schade draagt. Het tweede dat de schade *die door een ander dan de rechthebbende is teweeggebracht,* in beginsel door die ander gedragen wordt, namelijk tenzij er aan de zijde van die ander een goede grond aanwezig is om de door hem veroorzaakte schade *niet* voor rekening van de veroorzaker te brengen.' Verder heeft Van Boom er in zijn preadvies de aandacht op gevestigd, dat de verrijkingsvordering een middel kan zijn om tot kostenallocatie te komen. Van Boom 2002, p. 132 e.v.

170 In de parlementaire geschiedenis bij art. 6:212 lid 1 BW, wordt de afwending van eigen schade op een ander als een voorbeeld waarop de gedaagde ten koste van de eiser verrijkt kan zijn. Zie: PG Boek 6, p. 831. Daarover Van Boom 2002, p. 118.

Wij zullen zien dat deze gedachte zich in verschillende leerstukken laat herkennen. Dit idee wortelt allereerst in bepaalde toepassingen van de zaakwaarneming.

2.9.1 Zaakwaarneming

Over het algemeen passen gevallen van zaakwaarneming naadloos in de *sine causa*-conceptie. Iemand laat voor eigen rekening het lekkende dak van zijn buren repareren die op vakantie zijn. Hierdoor vindt er een vermogensverschuiving plaats tussen de zaakwaarnemer en de belanghebbende: het geld van de *gestor* gaat in de opgevoerde casus in het dak van de buren zitten. De verplichting van de belanghebbende om in een geval als dit de schade te vergoeden, voorkomt dat hem zonder toereikende rechtvaardigingsgrond een vermogensbestanddeel toevalt.

De figuur van de zaakwaarneming past echter niet altijd in de *sine causa*-conceptie. Gedacht kan worden aan gevallen van zaakwaarneming, waarbij de eiser de gedaagde een helpende hand toesteekt in een noodsituatie. De gedaagde valt door een eigen stommiteit in een rivier en vecht voor zijn leven. De schade die hij lijdt komt voor zijn rekening in die zin dat hij de schade moet dragen, tenzij hij afdoende is verzekerd (maar dan is er een goede grond de schade op de verzekeraar af te wentelen). Onderneemt de eiser reddingspogingen, waarbij hij schade aan zijn peperdure kostuum lijdt, dan deelt hij *de facto* in de nadelige gevolgen van de noodlottige gebeurtenis waar de gedaagde in terecht gekomen is. Het kostuum van de eiser is vergaan bij zijn pogingen de gedaagde te redden van iets ergers dan een nat pak. Heeft de eiser zijn reddingspoging op redelijke gronden en naar behoren uitgevoerd, dan kan de eiser zijn schade aan het kostuum verhalen op de gedaagde.

De verrijkingsrechtelijke logica is spiegelbeeldig aan de *sine causa*-conceptie. Daar waar in een *sine causa*-geval de verrijkte gedaagde een vermogensbestanddeel heeft verkregen dat voorheen aan de eiser toebehoorde, dreigt de eiser in een casus waar we nu het oog op hebben *de facto* te delen in de schade die aan de gedaagde 'toebehoort.' De schadebeperking is ten koste van de eiser gegaan. De figuur van de zaakwaarneming voorkomt dat de eiser deelt in de kosten die het noodlot aan de gedaagde heeft toebedeeld. Iets soortgelijks treedt aan het licht bij de passieve zaakwaarneming. Wanneer de gedaagde eisers kostuum in een reflex op een beginnend binnenbrandje werpt in gedaagdes huis, dan is dit géén onrechtmatige daad – er is een rechtvaardigingsgrond – wél is de gedaagde verplicht, op grond van ongerechtvaardigde verrijking, de waarde van het kostuum te vergoeden.[171] De schade aan het kostuum is in wezen gedaagdes schade omdat hij het kostuum heeft gebruikt om de schade aan have en goed te beperken.

171 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/26. Vgl. Jansen 2014, p. 244.

Tegen de gedachte dat de hier besproken toepassing van artikel 6:198 BW een verrijkingsrechtelijke kleur heeft, zou kunnen worden ingebracht dat de belanghebbende niet alleen aansprakelijk is uit hoofde van zaakwaarneming wanneer de zaakwaarneming iets voor hem oplevert. Ook een zaakwaarneming die niet het gewenste effect heeft kan tot aansprakelijkheid van de belanghebbende leiden. Hier moet echter het verschil in het oog worden gehouden tussen een beginsel en een regel met concrete toepassingsvereisten. Een *geldige* zaakwaarneming – waarbij de eiser zich op redelijke gronden heeft ingelaten met de belangen van de gedaagde en waarbij deze belangen naar behoren zijn behartigd – zal in de meeste gevallen voordelig voor de belanghebbende zijn. Dat een zaakwaarneming in een concreet geval niet het gewenste effect heeft, staat er niet aan in de weg dat de ratio van de aansprakelijkheid van de doorsnee belanghebbende mede gevonden kan worden in het verrijkingsbeginsel.[172]

2.9.2 Risicoaansprakelijkheid

Iemand die de lusten heeft, zo wil een bekende zegswijze, behoort ook de daarbij behorende lasten te dragen. Dit spreekwoord van de 'lusten en de lasten' heeft iets verrijkingsrechtelijks in zich. Als ik lusten geniet en de lasten aan anderen laat, treedt er in die zin een ongerechtvaardigde verrijking in, dat anderen 'betalen' voor mijn 'genoegens'. Als een dergelijke situatie zich manifesteert, dan verdient dat een kritische blik. Deze gedachte laat zich in twee verschillende leerstukken herkennen. Enerzijds gaat het om het leerstuk van de risicoaansprakelijkheid. Anderzijds gaat het om de rechtmatige overheidsdaad.

Het fenomeen van de risicoaansprakelijkheid is door de Duitser Nils Jansen in verband gebracht met het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt.[173] Hij behandelt gevallen van risicoaansprakelijkheid als aansprakelijkheden die in het verlengde liggen van opofferingsaansprakelijkheid. In zwaar weer mag A zijn schip aan de kade van B binden, wél moet A de eventuele schade aan de kade van B vergoeden. Iets soortgelijks geldt bij verschillende risicoaansprakelijkheden. Hij die rechtens een bepaald gevaar in het leven 'mag' roepen (Jansen spreekt van een *'privilege'* daartoe), moet de eventuele schade van derden vergoeden wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt. De gedaagde is in beide gevallen, volgens Jansen, aansprakelijk voor de inbreuk in de te beschermen rechten van de eiser.

172 In vergelijkbare zin: Nieskens-Isphording 1991, p. 45.
173 Nils Jansen 2014, p. 245-248.

Hoewel er in de Nederlandse discussie over de grondslagen van de verschillende risicoaansprakelijkheden niet één ultieme rechtvaardiging komt bovendrijven,[174] en er bovendien flink wat scepsis is over de rechtvaardigingsgronden,[175] laten ook de Nederlandse risicoaansprakelijkheden zich vrij algemeen in verband brengen met het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt.[176] De gevaartheorie,[177] – de gedachte dat degene die een gevaar in het leven roept daarvoor aansprakelijk is – en de profijttheorie, – de gedachte dat degene die profiteert voor aansprakelijkheid in aanmerking komt, – lopen namelijk als twee verstrengelde rode draden door het leerstuk van de risicoaansprakelijkheid. Bauw kan over de risicoaansprakelijkheid schrijven:[178]

> 'De gedachte is dat het gaat om *bronnen van verhoogd gevaar* […] die een verhoogde kans op schade voor personen of zaken creëren. Als deze "bronnen" (gebrekkige zaken of producten, gevaarlijke stoffen, dieren etc.) schade toebrengen mag de benadeelde niet met zijn schade blijven zitten, maar dient degene die *profijt* heeft (gehad) van de desbetreffende bron voor deze schade op te komen ("profijtbeginsel")."

De verrijkingsgedachte materialiseert zich niet in de specifieke (toepassing van de) risicoaansprakelijkheden, maar is te herkennen vanuit een macroperspectief op het fenomeen van de risicoaansprakelijkheid. Wie aan paardrijden doet, schept een gevaar. Dit gevaar is zo klein, dat het enkele (deskundige) berijden van een paard geen onrechtmatige daad oplevert: paardrijden is gevaarzettend handelen, maar deze gevaarzetting is niet onrechtmatig. Het zou echter niet billijk zijn, wanneer een buitenstaander zelf zijn schade zou moeten dragen wanneer dit paard op hol slaat en hem verwondt. De reden waarom dit niet billijk is, is volgens de gevaartheorie en de profijttheorie dat de bezitter van het paard het gevaar in het leven heeft geroepen en dat ook hij degene is die, in de regel, profijt heeft van het paardrijden. Het zou onrechtvaardig zijn wanneer die buitenstaander – die mogelijk niets met paarden heeft – voor de nadelige gevolgen van het paardrijden zou opdraaien terwijl de bezitter alle voordelen geniet. Bovendien heeft de bezitter van het paard hier in de regel zelf voor gekozen en in de regel kan hij van het bezit af.

Het principe dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt – het idee dat schadelijke gevolgen van een eigen activiteit niet zomaar mag worden afgewenteld op derden – verschijnt hier als een stip op de horizon. Maar in dit individuele geval is het niet meer dan dat.

---

174 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/27 e.v.; Verheij 2015, nr. 7; Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Spier), nr. 9; Bauw 2015, nr. 3; F.T. Oldenhuis, *GS Onrechtmatige daad*, BW6 Afdeling 2, aant. 2.1 en de aldaar vermelde literatuur.

175 Zie bijvoorbeeld: F.T. Oldenhuis, *GS Onrechtmatige daad*, BW6 Afdeling 2, aant. 2.1; G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad,* Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 27-28; Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Spier), nr. 9.

176 In vergelijkbare zin Nieskens-Isphording 1991, nr. 12, i.h.b. p. 54 en p. 58-61.

177 Zie over deze theorie: Klaassen 1991, p. 10-11.

178 Bauw 2015, nr. 3.

Het immateriële voordeel dat de bezitter van zijn paard heeft, zal vaak kleiner zijn dan de potentiële schade van het slachtoffer (zoals blijvende invaliditeit). Bij de verklaring van de aansprakelijkheid van de individuele paarden-bezitter jegens het individuele slachtoffer zal de nadruk meer komen te liggen op de invloed die de ruiter/bezitter heeft kunnen uitoefenen op de mate van het gevaar, dan op de verrijkingsgedachte. Het profijtbeginsel manifesteert zich veeleer door het feit dat degene die een paard bezit en aldus de vruchten daarvan plukt, moet accepteren dat hij de schade van het potentiële slachtoffer zal vergoeden. Wie een paard aanschaft neemt het aansprakelijkheidsrisico ex artikel 6:179 BW voor lief.

Het verrijkingsbeginsel tekent zich duidelijker af wanneer een macroperspectief wordt ingenomen. Eén van de achterliggende gedachten van risicoaansprakelijkheden is dat de aansprakelijke persoon zich kan verzekeren. Artikel 6:179 BW brengt mee, dat de prudente paardenbezitter zich in de regel zal verzekeren tegen de mogelijke aansprakelijkheid jegens mogelijke slachtoffers. Welnu, voor de verzekerde paardenbezitters geldt dat zij als groep de schade dragen van de slachtoffers die de paarden van de verzekerden maken: de kosten komen, via de verzekeringspenningen, bij de paardenbezitters terecht.[179] Artikel 6:179 voorkomt aldus dat 'de paardenbezitter' de schadelijke gevolgen van de paardensport afwentelt op 'het slachtoffer'.[180] Zou een aansprakelijkheid als artikel 6:179 BW ontbreken, dan zouden de paardenbezitters in die zin ongerechtvaardigd worden verrijkt, dat willekeurige derden – slachtoffers – een deel van de kosten van de paardensport zouden dragen.

Wat geldt voor de paardenbezitter, geldt voor andere personen op wie een risicoaansprakelijkheid drukt. Steeds gaat het bij risicoaansprakelijkheid om een dier, een zaak of een activiteit (in de ruime zin van het woord) die – in het algemeen genomen – gevaar op kunnen leveren voor personen en

179 Vgl. Van Boom 2002, p. 132-133. Hij wijst erop dat het aansprakelijkheidsrecht kan fungeren als middel om kosten ('negatieve externaliteiten') te internaliseren. Dit is een rechtseconomische notie, maar het recht kan volgens hem ook instrument zijn 'om – bijvoorbeeld door verzekering aan de zijde van de aansprakelijke of door doorberekening in de prijs – een rechtvaardige spreiding van maatschappelijke lasten te bereiken'. Van hieruit werpt hij de vraag op, of de verrijkingsactie een helpende hand kan bieden bij kostenallocatie.

180 Zie voor een analoge gedachte Coleman 1982, p. 422. Coleman bespreekt het probleem dat niet alle verkeersovertreders de koste dragen van hun wangedrag. Alleen degenen die een ongeluk veroorzaken, betalen – via het aansprakelijkheidsrecht – aan de slachtoffers. Degene die ondanks hun rijgedrag schadevrij rijden zijn, zo bezien, in het voordeel. Dit is volgens Coleman niet in overeenstemming met de corrigerende rechtvaardigheid. Coleman werpt de gedachte op, dat alle verkeersovertreders zouden kunnen bijdragen aan een 'insurancescheme' ten behoeve van de verkeersslachtoffers. In die situatie betaalt 'de verkeersovertreder' voor 'het slachtoffer' zoals hier de 'paardenbezitter' voor 'het slachtoffer' betaalt. Zie over deze opvatting ook Van Boom 2002, p. 89.

zaken en die anderzijds op enigerlei wijze voordelig zijn voor de aansprakelijke persoon.[181]

Bij sommige risicoaansprakelijkheden is de verrijkingsgedachte ook zonder het macro-perspectief waarneembaar. Het gaat dan om de risicoaansprakelijkheden die in de economische sfeer liggen. De ondernemer die profiteert van de inspanningen van zijn werknemers, draagt het risico van fouten van ondergeschikten 'indien de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot en degene in wiens dienst hij stond, uit hoofde van hun desbetreffende rechtsbetrekking zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen' (artikel 6:170 lid 1 BW).[182] Gewezen kan ook worden op de bedrijfsmatige gebruiker van roerende zaken, dieren en opstallen. Hij is op grond van artikel 6:181 BW in plaats van de bezitter aansprakelijk voor schade als bedoeld in artikel 6:173, 6:174 en 6:179 BW. En zo zijn er meer economische risicoaansprakelijkheden.[183] Bij de activiteiten die het voorwerp zijn van deze risicoaansprakelijkheden is het profijt nadrukkelijker aanwezig, doordat de aansprakelijkheid ziet op middelen waarmee, in de regel, winst wordt gegenereerd. Zouden willekeurige derden de risico's van deze bedrijfsmiddelen dragen, dan zouden zij in feite een deel van de productiekosten dragen. De genoemde risicoaansprakelijkheden voorkomen dat deze kosten bij de toevallige slachtoffers blijft liggen en de ondernemer aldus ongerechtvaardigd wordt verrijkt.

2.9.3 *Egalité devant les charges publiques*

De figuur van de rechtmatige overheidsdaad is een ander leerstuk dat beantwoordt aan de verrijkingsrechtelijke logica van een lusten-lasten-casus.[184] Wanneer de fiscus eenmaal is langs geweest, moeten de publieke lasten – als vuistregel – gelijkelijk verdeeld worden: égalité devant les charges publiques.[185] Handelt de overheid in het algemeen belang, dan mag het niet zo zijn dat een klein deel van de samenleving of een klein deel van een bepaalde groep – zonder goede reden – een onevenredig deel van de lasten draagt dat uitstijgt boven het normale bedrijfsrisico. Tjepkema schrijft het volgende:[186]

---

181 In vergelijkbare zin Sieburgh. Zij betoogt dat er uit de profijttheorie en de gevaartheorie een algemeen criterium is af te leiden. Impliciet komt de 'keus' van de aansprakelijke persoon aan bod. Zie: Sieburgh 1999, p. 184-187.

182 De profijtgedachte ligt aan deze aansprakelijkheid ten grondslag, zie: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/192.

183 Gedacht kan worden aan art. 6:171, 6:172, 6:175 en 6:177 BW.

184 Vgl. Van Boom 2002, p. 138. Hij heeft opgemerkt, dat de bestuursrechtelijke nadeelscompensatie vanuit een civielrechtelijk perspectief een 'verrijkingsrechtelijk fenomeen' is.

185 Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Keirse), nr. 185

186 Tjepkema 2010, p. 292.

> 'Bij de égalité is de primaire reden voor de spreiding van de schade gelegen in het profijt dat de gemeenschap van het rechtmatige overheidshandelen trekt. In die profijtgedachte schuilt de kern van de égalité: zij is immers aanleiding tegenover dit voordeel voor de gemeenschap een compensatie voor de onevenredig benadeelde te stellen […]'.

Drukken de nadelige gevolgen van overheidsoptreden onevenredig zwaar op een kleine groep, dan dreigt de gemeenschap ongerechtvaardigd te worden verrijkt ten koste van deze kleine groep. De kosten van het overheidsingrijpen behoren – bij een abnormale last – eerder aan de overheid toe, dan aan iemand die toevallig de nadelige gevolgen ondervindt. Voorwaarde is wel dat de kosten uitstijgen boven het normale bedrijfsrisico.

Een voorbeeld. In verband met de uitbraak van Afrikaanse varkenspest, verbiedt de minister – ter bescherming van de gehele varkenssector – het gebruik van *swill*-voeder. Boer Leffers had zijn hele varkensbedrijf ingericht op *swill*-voeder en zag zijn bedrijf ten onder gaan omdat hij financieel niet in staat was de noodzakelijke veranderingen in te voeren. In rechte probeerde hij verhaal te halen bij de staat. Bij de Hoge Raad slaagt hij. Het verbod, zo overweegt de Hoge Raad, beoogt 'de belangen te beschermen van al diegenen die zich bezighouden met het fokken, verhandelen en exporteren van varkens'.[187] Tegelijkertijd treft dit verbod een kleine groep varkenshouders en wel degenen die hun bedrijf op *swill*-voedering hadden ingericht zonder dat ze makkelijk konden omschakelen. Zij zijn in onevenredige mate getroffen. De Hoge Raad overweegt:[188]

> 'Niet kan worden gezegd dat dit plotseling opgelegd, drastisch verbod als in de onderhavige Regeling vervat, behoort tot de normale bedrijfsrisico's die voor rekening van de ondernemer behoren te blijven. Daarbij is mede van belang, dat, naar in cassatie vaststaat, Leffers de maatregelen die tevoren waren voorgeschreven om besmetting met ziekten te voorkomen stipt heeft nageleefd.
> In deze omstandigheden moet worden geoordeeld dat de minister, zo de voormelde stellingen van Leffers juist zijn, inderdaad jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld door de voormelde Regeling uit te vaardigen en uit te voeren zonder dat hij daarbij tevens voor de hiervoor bedoelde varkensmesters die hun bedrijf, zoals Leffers, geheel op vervoedering van swill hadden ingericht, een regeling heeft getroffen die het hun financieel mogelijk maakte hun bedrijf aan te passen of, zo zulks onmogelijk zou blijken, hun te dier zake op andere wijze in hun economische belangen tegemoet kwam.'

Het voorkomen van Afrikaanse varkenspest kan ook worden gezien als iets dat de overheid in het algemeen belang doet, zodat de samenleving er als geheel profijt van heeft. De schade toegebracht aan Leffers behoren bij het overheidsbeleid, ja behoren bij de taak van de overheid om over de gezondheid van mens en dier te waken. Blijft dit soort schade liggen bij degene die haar feitelijk lijdt, dan is dit een ongerechtvaardigde meevaller voor – uiteindelijk – de belastingbetaler.

---

187 HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC4031, *NJ* 1992/638, m.nt. C.J.H. Brunner (Leffers/Staat), r.o. 3.7.

188 HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC4031, *NJ* 1992/638, m.nt. C.J.H. Brunner (Leffers/Staat), r.o. 3.7.

In zaken die in verband gebracht kunnen worden met het *égalité*-beginsel lijkt er soms van een verrijking geen sprake te zijn. Wanneer de politie op goede gronden een inval doet bij iemand die onschuldig blijkt te zijn, dan kan overheidsaansprakelijkheid aangewezen zijn.[189] De schade die de benadeelde lijdt zal in de regel een onevenredig zware last zijn. Wat echter is het voordeel van de gemeenschap bij een inval bij iemand die – achteraf – onschuldig blijkt te zijn? Het voordeel is er wel degelijk en is ideëel van aard. De samenleving is gebaat bij een goed functionerend politieapparaat. Daarbij hoort dat er soms een inval wordt gedaan bij iemand die achteraf onschuldig blijkt te zijn. Waar gehakt wordt, vallen spaanders. De schade die deze spaanders toebrengen moeten niet worden gedragen door degenen die toevallig door deze spaanders worden getroffen, maar door de gemeenschap die profiteert van de zwaardmacht.

2.9.4 Onbepaaldheid principe

Het principe dat iemand 'eigen' schade niet mag afwentelen op een ander, heeft iets onbepaalds in zich. In de voorbeelden die hier zijn gegeven, kleurt steeds de wet de normatieve vraag in, wanneer schade die de ene feitelijk lijdt rechtens aan een ander 'toebehoort'. Zo bepaalt artikel 6:174 BW dat de bezitter van een opstal degene is, die de schade behoort te dragen van een eventueel gebrek en zo bepaalt de wettelijke figuur van de zaakwaarneming dat de belanghebbende de schade moet vergoeden van degene die hem – overeenkomstig de regels van artikel 6:198 BW – heeft geholpen. Toch nodigt de gedachte dat iemand zijn 'eigen' schade niet mag afwentelen op een ander uit tot de vraag of er andere gevallen zijn waarin iemand feitelijk de schade lijdt die tot de sfeer van een ander behoort waardoor die laatste ongerechtvaardigd wordt verrijkt. In het hoofdstuk over de verrijkingsrechtelijke aanvulling van het onrechtmatigedaadsrecht komt die vraag nader aan de orde.[190]

2.10 Een verrijking buiten de normale gang van zaken moet met een kritisch oog worden bezien

Het vermogensrecht beoogt het economische verkeer te regelen dat in zekere zin aan het recht voorafgaat. Het contract is niet iets dat door het recht is uitgevonden, maar het is als afdwingbaar rechtsfeit erkend en nader geregeld. Het recht is gebouwd op en ontwikkelt zich in samenhang met het leven zoals dat in de realiteit plaatsvindt. Ontstaat er een maatschappelijke ontwikkeling, en kan 'dit nieuwe' aanleiding zijn voor juridische kwesties, dan

189 Vgl. HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, *NJ* 2003/615, m.nt. M. Scheltema (Staat/Lavrijssen).

190 Zie par. 10.6.4.

kan het recht in wet, rechtspraak en literatuur tot ontwikkeling komen. Zijn de kwesties te gering in omvang, dan kunnen open normen ervoor zorgen, dat bij de toepassing van het recht, recht wordt gedaan aan de bijzonderheden van het geval. De aanvullende en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, en de regels die daarop zijn terug te voeren, bewerkstelligen in essentie dat het ongelijke ongelijk wordt behandeld, zodat recht kan worden gedaan aan de bijzonderheden van het geval.

De vierde en laatste verrijkingsrechtelijke conceptie die hier wordt onderscheiden staat in nauw verband met de redelijkheid en billijkheid. Het gaat om de onregelmatige verrijking. Het woord onregelmatig is ten opzichte van 'onrechtmatig' of 'ongerechtvaardigd' een neutraal woord. Het beoogt alleen aan te geven dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser is ontstaan op een manier, die buiten de normale gang van zaken ligt.[191] De term 'onverwachte verrijking' of 'onvoorziene verrijking' zou de lading ook goeddeels dekken, maar het voordeel van de term onregelmatige verrijking is dat het nadrukkelijker terugverwijst naar de wijze waarop de verrijking is ontstaan. Een onregelmatige verrijking is niet noodzakelijkerwijs een ongerechtvaardigde verrijking, maar brengt wel mee dat de verrijking met een kritisch oog moet worden bezien.

Waar kan aan gedacht worden? Hartkamp en Sieburgh schrijven dat in het economische verkeer talloze verrijkingen optreden, zonder dat deze ongerechtvaardigd of anderszins problematisch zijn.[192] Gunstig contracteren, concurreren, investeren, meedingen om subsidie, werken, gokken, het deelnemen aan een loterij. Het zijn een aantal geijkte paden – met een wisselende kans op succes – om het vermogen uit te bouwen, ook al gaat dit ten koste van anderen. Het kan echter voorkomen dat iemand ten koste van een ander is verrijkt op een manier die buiten de normale gang van zaken ligt. Een apotheker bewerkstelligt dat een apotheekhoudend huisarts zijn apothekersvergunning moet inleveren;[193] een onderneming beroept zich ten onrechte (maar te goeder trouw en zonder dat dit een onrechtmatige daad oplevert) op een octrooi waardoor zij potentiële klanten van een concurrent aan zich bindt;[194] de hoge winsten van een belegger blijken het gevolg te

191 Enigszins verwant is de door Birks gemuntte 'policy-motivated' reden voor restitutitie 'The elimination of anomalies'. Zie Birks 1985, p. 311-312. '[…] [T]he application of a logical framework of rules can sometimes produce an anomalous and outrageous result. If it does, the elimination of the anomaly may be more laudable than an extremely technical defence of the rules which allow it to happen.' Het gaat bij Birks om gevallen waarin het recht tot evident onjuiste uitkomsten leidt; er moet in zijn ogen dan ook spaarzaam gebruik van worden gemaakt. Het principe dat een verrijking die buiten de normale gang van zaken ligt met een kritisch oog moet worden bezien, is hier bedoeld als principe die onbevangener moet worden toegepast.

192 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/465.

193 HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2018, *NJ* 1997/3, m.nt. E.J.H. Schrage (Van der Tuuk Adriani/Batelaan).

194 HR 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6098, *NJ* 2008/120, m.nt. Ch Gielen (CFS/Stork).

zijn van het feit dat hij, achteraf bezien, hoog in de piramide van een *Ponzi-scheme* zat.[195] De gevallen hebben gemeen dat de regelmaat van alledag wordt doorbroken.

Hoe hiermee om te gaan? Het enkele feit dat een verrijking van de een ten koste van de ander op een onregelmatige wijze is ontstaan, betekent niet dat de verrijking daarmee reeds ongerechtvaardigd is. Een onregelmatige verrijking is nog geen ongerechtvaardigde verrijking. Wél kan het feit dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser op een ongebruikelijke manier is ingetreden, reden zijn de verrijking en de omstandigheden waarin zij is opgetreden nader te bezien. Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, nodigt in een privaatrechtelijk stelsel dat wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid uit tot een kritisch vragen. De kwalificatie 'onregelmatige verrijking' is in wezen een tussenstap in de juridische analyse en als zodanig een moment halt te houden om alle omstandigheden van het geval te overzien. Soms nopen de omstandigheden van het geval tot de conclusie dat de verrijking inderdaad ongerechtvaardigd is. In andere gevallen is dat niet zo.

De voorbeelden die in deze paragraaf zijn gegeven zijn allemaal in het kader van artikel 6:212 lid 1 BW – met een wisselende uitkomst – beoordeeld. Ze zullen verspreid in dit boek aan de orde komen. Daarnaast kunnen verschillende regels en leerstukken in verband worden gebracht met de gedachte, dat een verrijking die buiten de normale gang van zaken is ontstaan, met een kritisch oog moet worden bezien. Een aantal voorbeelden passeert de revue.

2.10.1 Overeenkomstenrecht; specifieke bepalingen

Verschillende specifieke regels uit het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht kunnen in de sleutel worden gezet, van de gedachte dat een onregelmatige verrijking met een kritisch oog moet worden bezien.

Er zij aan herinnert dat mét het sluiten van de overeenkomst de verrijking van de bevoordeelde partij ten koste van de benadeelde al ontstaat. Reeds de overeenkomst doet immers rechten (vorderingen) en verplichtingen (schulden) ontstaan. Wordt de gewraakte overeenkomst succesvol aangetast of 'aangepast' dan is daarmee het voordeel van de bevoordeelde partij ten koste van de benadeelde geheel of gedeeltelijk ongedaan gemaakt. Is er al uitgevoerd dan ontstaan er mogelijk ongedaanmakingsverbintenissen. Het principe van de onregelmatige verrijking (die in een vernietigingsgrond of aanpassingsgrond tot uitdrukking kan komen) en het *sine causa*-principe 'werken' in het laatste geval samen.[196]

---

195 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, *NJ* 2012/495, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ponzi Scheme*).

196 Smits laat de normaliteit van de rechtshandeling doorwerken bij de vraag of er gebondenheid is, hetgeen past bij de gedachte dat een verrijking die buiten de normale gang van zaken ligt met een kritisch oog moet worden bezien. Zie Smits 1995, p. 253 en p. 262-263.

Wanneer een kostbaar voorwerp onder invloed van wederzijdse dwaling verkocht wordt voor een veel te lage prijs, dan is de koper verrijkt op een onregelmatige wijze.[197] Normaal gesproken zal een verkoper precies weten wat hij van de hand doet en er de juiste prijs voor vragen. De koper valt een onverwacht voordeel toe. Toch legt het recht het dwalingsrisico in beginsel bij de verkoper en is de overeenkomst in beginsel niet vernietigbaar.[198] Een onregelmatige verrijking is niet automatisch een ongerechtvaardigde verrijking. Toch maakt artikel 6:228 lid 1 sub c BW het mogelijk de afweging in een concreet geval anders te laten uitvallen. In zoverre komt de gedachte dat een onregelmatige verrijking met een kritisch oog moet worden bezien in deze regel tot zijn recht.[199]

Sluit iemand een rechtshandeling onder bijzondere omstandigheden en heeft diens wederpartij misbruik gemaakt van die omstandigheden, dan kan het zo zijn dat de rechtshandeling vernietigbaar is op grond van misbruik van omstandigheden ex artikel 3:44 lid 1 jo. 3:44 lid 4 BW. Dit leerstuk bevindt zich op het snijpunt van de gedachte dat niemand mag profiteren van zijn onereuze gedrag (het misbruik-aspect) en de gedachte dat een voordeel dat buiten de normale gang van zaken behaald is, met een kritisch oog bezien moet worden (het aspect van de bijzondere omstandigheden).

Gedacht kan voorts worden aan het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden (artikel 6:258 BW). Wijzigen de omstandigheden na de overeenkomst en is dit niet verdisconteerd – is de wijziging van de omstandigheden niet door partijen voorzien – dan kan één van de partijen bij de rechter wijziging of ontbinding vorderen. De rechter kan een dergelijke vordering toewijzen wanneer de wederpartij van degene die de vordering instelt naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen onverkorte nakoming van de overeenkomst mag verwachten. Maken onvoorziene omstandigheden de overeenkomst, achteraf bezien, onevenwichtig dan kan

197 De wederzijdse dwaling is wel in verband gebracht met het verrijkingsbeginsel. Zie bijvoorbeeld: Scheltema 1993, p. 156; Van Loo 2003, p. 28-29.

198 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/243; Asser/Hijma 7-I* 2013/246. Zie: HR 19 juni 1959, *NJ* 1960/59 (Kantharos van Stevensweert).

199 In het Engelse recht wordt de bevoegdheid van de benadeelde om een overeenkomst te vernietigen door sommigen als een verrijkingsrechtelijke remedie gezien, omdat de contractuele aanspraak met de vernietiging met terugwerkende kracht komt te vervallen zodat de verrijking daarmee ongedaan worden gemaakt. Zie: Goff & Jones/Mitchell, Mitchell & Watterson 2016, nr.40-16-40-17; Birks 1985, p. 162-163. Naar Nederlands recht vallen de wilsgebreken buiten het verrijkingsrecht, wél meen ik dat het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt in de regeling van de wilsgebreken tot zijn recht kan komen.

het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden dus uitkomst bieden.[200] Met enige nadruk moet er op worden gewezen, dat het heersende leer is dat de rechter terughoudend van zijn wijzigings- en ontbindingsbevoegdheid gebruik moet maken.[201] *Pacta sunt servanda* blijft het uitgangspunt, of in de termen van dit hoofdstuk: een onregelmatige verrijking is niet automatisch een ongerechtvaardigde verrijking.

Een enkele keer merkt de wet een onregelmatige verrijking als een ongerechtvaardigde verrijking aan. Artikel 6:78 BW voorkomt dat de schuldenaar die door overmacht niet nakomt en aldus niet schadeplichtig is op grond van artikel 6:74 BW, van zijn tekortkoming profiteert. Het feit dat de schuldenaar door de overmachtssiutatie niet kan presteren kan hem namelijk een voordeel opleveren ten opzichte van de normale situatie – buiten overmacht – waarin hij de overeenkomst nagekomen zou zijn. De betreffende bepaling stelt buiten twijfel dat de wederpartij van de schuldenaar in beginsel met vrucht een verrijkingsactie kan instellen ter zake van dit voordeel. De schuldenaar mag niet onverwachts beter worden van een overmachtssituatie.

2.10.2 Overeenkomstenrecht; onregelmatige verrijking als gezichtspunt

De gedachte dat een verrijking die op een onregelmatige wijze is ontstaan met een kritisch oog moet worden bezien, kan als gezichtspunt een rol spelen bij de belangenafweging in het kader van verschillende contractuele leerstukken.[202]

In de totstandkomingsfase is te wijzen op de wilsvertrouwensleer. In het normale geval komen overeenkomsten tot stand, wanneer partijen tot wilsovereenstemming gekomen zijn. De verklaringen die het aanbod en de aanvaarding belichamen stemmen overeen met de daadwerkelijke wil van respectievelijk de aanbieder en de acceptant. Is dit niet het geval, en is de overeenkomst voorts onevenwichtig, dan is de bevoordeelde op een onregelmatige wijze verrijkt ten koste van de benadeelde. Deze verrijking is echter niet ongerechtvaardigd wanneer de bevoordeelde er krachtens de wilsvertrouwensleer gerechtvaardigd op heeft vertrouwd dat de wil en de verklaring van de benadeelde overeenstemden.

---

200 Nieuwenhuis 1988, p. 115-118; Scheltema 1993, p. 156. 'Het opnemen van een oorzaakseis voor de overeenkomst in een artikel in het huidige burgerlijk wetboek is […]', zo betoogt hij, 'niet nodig. Er zijn in het huidige Burgerlijk Wetboek voldoende artikelen opgenomen die het doel hebben ongegronde vermogensverschuivingen door middel van overeenkomsten te voorkomen. Te denken valt aan de bepalingen over wilsgebreken – de artikelen 3:44 en 6:228 – en de redelijkheid en billijkheid – onder andere te vinden in de artikelen 6:2, 6:248 en 6:258 BW.' Zie voor een concreet voorbeeld: Rb. 's-Gravenhage 23 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW6567, *NJF* 2012/306.

201 Zie bijvoorbeeld: HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587, *NJ* 1998/493 (Briljant Schreuders/ABP), r.o. 4.3.2.; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/444.

202 Vgl. Smits 1995. Hij betoogt dat het verrijkingsbeginsel een rol kan spelen bij het antwoord op de vraag of er in een concreet geval contractuele gebondenheid moet worden aangenomen. Zie o.m. p. 244-245.

Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, komt feitelijk tot zijn recht in de fase vlak daarvoor, d.w.z. bij de vraag of er inderdaad gerechtvaardigd vertrouwen was bij de bevoordeelde. Verschillende auteurs hebben er, terecht, op gewezen dat het feit dat een overeenkomst met een bepaalde strekking onevenwichtig zou zijn een aanwijzing kan zijn dat het totstandkomingsvertrouwen aan de zijde van degene die vertrouwde niet gerechtvaardigd is. Naarmate een rechtshandeling een groter voordeel meebrengt voor degene die vertrouwde ten koste van degene die verklaarde des te minder snel zal kunnen worden gezegd dat de degene die vertrouwde *gerechtvaardigd* vertrouwde.[203] Dit is niet zo zeer een gevolg van het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, maar veeleer van de ervaringsregel dat men over het algemeen handelt uit eigenbelang. Als ik een gloednieuwe laptop – per mail – voor € 22 te koop aanbied, dan zal mijn wederpartij over het algemeen behoren te beseffen dat ik een nulletje vergeten ben. Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt komt hiermee *de facto* tot zijn recht.[204]

Is er wél gerechtvaardigd vertrouwd door de bevoordeelde partij en komt er een overeenkomst tot stand, dan is het technisch mogelijk dat een beroep op hetzij het gerechtvaardigde vertrouwen,[205] hetzij de overeenkomst zelf naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dit zal niet snel het geval zijn. Wellicht zou gedacht kunnen worden aan een geval waarin een geestelijk gestoorde, die een montere en heldere indruk maakt, een voor hem zeer nadelige overeenkomst sluit en ook na herhaaldelijk doorvragen van zijn wederpartij verklaart deze overeenkomst toch écht te willen. De onregelmatigheid van de verrijking enerzijds en de gedachte dat een handelingsonbekwame soms tegen zichzelf beschermd moet worden (de geestelijk gestoorde meerderjarige kan feitelijk handelingsonbekwaam zijn) anderzijds kan – in mijn optiek – maken dat onverkorte nakoming van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het verrijkingsbeginsel kleurt dan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in.

Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, kan in bijzondere omstandigheden ook een waardevol gezichtspunt zijn bij de beantwoording van de vraag of een beroep op een exoneratieclausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

---

203 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/137*in fine*; Houwing 1972, p. 114; Smits 2006, p. 429-431.

204 Smits 2006, p. 431.

205 Vgl. HR 12 september 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC2628, *NJ* 1987/267, m.nt. P.A Stein (Westhoff/Spronsen).

Hoewel het verrijkingsbeginsel in die procedure niet aan de orde is gekomen, kan dit punt worden geïllustreerd aan de hand van de casus die ten grondslag ligt aan het arrest *Alcoa/Pasman*.[206] Alcoa verkoopt een bedrijfspand in Geldermalsen aan Pasman voor € 1.900.000. Op het verkoopbord en in de door de makelaar opgestelde brochure wordt een oppervlakte vermeld van 12.000 m² respectievelijk 11.940 m². Tijdens de onderhandelingen krijgt Pasman van Alcoa een huurovereenkomst met betrekking tot het bedrijfspand in handen, waar eveneens een oppervlakte van 12.000 m² wordt genoemd. Achteraf blijkt dat het bedrijfspand aanzienlijk kleiner is, namelijk 10.185 m². Dit is voor Pasman, die het pand wenst te verhuren, een kleine ramp: hij loopt een slordige € 50.000 per jaar mis aan huurtermijnen. Uiteraard beroept Pasman zich op non-conformiteit: het bedrijfspand beantwoordt niet aan de overeenkomst en daarom eist hij schadevergoeding. Alcoa verweert zich – onder meer – met een beroep op een in de transportakte neergelegde exoneratie-clausule. Deze clausule luidde als volgt: 'Indien de door de verkoper opgegeven maat of grootte of de verdere omschrijving van het verkochte niet juist of niet volledig zijn, zal geen van partijen daaraan enig recht ontlenen.'

Eén van de vragen die rees was of Alcoa zich met vrucht kon beroepen op de exoneratie-clausule om aansprakelijkheid op grond van wanprestatie c.q. non-conformiteit af te wimpelen.

Het Hof is van oordeel dat het beroep op de exoneratieclausule, gelet op de omvang van de door Pasman geleden schade, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De Hoge Raad casseert:

> 'De klacht behelst onder meer dat het hof niet is ingegaan op alle relevante omstandigheden, waaronder die welke door Alcoa zijn aangevoerd, zoals de omstandigheden dat Alcoa er niet van op de hoogte was dat de oppervlakte kleiner was dan opgegeven en dat haar derhalve geen verwijt treft, en dat [Pasman]een ervaren handelaar in onroerend goed is en met de bepaling bewust het risico heeft aanvaard dat de oppervlakte kleiner was dan vermeld. Deze klacht treft doel.'[207]

De Hoge Raad volgt hiermee de Advocaat-Generaal Huydecoper. In zijn conclusie betoogt Huydecoper dat de vraag of een beroep op een exoneratieclausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is in het algemeen genomen afhangt van de mate van verwijtbaarheid van de concrete gedraging waartegen de exoneratieclausule in een concreet geval beschermd.[208] Slechts in uitzonderlijke gevallen is het mogelijke dat een beroep op een exoneratieclausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is zonder dat degene die een beroep op de clausule doet een aanmerkelijke mate van schuld kan worden verweten. Huydecoper concludeert tot vernietiging: enerzijds heeft het Hof géén omstandigheden in zijn oordeel betrokken waaruit blijkt dat Alcoa een ernstig verwijt kan

206 HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9891, *RvdW* 2012/321 (Alcoa/Pasman).
207 R.o.. 3.3.2.
208 Conclusie nr. 31.

worden gemaakt, anderzijds heeft het Hof geen nadere omstandigheden genoemd die het beroep van Alcoa op de exoneratie-clausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar maken. Alleen het feit dat Pasman ernstige schade lijdt is – aldus de Advocaat-Generaal en de Hoge Raad – onvoldoende. De redelijkheid en billijkheid worden hier gebruikt als gedragsnorm,[209] zodat het schuldbeginsel – behorend tot het DNA van iedere jurist – sterk doorklinkt.

In mijn optiek kan een verrijkingsrechtelijk perspectief echter verhelderend zijn. Bedacht moet worden dat de casus niet alleen wordt gekenmerkt door het feit dat één der partijen – Pasman – een grote schade heeft geleden, maar óók door de omstandigheid dat zijn wederpartij – Alcoa – naar het zich laat aanzien een groot voordeel heeft binnengehaald. Alcoa heeft immers een kantoorpand van iets meer dan 10.000 m² verkocht alsof het een kantoorpand van 12.000 m² was, dit terwijl kantoorpanden nogal eens per vierkante meter worden verhuurd (hetgeen in casu ook is gebeurd). De wilsovereenstemming tussen Pasman en Alcoa heeft betrekking op een koop van een kantoorpand van om en nabij de 12.000 m²; het kan iets meer zijn maar ook iets minder. Kleine afwijkingen leiden tot geringe verrijkingen of verarmingen, zodat een beroep op de exoneratieclausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in dat soort gevallen niet onaanvaardbaar zal zijn. Toch zal er ergens een kritische grens (moeten) zijn. Naarmate de verschillen groter worden komt er een moment dat de verrijking van de één en de verarming van de ander niet door de wilsovereenstemming op hoofdlijnen 'ongeveer 12.000 m²' enerzijds en de exoneratieclausule anderzijds kan worden gerechtvaardigd. Als het juist is dat bij een geldig beroep op de exoneratieclausule door Alcoa tegenover de schade van Pasman een verrijking van vergelijkbare omvang aan de kant van Alcoa zou staan, dan sluit ik niet uit dat het beroep van Alcoa op de exoneratieclausule, los van de verwijtbaarheid van Alcoa, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is vanwege het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt.

2.10.3 Schadevergoedings- en verzekeringsrecht

Ook in het schadevergoedingsrecht zijn er verschillende leerstukken die in verband gebracht kunnen worden met de gedachte dat een onregelmatige verrijking kritisch tegemoet moet worden getreden. Ik stip er een aantal aan.

In de eerste plaats kan gedacht worden aan de voordeelstoerekening. 'Heeft eenzelfde gebeurtenis', zo bepaalt artikel 6:100 BW, 'voor de benadeelde naast schade tevens voordeel opgeleverd, dan moet, voor zover dit redelijk is, dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening worden gebracht.' Hoewel het leerstuk van de voordeelstoereke-

209 Vgl. P.S. Bakker, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm*, Deventer: Kluwer 2012.

ning primair ziet op de schadebegroting, heeft het een verrijkingsrechtelijk tintje. Sieburgh schrijft:[210]

> 'Herhaaldelijk komt het voor dat een door bijvoorbeeld wanprestatie of onrechtmatige daad benadeelde persoon niet alleen een nadeel lijdt, maar dat de gebeurtenis voor hem ook een zelfstandig voordeel doet ontstaan. In het algemeen wordt het billijk geacht, dat bij de begroting van de schadevergoeding met dit voordeel rekening wordt gehouden: de benadeelde moet schadeloos worden gesteld, zijn volledige schade behoort te worden vergoed, maar hij behoort niet verrijkt te worden.'

Gedacht kan worden aan het doorberekeningsverweer (of het *passing on*-verweer).[211] Berekent het slachtoffer van een kartel de schade door aan zijn klanten, dan kan de aansprakelijke partij zich er onder omstandigheden op beroepen dat de benadeelde geen schade heeft voor zover zij de schade in haar prijsbeleid heeft verdisconteerd. Zou dit verweer niet gevoerd kunnen worden, dan zou het slachtoffer in die zin ongerechtvaardigd worden verrijkt ten koste van de aansprakelijke partij dat (i) hij door de schadevergoeding in een betere positie komt dan het geval zou zijn zonder de onrechtmatige mededinging (hij vordert schade die hij al heeft afgewenteld), terwijl (ii) de aansprakelijke partij – in theorie – óók aangesproken kan worden door de klanten aan wie de schade is doorberekend zodat de inbreukmaker, in dat geval, dezelfde schade tweemaal zou moeten vergoeden.[212] Zou de inbreukmaker het *passing on*-verweer niet mogen voeren, dan kan het slachtoffer van het kartel ongerechtvaardigd worden verrijkt ten koste van de inbreukmaker.

Dat iemand in een voordeliger positie komt als hij de schade volledig vergoed krijgt, is echter niet altijd van doorslaggevende betekenis. Voordeelstoerekening vindt alleen plaats voor zover dit redelijk is. Krijgt het slachtoffer uitbetaald van een sommenverzekering dan kan het zijn, dat voordeelstoerekening niet redelijk is.[213]

De problematiek van de onregelmatige verrijking kan ook op een andere manier de kop opsteken in het kader van het leerstuk van de schadebegroting. Dit kan zich voordoen als de schade, in afwijking van de hoofdregel (die concrete schadeberekening voorschrijft), op een abstracte wijze moet worden begroot. Dit is, bijvoorbeeld, het geval bij zaaksschade. De waarde-

---

210 Asser/Sieburgh 6-II 2017/99. Zie ook bijvoorbeeld: A.M. Biegman-Hartogh 1971 p. 129; Lindenbergh, *GS Schadevergoeding*, art. 6:100 BW, aant. 3. Aldaar wordt opgemerkt dat de grondslag van de voordeelstoerekening wordt gezocht in het schadebegrip en in de ongerechtvaardigde verrijking.

211 HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, *NJ* 2017/262, m.nt. S.D. Lindenbergh en J.S. Kortmann (Tennet c.s./ABB B.V. c.s.).

212 In gelijke zin: Van Leuken 2007, par. 2.3-2.4. Zie in Europees verband bijvoorbeeld: HvJ EG, 20 september 2001, C-453/99, ECLI:NL:XX:2001:AE0853, *NJ* 2002/43 (Courage Ltd/Crehan).

213 Zie: HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808, *NJ* 2013/81, m.nt. T. Hartlief (Verhaeg/Jenniskens B.V), r.o. 3.5.3. sub c. Genuanceerd over de problematiek: Asser/Sieburgh 6-II 2017/157.

vermindering van een beschadigde zaak wordt, in de regel, – uit doelmatigheidsoverwegingen – begroot op de objectieve herstelkosten (als herstel redelijkerwijs mogelijk is).[214] Zijn de kosten voor herstel feitelijk hoger, dan wordt de schade alsnog concreet begroot. Maar zijn de herstelkosten voor de gelaedeerde lager dan de objectieve herstelkosten – bijvoorbeeld omdat de gelaedeerde de zaak goedkoper kan (laten) repareren – dan kan de laedens zich daar níet op beroepen en is hij een vergoeding ter hoogte van de objectieve herstelkosten verschuldigd. De gelaedeerde komt in het laatste geval in een betere positie te verkeren, dan het geval zou zijn geweest als de gebeurtenis waarvoor de laedens aansprakelijk is niet had plaats gevonden.

Deze verrijking ligt buiten de normale gang van zaken. Het is een incident. Van een ongerechtvaardigde verrijking is evenwel géén sprake, omdat het om een weloverwogen regel van het schadevergoedingsrecht gaat die in de dienst staat van een efficiënte en doelmatige schadeberekening. Het verrijkingsbeginsel zal deze *policy* niet zomaar doorkruisen. Het principe dat een onregelmatige verrijking met een kritisch oog moet worden bezien, zou echter in zoverre een rol van betekenis kunnen spelen, dat in bijzondere omstandigheden de abstracte berekening verworpen wordt ten gunste van een meer concrete.[215] Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn als de aansprakelijkheidsnorm strikt is, de schade niet door verzekering wordt gedekt (maar drukt op een natuurlijk persoon) en het voordeel dat de gelaedeerde ten koste van de aansprakelijke persoon in de wacht sleept buitensporig hoog is. Het verrijkingsaspect kan dan als gezichtspunt fungeren bij de aanvaardbaarheid van de abstracte schadeberekening. Artikel 6:97 BW geeft die ruimte.

Met het indemniteitsbeginsel kan het verrijkingsbeginsel ook een rol spelen in het schadeverzekeringsrecht. 'De verzekerde', zo bepaalt artikel 7:960 BW, 'zal krachtens de verzekering geen vergoeding ontvangen waardoor hij in een duidelijk voordeliger positie zou geraken.' Dit vloeit voort uit de functie van de schadeverzekering: deze strekt ex 7:944 BW tot 'vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen lijden'.[216] Er worden twee grondgedachten aangevoerd. Enerzijds voorkomt het beginsel dat de verzekerde belang krijgt bij het intreden van de schadelijke gebeurtenis (als zodanig past het ook bij het principe dat niemand mag profiteren van zijn onereuze gedrag). Anderzijds wordt betoogd dat dit samenhangt met de maatschappelijke functie van de verzekering: de offers die iedereen door het betalen van verzekeringspremies brengt moeten worden aangewend voor

214 Asser/Sieburgh 6-II 2017/36; Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding (Hartlief), nr.208 en de aldaar vermelde literatuur. Zie ook: HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0357, *NJ* 2013/219, m.nt. M.M. Mendel (Reaal/Athlon), r.o. 3.6.1.

215 De Hoge Raad sluit niet uit dat afwijking van de norm van abstracte schadeberekening mogelijk is, al moet met afwijking terughoudendheid worden betracht. HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0357, *NJ* 2013/219, m.nt. M.M. Mendel (Reaal/Athlon), r.o. 3.6.1 *in fine*.

216 Vgl. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/428.

schadevergoeding.[217] Dit indemniteitsbeginsel is door Mijnssen in verband gebracht met het verrijkingsleerstuk.[218]

Het feit dat de verzekerde na het intreden van de verzekerde gebeurtenis er – na de uitkering – beter op geworden is betekent niet automatisch dat het indemniteitsbeginsel geschonden is. In een geval waarin de verzekerde zich tegen nieuwwaarde of herbouwwaarde heeft verzekerd, zal hij over het algemeen in een voordeliger positie komen wanneer de schadelijke gebeurtenis intreedt en de verzekeraar de nieuwwaarde of de herbouwwaarde uitkeert. De nieuwwaarde of de herbouwwaarde zal in de regel immers hoger zijn dan de dagwaarde. In wezen is dit een onregelmatig voordeel. Hoewel deze verrijking buiten de normale gang van zaken ligt, is een dergelijke verrijking over het algemeen niet ongerechtvaardigd c.q. in strijd met het indemniteitsbeginsel.[219] Het komt erop aan dat de verzekerde 'duidelijk' in een voordeliger positie geraakt.

In bepaalde omstandigheden kan vergoeding van herbouwkosten wel degelijk in strijd zijn met het indemniteitsbeginsel. Tamelijk recent is bij de Hoge Raad het volgende geval aan de orde geweest. Een aannemer heeft zich jegens de gemeente Gennep verbonden tot de bouw van een appartementen- en bedrijvencomplex met parkeerkelder.[220] Bij de werkzaamheden raakt de hoofdleiding van de riolering beschadigd. Het riool blijkt omgelegd te moeten worden. De aannemer betaalt de omleggingskosten van € 140.263,86 uit hoofde van onrechtmatige daad aan de gemeente en vordert eenzelfde bedrag van zijn aansprakelijkheidsverzekeraar. De verzekeraar weigert uitkering en beroept zich daarvoor op het indemniteitsbeginsel. Het riool is, zo betoogt de verzekeraar, pas ontdekt na aanvang van de werkzaamheden. In dat geval komen, aldus nog steeds de verzekeraar, de noodzakelijke omleggingskosten krachtens de aannemingsovereenkomst voor rekening van de aannemer. De Hoge Raad overweegt:[221]

> 'Indien het hof van de juistheid van deze stellingen is uitgegaan, geeft zijn oordeel dat vergoeding van deze kosten door de verzekeraars niet in strijd is met het indemniteitsbeginsel (zie thans art. 7:960 BW), blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Indien het hof heeft geoordeeld dat ook bij een niet tijdige ontdekking van de ligging van het riool de kosten van omlegging ingevolge de aannemingsovereenkomst voor rekening van de opdrachtgever zouden komen, is zijn oordeel in het licht van de stellingen van de verzekeraars onvoldoende gemotiveerd.'

Vergoeding van de herbouwwaarde zou in een geval als dit een ongerechtvaardigde meevaller van de aannemer meebrengen. Hij zou door de uitkering in een 'duidelijk voordeliger' positie komen dan het geval zou zijn wan-

---

217 Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/428; T.L. Cieremans, *GS Bijzondere overeenkomsten*, artikel 960 Boek 7 BW, aant. 2 en de aldaar vermelde rechtspraak en literatuur.

218 Mijnssen 2001, p. 337-346.

219 Zie: Mijnssen 2001, p. 342-346.

220 HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6110, *RvdW* 2013/416 (Allianz c.s/Verweerster).

221 R.o. 3.5.

neer de schadelijke gebeurtenis niet zou zijn ingetreden. Zou hij het riool hebben ontdekt, zonder het te beschadigen, dan zouden de omleggingskosten voor zijn rekening zijn gekomen.

2.10.4 Rechtsvinding

Bij de begroting van zaaksschade geeft artikel 6:97 BW enige ruimte om het verrijkingsbeginsel mee te wegen bij de aanvaardbaarheid van abstracte schadeberekening. De omstandigheid dat er een voordeel genoten wordt dat buiten de normale gang van zaken ligt, kan in de vermogensrechtelijke rechtsvinding ook een gezichtspunt zijn, in een geval waarin er hiervoor weinig aanknopingspunten lijken te zijn in het stelsel van de wet. Als voorbeeld kan dienen het arrest *Loeffen/BMH I*.[222]

Meerhuys heeft een rekening-courantverhouding met de bank met een bijbehorende rekening. De rekening heeft dus als kenmerk 'dat de in de rekening opgenomen vorderingen en schulden (waarvoor debitering en creditering plaatsvindt) van rechtswege, doorlopend en dadelijk zodra zij voor compensatie vatbaar zijn, met elkaar verrekend worden en dat op ieder tijdstip alleen het saldo verschuldigd is'. Nadat het faillissement van Meerhuys was aangevraagd – maar nog níet was uitgesproken – stortte een debiteur van Meerhuys *f* 750.000 op diens bankrekening. De bank zag haar vordering op Meerhuys – door de automatische verrekening – met een gelijk bedrag slinken; het debetsaldo van *f* 856.326,31 verminderde naar *f* 106.226, 31.

In 1987 was de vraag: kan deze verrekening door de beugel? De Hoge Raad beantwoordt deze vraag ontkennend en vat daartoe zowel artikel 47 Fw als artikel 54 Fw ruim op. Op grond van de normale regel van artikel 47 Fw kan de voldoening van een opeisbare schuld door de schuldenaar (in casu Meerhuys) vernietigd worden indien – onder meer – degene die betaling ontving (hier de bank) 'wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds aangevraagd was'. Welnu, de Hoge Raad was van oordeel dat de betaling door de debiteur van Meerhuys op de door Meerhuys bij de bank aangehouden rekening, geldt als een betaling van Meerhuys aan de bank met als gevolg dat de betaling door de curator vernietigd kan worden als de bank op het moment van de desbetreffende betaling wist van de faillissementsaanvraag. Ook artikel 54 Fw vat de Hoge Raad ruim op, door de betaling van de debiteur van Meerhuys op de bankrekening van Meerhuys te kwalificeren als een schuldovername, waarvoor geen verrekeningsmogelijkheid openstaat indien de bank bij de overname van de schuld niet te goeder trouw heeft gehandeld.

In dit oordeel zou het principe gelezen kunnen worden dat een verrijking die buiten de normale gang van zaken ligt, met een kritisch oog moet worden bezien. Redengevend voor de ruime interpretatie van 47 Fw en artikel 54 Fw is namelijk dat banken een sleutelrol vervullen in het betalings-

222 HR 8 juli 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0457, *NJ* 1988/104, m.nt. W.C.L. van der Grinten.

verkeer. Betalingen lopen doorgaans via banken. Zou artikel 47 Fw en artikel 54 Fw naar de letter worden opgevat en zou een bank betalingen op de rekening van haar cliënt – ook nadat het faillissement van de desbetreffende cliënt is aangevraagd – steeds met haar eigen vordering op de cliënt mogen verrekenen, dan zouden banken daarmee een verhaalsvoordeel hebben ten opzichte van alle andere crediteuren. Banken zouden dan profiteren van hun bijzondere positie in het betalingsverkeer. De ruime uitleg van artikel 47 Fw en artikel 54 Fw voorkomt dat banken een onregelmatig verrekeningsvoordeel hebben.

2.11 Het verband tussen de vier verrijkingsrechtelijke principes

Er zijn vier concepties onderscheiden van het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt. Bij elk van deze concepties verbindt het verrijkingsbeginsel zich met een ander vermogensrechtelijk uitgangspunt. Aldus zijn vier verschillende verrijkingsrechtelijke principes de revue gepasseerd:

1. Een verrijking die het gevolg is van een vermogensverschuiving zonder toereikende rechtvaardigingsgrond moet worden voorkomen of ongedaan worden gemaakt.
2. Iemand mag niet profiteren van zijn onereuze gedrag.
3. Iemand mag 'eigen' schade niet afwentelen op een ander.
4. Een verrijking die is ontstaan op een manier die buiten de normale gang van zaken ligt, moet met een kritisch oog worden bezien.

Hoewel deze principes in het voorgaande apart zijn behandeld, worden zij niet gescheiden door Chinese muren.

In de eerste plaats raken alle verrijkingsrechtelijke concepties op enigerlei wijze aan de bescherming van de vermogensrechtelijke *status quo* in de ruime zin van het woord. Het *sine causa*-principe is er sterk mee verweven. Het principe vloeit voort uit het vermogensrechtelijk toebehoren en brengt mee dat een vermogensverschuiving een rechtvaardigingsgrond behoeft.

De gedachte dat niemand mag profiteren van zijn onereuze gedrag, speelt als de één zich op een onrechtmatige wijze probeert te verrijken ten koste van de ander. Voor zover het principe tot uitdrukking komt in de wilsgebreken of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, geeft het aan de *sine causa*-conceptie een kwalitatieve dimensie. Een rechtshandeling die als rechtvaardiging voor een vermogensverschuiving kan fungeren kan immers door een wilsgebrek kwetsbaar zijn of – door de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid – een andere inhoud hebben dan gedacht. Maar ook in gevallen waarin géén sprake is van een vermogensverschuiving beschermt het principe dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag de vermogensrechtelijke status quo. De tandarts die zich een concurrentievoordeel verschaft doordat hij niet aan zijn vergunnings-

plicht voldoet, handelt in zoverre onrechtmatig jegens zijn concurrenten. Niet het harde vermogensrechtelijke toebehoren wordt beschermd, maar het uitgangspunt van gelijke concurrentie.

Het principe dat 'eigen' schade niet op een ander mag worden afgewenteld is in dit hoofdstuk gekenschetst als een spiegelbeeld van het *sine causa*-principe. Wanneer iemand schade lijdt door een activiteit van een ander, dan kan de laatstgenoemde in die zin ongerechtvaardigd zijn verrijkt, dat een deel van de kosten van een door hem ontplooide activiteit bij een ander terechtkomen. De status quo wordt in die zin beschermd dat eenieder zijn eigen schade moet dragen: het ongestraft afwentelen van de schade of kosten zou de status quo doorbreken.

De gedachte, ten slotte, dat een onregelmatige verrijking met een kritisch oog moet worden bezien, neemt de vermogensrechtelijke status quo tot uitgangspunt. Verandert deze op een reguliere wijze, dan is er niets aan de hand. Maar wordt de een ten koste van een ander verrijkt buiten de normale gang van alledag, dan moet worden bezien of het recht zich daarachter kan scharen.

Er is, in de tweede plaats, nog een ander verband tussen de vier principes. Het laatste hier besproken principe, is de gedachte dat een verrijking die buiten de normale gang van zaken is ontstaan, met een kritisch oog moet worden bezien. Op de keper beschouwd, zien de andere gepresenteerde verrijkingsrechtelijke concepties evenzeer op verrijkingen die buiten de normale gang van zaken zijn ontstaan. Een vermogensverschuiving zonder rechtvaardigingsgrond, een profiteren van onereus gedrag en de afwenteling van eigen schade op een ander wijken af van de norm. Het recht staat afkerig tegen deze verrijkingsvormen. Een vermogensverschuiving *behoeft* een rechtvaardigingsgrond, iemand *mag niet* profiteren van zijn onereuze gedrag, eigen schade *mag niet* zomaar op een ander worden afgewenteld. Het principe dat een onregelmatige verrijking met een kritisch oog moet worden bezien, is in wezen de sluitpost. De werkelijkheid van het recht is te veelvormig om het verrijkingsbeginsel in een handvol ronde beginsels te vangen. Het laatste principe – dat voorschrijft dat een onregelmatige verrijking met een kritisch oog moet worden bezien – is als sluitpost het meest onbepaalde principe en weerspiegelt daarmee het onbepaalde karakter van het verrijkingsbeginsel.

2.12 Slotsom

We hebben gezien dat het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, een wijdvertakt beginsel is. Verschillende vermogensrechtelijke regels laten zich op verschillende manieren in verband brengen met het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt. Het beginsel kan, enerzijds, in meer of mindere mate aan een regel of leerstuk ten grondslag liggen. Zo is de onverschuldigde betaling, bijvoorbeeld, geënt op het verrijkingsbegin-

sel en is bij het leerstuk van de risicoaansprakelijkheid het beginsel meer op de achtergrond aanwezig. Anderzijds kan het beginsel richtinggevend zijn in de vermogensrechtelijke belangenafweging. Het kan in dit verband een gezichtspunt zijn in de vermogensrechtelijke rechtsvinding en het kan bovendien open normen nader invullen.

De mate waarin het verrijkingsbeginsel richtinggevend kan zijn moet niet worden overschat. Ten eerste krijgt het beginsel eerst richting als het in verband wordt gebracht met specifieke vermogensrechtelijke uitgangspunten. Van zichzelf wijst het niet één bepaalde richting op.

Ten tweede klinkt het onbepaalde karakter van het verrijkingsbeginsel in elk van de verrijkingsrechtelijke principes door. Het *sine causa*-principe doet de vraag rijzen wanneer er een vermogensverschuiving is en wat geldt als een rechtvaardigingsgrond; het principe dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag doet de vraag rijzen om welk gedrag het precies gaat; de gedachte dat iemand eigen schade niet op een ander mag afwentelen, brengt de vraag mee wat 'eigen' schade is; de gedachte dat een onregelmatige verrijking met een kritisch oog moet worden bezien is, als gezegd, van zichzelf al onbepaald. Zelden zal het beginsel een bepaalde oplossing dicteren.

Ten derde is het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt niet het enige beginsel dat in het vermogensrecht een rol speelt. Het beginsel kan door andere overwegingen worden doorkruist.

Ten vierde komt het beginsel tot zijn recht in de gewone regels van het vermogensrecht zonder dat het als zodanig naar voren komt. Als iemand onverschuldigd betaalt aan de ander of zichzelf op een onrechtmatige wijze verrijkt, dan komt het verrijkingsbeginsel tot zijn recht in de toepassing van respectievelijk artikel 6:203 en 6:162 BW zonder dat het beginsel daarbij in de regel ter sprake zal komen.

Toch kan het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt richtinggevend zijn. Het is echter een bescheiden rol.[223] De vraag of de gedaagde in een concreet geval ongerechtvaardigd is verrijkt – of dat de gedaagde bij een bepaalde oplossing ongerechtvaardigd zou worden verrijkt – kan fungeren als een 'check' in de vermogensrechtelijke rechtsvinding. De onderscheiden verrijkingsrechtelijke concepties kunnen in dit verband helpen bepaalde vermogensrechtelijke uitgangspunten in verrijkingsrechtelijk zin door te rekenen. Vervolgens zijn de normen van het vermogensrecht doorgaans flexibel genoeg om een ongerechtvaardigde verrijking te voorkomen of ongedaan te maken. Bovendien is het mogelijk om, vanuit het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, kritiek uit te oefenen op een bepaald leerstuk of een bepaalde oplossing.

---

223 Vgl. Dagan 2004, p. 25-36, waarin de auteur het verrijkingsbeginsel – in Amerikaanse context – ziet als uitnodiging op een kritische reflectie op het recht. De auteur rept van een bescheiden rol van het verrijkingsbeginsel.

Het verrijkingsbeginsel speelt met name een rol als richtinggevend beginsel bij de algemene verrijkingsactie ex artikel 6:212 BW. Maar ook die regel maakt deel uit van het grotere geheel van het vermogensrecht, waarin het verrijkingsbeginsel – zoals in dit hoofdstuk betoogd – reeds op verschillende manieren is verdisconteerd. In het volgende hoofdstuk zal worden bezien welke rol er nog is weggelegd voor de algemene verrijkingsactie. Daarna wordt in de daaropvolgende hoofdstukken uiteengezet hoe de toepassingsvereisten moeten worden geïnterpreteerd en op welke wijze de algemene verrijkingsactie het systeem van het vermogensrecht kan aanvullen. Daarbij zal met name op de in dit hoofdstuk behandelde verrijkingsrechtelijke concepties worden voortgebouwd bij de invulling van het ongerechtvaardigdheidsvereiste in het algemeen, en bij de verschillende in dit boek onderzochte toepassingen van de algemene verrijkingsactie ex artikel 6:212 lid 1 BW in het bijzonder.

3 De algemene verrijkingsactie

3.1 Inleiding

Het vorige hoofdstuk ging over het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt en over de inbedding van dit beginsel in het vermogensrecht. Dit hoofdstuk is een vervolg daarop. Aan de orde komt de algemene verrijkingsactie als uitwerking van het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt. De centrale stelling is, dat de erkenning van ongerechtvaardigde verrijking als zelfstandige bron van verbintenissen één van de vruchten van het verrijkingsbeginsel is. Het is echter, zo zal blijken, een bijzondere vrucht. Om dit inzichtelijk te maken, zal worden ingegaan op de verhouding van artikel 6:212 BW tot het geheel van andere regels en leerstukken die in verband met het verrijkingsbeginsel gebracht kunnen worden. Onderzocht wordt, wat de functie en de grondslag van de algemene verrijkingsactie is. Dit hoofdstuk is tot deze punten beperkt. De vraag *hoe* de vordering op een concreet geval moet worden toegepast en – in verband daarmee – de inhoud van de precieze, door artikel 6:212 BW gestelde toepassingsvereisten, komen vanaf het volgende hoofdstuk – in het tweede deel – aan de orde.

3.2 Positionering van de algemene verrijkingsactie

Verschillende vermogensrechtelijke regels en leerstukken laten zich in verband brengen met het beginsel, dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt. Het voorkomen en ongedaan maken van ongerechtvaardigde verrijkingen is een wijdvertakt beginsel. Er zijn verschillende aderen (regels waaraan het verrijkingsbeginsel ten grondslag ligt) en haarvaten (regels waarin de verrijkingsgedachte als gezichtspunt mee kan wegen). Omgekeerd wordt het vermogensrecht weerspiegeld in het verrijkingsbeginsel. De concrete regels, beginselen en uitgangspunten van het vermogensrecht geven het verrijkingsbeginsel kleur. In het vorige hoofdstuk zijn vier verrijkingsrechtelijke concepties onderscheiden, die elk beantwoorden aan een ander vermogensrechtelijk uitgangspunt.

Vindt er een vermogensverschuiving plaats zonder toereikende rechtvaardigingsgrond, dan is er sprake van een ongerechtvaardigde verrijking; dit is inherent aan het concept van het subjectieve recht.[1] Profiteert iemand

1 Par. 2.6.

van zijn onereuze gedrag, dan is de verrijking – mogelijk, niet altijd – ongerechtvaardigd; het verrijkingsbeginsel bouwt voort op de privaatrechtelijk relevante gedragsnormen.[2] Wentelt iemand zijn eigen schade op een ander af, dan kan dat gezien worden als een ongerechtvaardigde verrijking; dit is gefundeerd op de gedachte dat een ieder zijn eigen schade moet dragen.[3] Treedt er een verrijking van de een ten koste van de ander in, die buiten de normale gang van zaken ligt, dan moet die verrijking met een kritisch oog worden bezien; dit vloeit voort uit de redelijkheid en billijkheid die eisen dat recht wordt gedaan aan de omstandigheden van het geval.[4]

Verschillende regels laten zich met deze concepties in verband brengen. Het vermogensrecht zegt niet alleen dát niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, de inhoud van de regels en de vermogensrechtelijke uitgangspunten geven ook een indruk wát als een ongerechtvaardigde verrijking zou kunnen worden gezien. Het systeem van het vermogensrecht bestrijdt ongerechtvaardigde verrijkingen én geeft het onbepaalde beginsel inhoud. Omgekeerd, kan het verrijkingsbeginsel enige richting geven en fungeren als gezichtspunt in de vermogensrechtelijke rechtsvinding.

Hoe past de algemene verrijkingsctie ex artikel 6:212 BW in dit beeld? Deze bepaling is een uitwerking van het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt. Is iemand ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van een ander, dan ontstaat er – voor zover dit redelijk is – een verbintenis op grond waarvan de verrijkte verplicht is de schade van de verarmde te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking. Een algemene verrijkingsactie is daarmee één van de middelen die door de wetgever, de rechter en de rechtszoekende kunnen worden ingezet om een ongerechtvaardigde verrijking van de een ten koste van de ander ongedaan te maken.

Toch is er een belangrijk verschil ten opzichte van de andere regels die gezien kunnen worden als een uitwerking van het verrijkingsbeginsel. Het verschil hangt samen met het algemene karakter van de verrijkingsactie. Artikel 6:212 lid 1 BW is niet méér bepaald dan het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt.[5] De regel bepaalt dát een ongerechtvaardigde verrijking een verbintenis doet ontstaan, niet wát een verrijking van de een ten koste van de ander tot een ongerechtvaardigde verrijking maakt.[6] Daarmee is niet gezegd, dat het systeem

2 Par. 2.8.
3 Par. 2.9.
4 Par. 2.10.
5 De 'onbepaaldheid' is, volgens Langemeijer, haast kenmerk van het begrip. Zie: Langemeijer 1969, p. 156.
6 Schoordijk heeft ditzelfde punt zo uitgedrukt, dat art. 6:212 lid 1 BW geen maatstaf in zich draagt. Zie Schoordijk 1979, p. 453. Vriesendorp schrijft: 'Weinigen zullen bezwaar hebben tegen een wettelijk instrument om een ongerechtvaardigde of ongegronde vermogensverschuiving ongedaan te maken, althans te neutraliseren. Het probleem ligt veeleer in de vraag *wanneer* er sprake is van een *ongerechtvaardigde* verrijking; wat kan een algemene regel hierover bepalen?' Zie: Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 309, in *fine*.

van het vermogensrecht niet ook bij de verrijkingsactie aanknopingspunten biedt. In de regel zal dit het geval zijn. Bovendien kunnen de verschillende verrijkingsrechtelijke concepties een zekere richting wijzen. Het punt dat ik wil maken, is dat artikel 6:212 lid 1 BW zélf inhoudelijk niets toevoegt aan het antwoord op de vraag wat een verrijking van de een ten koste van de ander tot een ongerechtvaardigde verrijking maakt.[7]

Zodra iemand is verrijkt ten koste van een ander, kan in het kader van artikel 6:212 lid 1 BW de vraag worden gesteld of de verrijking ongerechtvaardigd is, en zo ja, in hoeverre schadevergoeding tot het bedrag van de verrijking redelijk is. De algemene verrijkingsactie heeft een open systeem van verrijkingsgevallen. Daarmee biedt artikel 6:212 BW ruimte voor verrijkingsrechtelijke rechtsvorming. Een lid van de wetgevingscommissie van de Tweede Kamer sprak bij de parlementaire behandeling van een 'afronding' van het systeem van het vermogensrecht.[8] De uitvoering van de taak van het vermogensrecht om te voorkomen dat iemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd wordt verrijkt, wordt met artikel 6:212 lid 1 BW als het ware voltooid, doordat het de genoemde ruimte biedt voor verrijkingsgevallen waarin niet door de wetgever is voorzien.[9] Artikel 6:212 lid 1 BW vormt zo bezien het sluitstuk van de in het vorige hoofdstuk besproken specifieke regels en leerstukken die met het verrijkingsbeginsel in verband gebracht kunnen worden.

3.3 Grondslag van de algemene verrijkingsactie

Wat is de grondslag van de algemene verrijkingsactie ex artikel 6:212 lid 1 BW? Artikel 6:212 lid 1 BW is, zoals gezegd, een uitwerking van het verrijkingsbeginsel.[10] Zonder verrijkingsbeginsel geen algemene verrijkingsactie. Daarmee is echter niet alles over de grondslag van de algemene verrijkingsactie gezegd. Het feit dat de algemene verrijkingsactie een toepassing is van het verrijkingsbeginsel, betekent allerminst dat een vermogensrechtelijk systeem per definitie een algemene verrijkingsactie heeft of behoort te hebben. Integendeel. Denkbaar is, dat de wetgever het laat bij een aantal specifieke

7 Engelhard & Van Maanen merken op, dat art. 6:212 lid 1 BW, geen definitie van ongerechtvaardigdheid geeft, zoals art. 6:162 dat wel doet ten aanzien van de daar vereiste onrechtmatigheid. Zie Engelhard & Van Maanen 1998, p. 313 bovenaan.

8 PG Boek 6, Handelingen II (2846), p. 828. De typering is van Mw. Tendeloo.

9 Schoordijk heeft – in navolging van Loeff, die schreef over de onvoltooide symfonie van het verbintenissenrecht – de metafoor gebruikt van de symfonie van het verrijkingsrecht die al dan niet voltooid is. In zijn optiek, is dat door het schadevereiste niet het geval. Zie Schoordijk 1999, p. 16-17 onder verwijzing naar Loeff 1953, p. 1 e.v.

10 M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht, artikel 212 Boek 6 BW*, aant. 2 en de daar aangehaalde literatuur. Zoals we zullen zien, zijn er ook schrijvers die (daarnaast) de billijkheid als grondslag aanwijzen.

verrijkingsacties en andere concrete regels waarin de verrijkingsgedachte een rol van betekenis speelt.[11]

Het Romeinse recht, bijvoorbeeld, kende het verrijkingsbeginsel en specifieke regels die zich met dit beginsel in verband laten brengen, maar een algemene verrijkingsactie kende het Romeinse recht niet.[12] En het feit dat onder het oude BW veel regels konden worden gezien als een uitwerking van de gedachte, dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, was voor de Hoge Raad géén reden om een algemene verrijkingsvordering in het toenmalige systeem van het vermogensrecht in te lezen of te introduceren.[13] Meijers heeft ten slotte – overigens vóór het *Quint/Te Poel*-arrest – aan de wetgevingscommissie uitdrukkelijk twee wetstechnische benaderingen van de verrijkingsproblematiek voorgelegd. Hij wierp de volgende vraag op:[14]

> 'Moet in een algemeen artikel worden bepaald, dat hij, die zonder voldoende rechtsgrond ten koste van een ander is verrijkt, verplicht is de door die ander geleden schade tot ten hoogste het bedrag der verrijking te vergoeden of moet de wet zich bepalen tot het noemen van enkele bijzondere gevallen, waarin deze vordering wordt toegelaten?'

Het is dus een wetstechnische keuze om ofwel voor een stelsel met een algemene verrijkingsactie als artikel 6:212 lid 1 BW te gaan, ofwel om de toepassing van de verrijkingsgedachte te beperken tot een aantal welomschreven verrijkingsgevallen die eventueel aangevuld kunnen worden met een extensieve interpretatie van de bronnen van verbintenissen zoals de overeenkomst en de onrechtmatige daad.[15] Dat deze keuze de laatste tijd – transnationaal bezien – in het voordeel van een stelsel met een algemene verrij-

---

11 Zie bijvoorbeeld: Biegman-Hartogh 1971, p. 1-3. Schoordijk 1986, p. 2-3.

12 Zie bijvoorbeeld: Zimmermann 1990, p. 852 en p. 873. Hallebeek & Schrage 1989, p. 18-19.

13 HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, *NJ* 1959/548, m.nt. D.J. Veegens (Quint/Te Poel). De Raad overweegt:'[…] eiseres meent dat uit een aantal wetsbepalingen, waarin de wetgever zich klaarblijkelijk heeft laten leiden door de overweging, dat ongerechtvaardigde verrijking moet worden voorkomen, kan worden afgeleid, dat de genoemde regel algemene gelding heeft; dat echter uit deze artikelen niet volgt, dat het genoemde gezichtspunt naar het oordeel van den wetgever onder alle omstandigheden beslissend moet zijn en het achterwege laten van een algemenen regel in den geest van art. 2987 van het Ontwerp 1820 op het tegendeel wijst […]' De Hoge Raad achtte het mogelijk dat de wetgever geen algemeen verrijkingsactie in de wet heeft opgenomen om ongewenste resultaten te voorkomen. Het rechtscollege dacht voornamelijk aan de situatie waarin een verrijkingsaansprakelijkheid zou leiden tot een opgedrongen bestedingspatroon of een doorbreking van de *paritas creditorum*.

14 PG Boek 6, p. 823.

15 In de Kamercommissie werd veelvuldig over het te hanteren stelsel gediscussieerd. Zie daarover uitgebreid: Hartlief 2012, p. 251 onder verwijzing naar PG Boek 6, p. 824-829. De dissertatie van Biegman-Hartogh is aan de vraag gewijd, of – zoals het toen heette – het NBW een algemene verrijkingsactie moest bevatten. Zie Biegman-Hartogh 1971, p. 2.

kingsactie uitpakt,[16] doet aan het principiële karakter van de keuze niets af. Welke rechtstheoretische afwegingen liggen er ten grondslag aan de keus voor respectievelijk een vermogensrechtelijk systeem mét en zonder een algemene verrijkingsactie?

3.3.1 Ratio van systeem zonder algemene verrijkingsactie

Om met het laatste te beginnen: Welke argumenten kunnen er gegeven worden om géén algemene verrijkingsactie in het recht neer te leggen?

Hoewel er in Nederland thans nauwelijks uitgesproken tegenstanders van een algemene verrijkingsactie zijn, zijn er wel argumenten ontwikkeld vóór een restrictieve toepassing van de algemene verrijkingsactie. Die argumenten kunnen zonder veel moeite gebruikt worden om een stelsel zonder algemene actie te bepleiten. Welnu, de reden om voor een gesloten verrijkingsrechtelijk systeem te kiezen, kan gevonden worden in de rechtszekerheid en de hanteerbaarheid van het recht.[17] Het is een moeilijk leerstuk.[18] Een algemene verrijkingsactie kan niet voorziene aansprakelijkheden scheppen.[19] En in het verlengde daarvan: het systeem van het vermogensrecht kan door een algemene verrijkingsregel overwoekerd of doorkruist worden.[20] Grote delen van het bestendige vermogensrecht kunnen door de verrijkingsactie 'bevraagd' worden en – in potentie – gecorrigeerd.[21] Verder wordt wel betoogd dat een algemene verrijkingsactie – veelal onbedoelde – rechterlijke willekeur in de hand kan werken.[22]

---

16 In het DCFR is een algemene verrijkingsregeling opgenomen; zie art. VII-1:101 e.v. Sinds de hercodificatie van het Franse verbintenissenrecht kent ook het Franse recht een gecodificeerde verrijkingsactie; zie art. 1303 *Cc*.

17 Koolhoven heeft (terecht) aangestipt dat de verrijkingsactie niet concreet genoeg is om de meest elementaire vragen op te lossen, zonder blik op het vermogensrechtelijk systeem. Koolhoven 2011, p. 19. Vgl. Biegman-Hartogh 1971, p.15, en op p. 19 schrijft zij: 'De argumenten van tegenstanders van een algemene actie zou men samen kunnen vatten onder deze noemer: in de praktijk van het rechtsleven zal de actie tot ongewenste resultaten voeren van willekeur, ongelijkheid van recht (Van Brakel), verwaarlozing van bijzondere wetsnormen, onbillijke behandeling van de verrijking en rechtsonzekerheid (Drion).'

18 Engelhard & Van Maanen betogen, dat de toepassing van de verrijkingsactie kennis van het hele goederen- en verbintenissenrecht vooronderstelt. Die hoge moeilijkheidsgraad maakt de actie moeilijk hanteerbaar. Zie Engelhard & Van Maanen 1998, p. 311.

19 Een algemene verrijkingsactie kan volgens Zwalve verworden tot 'speeltje' van de rechter dat ook weer eens kan gaan 'vervelen'. Zie Zwalve 1997, p. 586.

20 Drion 1959, p. 498; Engelhard & Van Maanen p. 309, p.312; Damminga 2014, p. 4-8.

21 Engelhard & Van Maanen 1998, p. 310, onder verwijzing naar Langemeijer 1969, p. 156. De laatste is overigens uitdrukkelijk een voorstander van de algemene verrijkingsactie.

22 Nieskens-Isphording stipt het gevaar aan dat de verrijkingsactie leidt tot rechtspraak op basis van '(gevoelsmatig) redelijke gronden' zonder dat deze 'toetsbaar' zijn. Zie Nieskens-Isphording 1998, p. 109. Een soortgelijk bezwaar klinkt door in het betoog van Engelhard & Van Maanen, zie: Engelhard & Van Maanen 1998, p. 309.

Dat het recht bij ontstentenis van een algemene verrijkingsactie een leemte kan hebben, zou voor een tegenstander minder zwaar wegen dan de voornoemde argumenten. Bovendien kunnen in een stelsel zonder algemene verrijkingsactie de grootste ongelukken worden voorkomen door een ruime interpretatie van de reguliere bronnen van verbintenissen enerzijds,[23] en anderzijds door de toepassing van de *Quint/Te Poel*-formule op grond waarvan een verbintenis buiten een uitdrukkelijke wettelijke bepaling kan ontstaan, indien dit past in het stelsel van de wet en aansluit bij de wél in de wet geregelde gevallen.[24]

Een vergelijking kan worden gemaakt met de principiële geslotenheid van de bronnen van verbintenissen. Hoewel het hele vermogensrecht kan worden gezien als een rechtsgebied dat doordesemd is van de redelijkheid en billijkheid, kunnen er uit de redelijkheid en billijkheid op zichzelf géén verbintenissen voortvloeien.[25] Een vergelijkbare keuze had ook in het verrijkingsrecht gemaakt kunnen worden, in die zin dat ongerechtvaardigde verrijking erkend zou worden als een van de beginselen van het vermogensrecht, maar níet als zelfstandige bron van verbintenissen. Die keuze is in het Nederlandse recht niet gemaakt.

3.3.2 Ratio van algemene verrijkingsactie

Met artikel 6:212 lid 1 BW kent het Nederlandse recht een algemene verrijkingsactie. Aan deze actie ligt de gedachte ten grondslag, dat het verbintenissenrecht zoveel als mogelijk de flexibiliteit moet hebben om recht te doen aan het concrete geval.[26] In deze geest wordt het verrijkingsbeginsel niet onnodig in zijn bewegingsvrijheid beperkt door wettelijke ankers.[27] Dit beeld wordt versterkt, doordat in de parlementaire geschiedenis uitdrukkelijk wordt aangegeven dat de verrijkingsvordering in rechtspraak en literatuur nader omlijnd moet worden.[28] De wetgever heeft er niet voor gekozen het vereiste causaal verband of het ongerechtvaardigdheidsvereiste te

23 Smits betoogt bijvoorbeeld, dat het verrijkingsbeginsel een rol kan spelen bij de toepassing van het overige vermogensrecht zodat de verrijkingsactie als afzonderlijke bron van verbintenissen overbodig is. Zie Smits 1995, p. 181-185.

24 HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, *NJ* 1959/548, m.nt. D.J. Veegens (Quint/Te Poel).

25 Deze gedachte is neergelegd in de openingsbepaling van boek 6: art. 6:1 BW. Er zijn in het verleden wel stemmen opgegaan, om de billijkheid sec als bron van verbintenissen te aanvaarden of om het stelsel van het verbintenissenrecht anderszins open te achten. Zie bijvoorbeeld: Eggens 1998, p. 367; Loeff 1953, p. 1 e.v.; Schoordijk, 1996b, p. 1004.

26 De verrijkingsvordering wordt in de literatuur wel gekenschetst als vordering voor mogelijke leemte. Zie bijvoorbeeld: PG Boek 6, p. 826-828; Biegman-Hartogh 1971, p. 4 en p. 155; Hartlief 2012, p. 252. Kritisch over de verrijkingsactie als leemte-actie: Nieskens-Isphording 1991, p. 62-63. Koolhoven merkt in de slotregels van haar dissertatie op, dat de flexibiliteit van het wettelijk systeem – mede met het oog op veranderende inzichten – vóór de rechtszekerheid gaat. Zie Koolhoven 2011, p. 333.

27 Toch is er nog één stevig anker: het schadevereiste.

28 PG Boek 6, p. 831 *in fine.*

definiëren. Voor het eerste (het causaliteitsvereiste) achtte de wetgever het althans onmogelijk om een algemeen criterium te geven.[29] Ook is er bewust geen subsidiariteitseis opgenomen.[30] Een stuk rechtszekerheid en hanteerbaarheid wordt aan het streven opgeofferd om in concrete gevallen zoveel als mogelijk tot redelijke, aanvaardbare oplossingen te kunnen komen. Artikel 6:212 lid 1 BW legt de rechter, op het schadevereiste na, geen strobreed in de weg. Artikel 6:212 BW past daarmee in een vermogensrechtelijk stelsel waarin open normen zoals de redelijkheid en billijkheid, de maatschappelijke betamelijkheid en de in het verkeer geldende opvattingen een vooraanstaande plaats innemen.[31] In dit opzicht is de algemene verrijkingsaansprakelijkheid gefundeerd op de redelijkheid en billijkheid.[32]

De billijkheid treedt des te nadrukkelijker als grondslag van de algemene verrijkingsvordering aan het licht, doordat de wetgever het niet bij een algemene verrijkingsactie gelaten heeft. De wetgever opteert voor beide wegen.[33] Naast de algemene verrijkingsactie, heeft de wetgever verschillende specifieke verrijkingsacties in de wet opgenomen. De ongedaanmakingsverbintenis na een onverschuldigde betaling (artikel 6:203 BW) en na een rechtsgeldige ontbinding (artikel 6:271 BW) zijn afzonderlijk in de wet geregeld. Daarnaast heeft de wetgever verschillende regres- en subrogatiemogelijkheden geschapen (zie bijvoorbeeld: artikel 6:10 BW, artikel 6:33 BW, artikel 6:36 BW en artikel 7:962 BW). Ook kan gewezen worden op de regels die zien op specifieke regels waarin de één andermans zaak heeft verbeterd en/of onderhouden (zie bijvoorbeeld: artikel 3:120 lid 2 BW, artikel 3:123 BW, artikel 3:233 lid 2 BW). Ten slotte komt de verrijkingsgedachte in verschillende leerstukken tot zijn recht en kan de verrijking van de een ten koste van de ander in het kader van verschillende leerstukken buiten artikel 6:212 BW een waardevol gezichtspunt zijn. In het vorige hoofdstuk is hier uitvoerig bij stilgestaan.

Doordat de verrijkingsactie is ingebed in een systeem met specifieke verrijkingsregels en leerstukken waarin de verrijkingsgedachte tot zijn recht kan komen, manifesteert de verrijkingsactie zich als een bepaling die dient als sluitstuk om recht te doen aan verrijkingsgevallen die 'ondanks alles' door de mazen van wet en recht glippen. Om die taak te vervullen heeft de verrijkingsvordering een vrije rol:[34] de min of meer reguliere gevallen

29 PG Boek 6, p. 829.

30 PG Boek 6, p. 830, zie naast de hoofdtekst tevens voetnoot 3.

31 Vgl. Wissink 2002, p. 65. Hij betoogt dat billijkheidsargumenten bij de toepassing van de verrijkingsactie mee mogen wegen, omdat de billijkheid zelf ook deel uitmaakt van het systeem.

32 Vgl. Langemeijer 1969, p. 156; Biegman-Hartogh 1971, p. 2-3; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/456; Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 309; Hartkamp 2001, p. 317 en p. 330-331.

33 In gelijke zin: Hartlief 2012, p. 252.

34 In gelijke zin Hijma, die de verrijkingsvordering in het systeem van het vermogensrecht een 'vrije casusgerichte rol' toedicht. Zie Hijma in zijn noot onder HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3363, *NJ* 2004/458, (Caribbean Bistros/Club Caraibeen).

(onverschuldigde betaling, regres, afwikkeling van een ontbonden overeenkomst etc.) worden door andere leerstukken bestreken. De atypische gevallen blijven als bestaansgrond van de algemene verrijkingsactie over.

Die vrije rol is niet iets dat aan een algemene verrijkingsvorering inherent is. In Duitsland, bijvoorbeeld, treedt de billijkheid minder duidelijk als grondslag naar voren. Enerzijds valt de problematiek van de onverschuldigde betaling daar binnen de algemene verrijkingsregeling. Anderzijds heeft de onverschuldigde betaling ook nog eens een belangrijkere functie omdat daar een abstract stelsel van overdracht geldt.[35] Wordt een koopovereenkomst vernietigd, dan heeft de verkoper géén revindicatie, maar is hij gedwongen de verkochte zaak als onverschuldigd betaald terug te vorderen. De Duitse verrijkingsregeling is meer 'belast' met min of meer reguliere gevallen van onverschuldigde betaling. De Nederlandse actie ex artikel 6:212 BW heeft vooral een rol bij de atypische gevallen.[36]

Nu zou tegengeworpen kunnen worden – en dit is in de literatuur inderdaad gedaan – dat de billijkheid als grondslag nogal vaag is.[37] Dit is niet terecht. Bedacht moet worden dat de billijkheid op zichzelf de toepassing van de verrijkingsactie niet stuurt. Een grondslag is niet hetzelfde als een maatstaf. Met Nieuwenhuis kan worden gezegd, dat de billijkheid bij de oplossing van een concreet geval géén argument is, maar goede argumenten vooronderstelt.[38] Iets is billijk of onbillijk om een reden. Zo is het ook met de verrijkingsactie. Het aanvaarden van een concrete verrijkingsaansprakelijkheid waarvoor het overige vermogensrecht geen grondslag biedt of lijkt te bieden vergt goede – niet zelden systematische – argumenten. De billijkheid die aan de algemene verrijkingsvordering ten grondslag ligt, laat zich herkennen *in de ruimte* die de verrijkingsactie schept om een onvoorzien verrijkingsgeval tot een oplossing te brengen.[39] Die ruimte is concreet en tastbaar.

De billijkheid die aan de algemene verrijkingsactie ten grondslag ligt, heeft ook een andere kant. De billijkheid is niet partijdig en heeft niet alleen oog voor de verarmde, maar óók voor degene die verrijkt is. In de algemene verrijkingsactie komt dit tot uitdrukking in de eis dat het redelijk moet zijn om de gedaagde een plicht op te leggen om zijn ongerechtvaardigde verrijking in de vorm van schadevergoeding af te staan. Ook hier geldt dat de

35 Staudinger/Lorenz (2007) Vorbem zu §§ 812, nr. 1.

36 Daarmee bedoel ik niet, dat de verrijkingsvordering niet kan worden toegepast op gevallen die ook op een andere grondslag tot een – bevredigende – oplossing gebracht kunnen worden. Wél is het zo dat de verrijkingsactie, hoewel mogelijk wél van toepassing, niet voor die gevallen geschreven is.

37 In die zin: Snijders 2001, p. 17.

38 Nieuwenhuis 1979, p. 7. Nieuwenhuis karakteriseert het billijkheidsargument in een zoektocht naar de grondslag van de bindende kracht van de overeenkomst. Het billijkheidsbeginsel is níet één van de beginselen, hij heeft het oog op het autonomiebeginsel, het vertrouwensbeginsel en het causa-beginsel. Het hangt, zo kan worden gezegd, van deze drie beginselen af, of een concrete contractuele gebondenheid billijk is.

39 Nieuwenhuis noemt bepalingen waarin de goede trouw is neergelegd 'ankerplaatsen' voor goede argumenten.

redelijkheidseis goede argumenten vooronderstelt. De gedachte, bijvoorbeeld, dat de verrijkte door zijn verrijkingsaansprakelijkheid niet een ongewenst bestedingspatroon opgedrongen mag krijgen, is rechtspolitiek van aard, maar vloeit ook voort uit het systeem van het vermogensrecht. Men behoort niet zomaar gebonden te zijn voor een voordeel dat is opgedrongen. Het stelsel van aanbod en aanvaarding mag niet zomaar door een algemene verrijkingsactie doorkruist worden. De billijkheid die aan de verrijkingsactie ten grondslag ligt, noopt ertoe dat ook andere rechtsbeginselen worden meegewogen dan alleen het verrijkingsbeginsel.[40]

3.3.3 Een dubbele grondslag

In mijn optiek heeft de verrijkingsvordering, kortom, een dubbele grondslag. Aan de verrijkingsvordering ligt enerzijds het beginsel ten grondslag dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt. Anderzijds ligt aan de verrijkingsactie de billijkheid ten grondslag in die zin, dat de verrijkingsactie de ruimte biedt om het verrijkingsbeginsel toe te passen in gevallen waarin nog niet uitdrukkelijk is voorzien. Aldus ontstaat het volgende beeld. In het vorige hoofdstuk zijn vier verrijkingsrechtelijke concepties onderscheiden. Een vermogensverschuiving heeft een ongerechtvaardigde verrijking tot gevolg, indien een toereikende rechtvaardigingsgrond voor die verschuiving ontbreekt. Iemand kan ongerechtvaardigd worden verrijkt indien hij profiteert van zijn eigen onereuze gedrag. Hetzelfde geldt voor het geval wanneer iemand 'eigen' schade afwentelt op een derde. Ten slotte moeten verrijkingen die buiten de normale gang van zaken ligt met een kritisch oog worden bezien. Het systeem van het vermogensrecht telt verschillende regels die met deze concepties in verband gebracht kunnen worden. Maar de wet is geen sluitend net, dat alle gevallen op het droge brengt. De algemene verrijkingsactie biedt de ruimte om de lijnen die zijn uitgezet in het systeem van het vermogensrecht, in niet voorziene gevallen door te trekken zodat recht kan worden gedaan in het concrete geval.

Met de dubbele grondslag is al iets gezegd over de functie van de verrijkingsactie. Het is nu tijd nader in te gaan op de mogelijke functies van een algemene verrijkingsactie.

40 Zie hoofdstuk 7.

3.4 Functie van de algemene verrijkingsactie

3.4.1 Een ingewikkeld debat

Nadat Vranken in de rechtspraak van de Hoge Raad vier functies van de verrijkingsactie heeft ontwaard,[41] is er relatief veel over de mogelijke functies van de verrijkingsactie geschreven. Er zijn dan ook verschillende functies aan de verrijkingsactie toegekend. Het gaat om de aanvullende functie,[42] de beperkende[43] (of corrigerende)[44] functie, de zingevende functie,[45] de systematische functie,[46] de wetstechnische functie,[47] de ventiel-functie[48] en de rol die de verrijkingsactie kan vervullen indien de gedaagde *unclean hands*[49] heeft. Het debat is letterlijk *ingewikkeld.* Dat wat de één onder de aanvullende werking schaart, wordt bij de ander gerekend tot de corrigerende functie. Verder is de corrigerende functie bij de één iets anders dan de beperkende functie bij de ander. Iets soortgelijks geldt voor de zingevende functie. Voorts vertonen, zoals we zullen zien, bepaalde functies overlap. Daarbij komt nog dat er in het functie-debat geen scherp onderscheid wordt gemaakt tussen het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt (het onderwerp van het vorige hoofdstuk) en ongerechtvaardigde verrijking als bron van verbintenissen (het onderwerp van dit hoofdstuk en het vervolg van dit boek).[50] Dit alles maakt het debat wat verwarrend en dit kan aan een gestroomlijnde doordenking van de algemene verrijkingsaansprakelijkheid in de weg staan. Voordat we kunnen ingaan op de functie van de verrijkingsvordering, moet er eerst wat snoeiwerk worden verricht. Bepaalde elementen kunnen – hoe interessant ook – uit het functiedebat worden geknipt.

---

41 Vranken1998, p. 1495-1504.

42 Biegman-Hartogh 1971, p. 2. Vranken 1998, p. 1496 en p. 1500-1501; Hartkamp 2001, p. 318 en p. 330-331. Daarover: Wissink 2002, p. 41-47; Hartlief 2012, p. 282.

43 Biegman-Hartogh 1971, p. 2. Hartkamp 2001, p. 327-330. Daarover: Wissink 2002, p. 47-55; Hartlief 2012, p. 283.

44 Vranken 1998, p. 1496 en p. 1501-1502. In conceptuele zin kritisch: Hartkamp 2001, p. 317-318; Wissink 2002, p. 45-47; Hartlief 2012, p. 282.

45 Vranken 1998, p. 1496-1497. Daarover: Hartkamp 2001, p. 330; Wissink 2002, p. 55-57; Hartlief 2012, p. 279-281.

46 Snijders 2001, p. 7 e.v. Op p. 9 *in fine* spreekt hij expliciet over de systematische functie van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking. Daarover: Wissink 2002, p. 57-65; Hartlief 2012, p. 284-285.

47 Wissink 2002 p. 40-41. Onder verwijzing naar MvA II en Eindverslag I, Parl. Gesch. Boek 6, p. 834-835. Vgl. Hartlief 2012, p. 252: hij spreekt over een algemeen deel-functie.

48 Smits 1995, p. 185, noot 151.

49 Vranken 1998, p. 1497-1500. Kritisch daarover: Hartkamp 2001, p. 330; Wissink 2002, p. 65-68; Hartlief 2012, p. 281-282.

50 Wissink geeft expliciet aan dat er wat hem betreft geen scherp onderscheid tussen het verrijkingsbeginsel en de verrijkingsactie gemaakt hoeft te worden voor 'een inventarisatie van de mogelijke functies van (vordering uit of beginsel van)ongerechtvaardigde verrijking'. Zie Wissink 2002 p. 38.

3.4.2 Drie eliminaties

Om te beginnen is het mogelijk om een aantal van de hierboven genoemde functies bij voorbaat buiten beschouwing te laten, omdat zij geen betrekking hebben op de functie van de verrijkingsvordering voor de vermogensrechtelijke rechtsvinding en rechtsontwikkeling.

Twee van deze functies zien eerder op het verrijkings*beginsel* dan de verrijkings*actie*. Het gaat allereerst om de beperkende werking van de ongerechtvaardigde verrijking zoals uitgewerkt door Hartkamp.[51] Het vergt een wat omvangrijker voorbeeld om de functie te illustreren.[52] Stel, dat een aannemer in opdracht van zijn contractuele wederpartij een gebouw plaatst op de grond van een derde, dan is het – onder omstandigheden – denkbaar dat de aannemer de grondeigenaar aanspreekt uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Slaagt de verrijkingsactie tegen de grondeigenaar, dan is daarmee niet automatisch de contractuele vordering van de aannemer op zijn contractuele wederpartij tenietgegaan. Spreekt de aannemer zijn contractuele wederpartij aan dan kan de laatstgenoemde zich verweren met het betoog dat de nakomingsvordering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De aannemer zou namelijk ongerechtvaardigd worden verrijkt indien hij met succes nakoming zou kunnen vorderen voor zover hij al schadevergoeding heeft ontvangen van de grondeigenaar. Dit is echter geen functie van de verrijkingsactie, het is een functie van het verrijkings*beginsel* die de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid inkleurt.[53]

In de tweede plaats kan op bepaalde uitwerkingen van de zingevende functie worden gewezen. Hoewel Vranken de zingevende functie, zoals we dadelijk zullen zien, als een functie van de verrijkingsactie positioneert, zijn er schrijvers die het als een functie van het verrijkingsbeginsel lijken te zien. Zo betoogt Hartkamp dat een contract zo kan worden uitgelegd, dat een ongerechtvaardigde verrijking van de ene contractspartij ten koste van de andere wordt voorkomen.[54] Wissink stemt met de zingevende functie in en schrijft dat het verrijkingsbeginsel een rol kan spelen bij de uitleg van het Europese recht aangezien dit beginsel tot de door de gemeenschap erkende rechtsbeginselen behoort.[55] Ongerechtvaardigde verrijking als uitlegfactor is in het vorige hoofdstuk over het verrijkingsbeginsel besproken. Het is echter geen functie van de verrijkingsactie, zodat het in dit hoofdstuk in zoverre onbesproken kan blijven.

---

51 Hartkamp 2001, p. 327-330.
52 Zie ook daarover Van de Moosdijk 2018, nr. 26.
53 Ook Hartkamp zelf positioneert het als een verweermiddel, dat gefundeerd is op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Hartkamp 2001, p. 327-328.
54 Hartkamp 2001, p. 330.
55 Wissink 2002, p. 56-57.

Naast de functies die aan het verrijkingsbeginsel zijn toegekend, kan de wetstechnische of *algemeen deel*-functie hier buiten beschouwing worden gelaten.[56] Met deze functie wordt bedoeld, dat de wetgever steeds naar artikel 6:212 BW kan verwijzen wanneer hij een verrijkingsvordering toepasselijk acht. Zodoende hoeft de wetgever niet steeds het wiel opnieuw uit te vinden. De reden dat de wetstechnische functie hier onbesproken kan blijven is niet omdat deze functie niet aan artikel 6:212 lid 1 BW kan worden toegekend. Die functie vervult de algemene verrijkingsregeling wel degelijk. Zo verwijst de wetgever bijvoorbeeld naar de verrijkingsregeling in artikel 6:78 BW, 7:216 lid 3 BW en – buiten het BW – artikel 75 Wbb. De functie is nuttig in het wetgevingsproces; het is de wetgever die van de algemene verrijkingsregeling van artikel 6:212 BW gebruikmaakt en gebruik kan maken. Voor de rechtsvinding en de rechtsontwikkeling echter, speelt deze functie geen zelfstandige rol. Hoogstens kan de vraag worden gesteld of een 'verwijzingsregel' zoals artikel 7:216 lid 3 BW van invloed kan zijn op de invulling van artikel 6:212 lid 1 BW voor het te beoordelen geval. Dit laatste is echter eerder een mogelijke functie van de 'verwijzingsregel' dan van de algemene verrijkingsvordering zelf.

3.4.3 De aanvullende functie als overkoepelende functie

Na de eliminaties is het debat iets uitgedund. Toch blijven er zes functies over: de aanvullende functie, de corrigerende functie, de systematische functie, de zingevende functie, de ventielfunctie en de *unclean hands*-functie. Deze functies worden achtereenvolgend besproken; daarbij zal worden bezien hoe de verschillende functies zich tot elkaar verhouden.

De klassieke functie van de algemene verrijkingsactie is haar aanvullende functie.[57] Artikel 6:212 lid 1 BW biedt een grondslag indien het overige vermogensrecht geen goede grondslag biedt om een verrijkingsgeval tot een bevredigende oplossing te brengen. Een mooi voorbeeld biedt het arrest *Van der Tuuk Adriani/Batelaan*.[58] Een apotheekhoudend huisarts verliest zijn apothekersvergunning, doordat een apotheker zich in hetzelfde dorp vestigt en langs bestuursrechtelijke weg bewerkstelligt dat de huisarts zijn vergunning moet opgeven. Het gevolg is dat de pas gevestigde apotheker *de facto* het klantenbestand van de huisarts overneemt. Het overeenkomstenrecht noch het onrechtmatige daadsrecht kan uitkomst bieden: er is geen overeenkomst

56 Wissink 2002, p. 40-41. Onder verwijzing naar MvA II en Eindverslag I, Parl. Gesch. Boek 6, p. 834-835. Zie ook: Hartlief 2012, p. 252.

57 Vgl. Vranken 1998, p. 1496. Hij beschouwt de aanvullende functie en de corrigerende functie als de klassieke functies van de verrijkingsvordering. In mijn optiek echter, staan de aanvullende functie en de corrigerende functie niet op één lijn. De corrigerende functie is, zoals we zullen zien, een toespitsing van de aanvullende functie. Zie recent over de aanvullende functie: Van de Moosdijk 2018, nr. 27.

58 HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2018, *NJ* 1997/3, m.nt. E.J.H. Schrage (Van der Tuuk Adriani/Batelaan); Ook Vranken bedient zich van dit voorbeeld. Zie Vranken 1998, p. 1500-1501.

tot stand gekomen en de apotheker heeft niet onrechtmatig gehandeld. De verrijkingsactie biedt die uitkomst wel. Zij wordt toegewezen, mede omdat men het er in de branche over eens is, dat de apotheker de apotheekhoudend huisarts een vergoeding moet betalen. De verrijkingsactie vult een leemte op.

De aanvullende functie is nauw verweven met de hierboven behandelende grondslag van de algemene verrijkingsvordering. De actie is gestoeld op de gedachte, dat het recht voldoende flexibiliteit moet bevatten om zoveel mogelijk gevallen op een bevredigende wijze op te lossen. Hartkamp heeft dan ook de vergelijking getrokken met de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.[59] Voorwerp van aanvulling is, zoals Wissink terecht heeft aangegeven, niet een concrete rechtsverhouding (die is er veelal juist niet), maar het systeem van het vermogensrecht.[60]

Betoogd zal worden, dat de aanvullende functie de overkoepelende functie van de verrijkingsvordering is. Zoals we zullen zien, kunnen de overige functies die in de literatuur aan de verrijkingsvordering zijn toegeschreven – voor zover zij in dit hoofdstuk nog niet zijn geëlimineerd – op enigerlei wijze worden teruggevoerd op de aanvullende functie. Dit maakt dat de verrijkingsvordering één kernfunctie heeft: het aanvullen van de vermogensrechtelijke regels die ongerechtvaardigde verrijkingen ongedaan beogen te maken of te voorkomen. Alle andere functies kunnen van de aanvullende functie worden afgeleid.

3.4.4 De corrigerende functie

Dit is allereerst het geval met de corrigerende functie. Deze functie wordt door Vranken onder de klassieke functies van de verrijkingsvordering geschaard.[61] Als voorbeeld geeft hij het natrekkingsgeval. Wanneer de eiser een huis bouwt op de grond van de gedaagde, dan omvat de eigendom van de grond ook het eigendomsrecht op het huis (artikel 5:20 lid 1 sub e BW). Door de natrekkingsregel wordt de gedaagde eigenaar van het huis. De regels van natrekking hebben echter niet de strekking de verrijking van de grondeigenaar te legitimeren. Dit betekent dat de eiser onder omstandigheden met succes een verrijkingsactie kan richten tegen de gedaagde grondeigenaar. De verrijkingsactie corrigeert dan, in de optiek van Vranken, de goederenrechtelijke natrekkingsregel.

Hartkamp heeft er echter op gewezen, dat ook hier de aanvullende functie aan het werk is.[62] De werking van het goederenrecht blijft intact: de verrijkingsactie brengt geen verandering in de eigendomsverhoudingen. Artikel 6:212 BW voegt iets aan dit beeld toe: onder omstandigheden is degene die

59 Hartkamp 2001, p. 330-331.
60 Wissink 2002, Nr. 36, p. 42.
61 Vranken 1998, p. 1496 en p. 1501-1502
62 Hartkamp 2001, p. 318. Instemmend: Wissink 2002, Nr. 39, p. 46; Hartlief 2012, p. 252.

door natrekking eigenaar van het huis is geworden, aansprakelijk uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking jegens de verarmde.

Ik deel die analyse. Wel is het zo dat de aanvulling van de verrijkingsvordering in de natrekkingsgevallen een corrigerende uitwerking heeft.[63] Iets wat het goederenrecht de eiser 'afneemt', wordt hem – onder omstandigheden – door het verrijkingsrecht in de vorm van een aanspraak op schadevergoeding teruggegeven.[64] De verrijkingsactie kan het systeem corrigeren, door het systeem *aan te vullen* met een aanspraak op schadevergoeding van de verarmde richting de verrijkte.

3.4.5 De systematische functie en de zingevende functie

De systematische functie is een naam die gemunt is door Snijders. Het is volgens hem de belangrijkste functie van de algemene verrijkingsactie.[65] Hij ziet de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking 'als een geschikt instrument om het stelsel van de wet verder uit te bouwen en te verfijnen'.[66] Hij illustreert zijn standpunt met de wijze waarop de verrijkingsactie wordt toegepast wanneer er iets misgaat in het – volgens Snijders schaars geregelde – girale betalingsverkeer. Snijders schetst een beeld, waarin de verrijkingsvordering de regels over het girale betalingsverkeer uitbouwt. Bij deze uitbouwwerkzaamheden wordt het systeem van de wet ten einde gedacht.

Hoe verhoudt deze systematische functie zich tot de aanvullende functie? In mijn optiek gaat het om één en dezelfde functie die vanuit een verschillend perspectief wordt bezien. De aanvullende functie in de klassieke, niet systematische betekenis wordt door Hartkamp op één lijn gesteld met de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. In zeker opzicht wordt bij de klassieke aanvullende functie een microperspectief ingenomen. De verrijkingsactie manifesteert zich als een instrument waarmee recht kan worden gedaan in een concreet geval wanneer de problematiek die aan de orde is niet elders afdoende geregeld is. De verrijkingsvordering functioneert als middel om leemten in het recht op te vullen ten aanzien van een concreet geval.

De systematische functie is de aanvullende functie vanuit een macroperspectief. De verrijkingsvordering kan in twee situaties het systeem van het vermogensrecht aanvullen. Het kan gaan om een kras geval, dat – vermoedelijk – nooit meer voor zal komen. In dat geval is er sprake van een voorbeeld van (een streven naar) gerechtigheid in het concrete geval. Het kan ook voorkomen dat een geval, waarin niet voorzien is, structureler pleegt voor te komen. Wordt het geval opgelost met artikel 6:212 lid 1 BW, dan gaat die oplossing deel uit maken van het systeem van het vermogens-

63 Evenzo: Wissink 2002, p. 46;
64 Het beeld is een variatie op een beeld van Wissink. Zie Wissink 2002, p. 63.
65 Snijders 2001, p. 7 e.v. Op p. 9 *in fine* spreekt hij expliciet over de systematische functie van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking.
66 Snijders 2001, p. 7.

recht. Vanaf dat moment behoort het in zeker opzicht tot de gevallen waarin het recht voorziet. Zo bezien bouwt de verrijkingsrechtelijke jurisprudentie het systeem van het vermogensrecht uit. Bij de systematische functie ligt niet zozeer de nadruk op de rechtsvinding ten behoeve van het concrete geval, maar op het belang van de ongerechtvaardigde verrijking voor de rechtsontwikkeling. De aanvullende kracht van de verrijkingsactie biedt daar de ruimte voor.

De zingevende functie, zoals onderscheiden door Vranken, gaat in wezen op in de systematische functie van de verrijkingsvordering.[67] De verrijkingsactie heeft volgens Vranken een zingevende functie, wanneer aan een bepaling dankzij het bestaan van de verrijkingsactie een zinvolle betekenis kan worden gegeven. In dat kader bespreekt hij het geval waarbij iemand betaalt op een rekening die door de schuldeiser op de voet van artikel 6:114 BW voor betaling is uitgesloten. De verrijkingsvordering maakt het mogelijk om aan deze bepaling, aldus Vranken, een zinvolle betekenis te geven in die zin dat met behulp van artikel 6:212 BW een juist evenwicht kan worden gevonden tussen de belangen van de schuldenaar en de schuldeiser wanneer de schuldenaar tóch op de uitgesloten rekening heeft betaald.[68] Is dat laatste het geval, dan kan de schuldeiser niet opnieuw betaling vorderen zonder datgene terug te betalen waarmee hij door de betaling op de uitgesloten rekening is verrijkt. Bij dit laatste komt het aan op de vraag of de betaling daadwerkelijk tot de beschikking van de schuldeiser is gekomen. De door Vranken geschetste wisselwerking tussen 6:114 BW en 6:212 BW bouwt het vermogensrechtelijke systeem uit.

3.4.6 De ventielfunctie

De aanvullende functie heeft ook een aan de systematische functie verwant spiegelbeeld. Het bestaan van een algemene verrijkingsvordering heeft, zoals Smits het in (een voetnoot in) zijn proefschrift fraai heeft omschreven, een ventielfunctie.[69] Doordat de verrijkingsvordering het systeem van het vermogensrecht aanvult, hoeven de overige vermogensrechtelijke regels en leerstukken – zoals de onrechtmatigde daad, het overeenkomstenrecht en de zaakwaarneming – niet extensief te worden geïnterpreteerd om voor

67 Vranken 1998, p. 1496-1497.

68 T.a.p.

69 Smits 1995, p. 185, noot 151. Daarvoor heeft hij de ventielfunctie aangestipt in het kader van de door hem opgeworpen vraag, of de billijkheid een zelfstandige bron van verbintenissen is of behoort te zijn. Als de billijkheid bron van verbintenissen zou zijn, dan zouden de overige rechtscategorieën strikter geïnterpreteerd kunnen worden omdat teruggevallen kan worden op de billijkheid. Zie, p.162-163. Vgl. Bregstein 1927, p. 295. Hij schrijft: 'Dit alles neemt niet weg, dat er een functie voor onze actie te onderkennen is. Daardoor kunnen ook bepaalde, door de positieve wet erkende, rechtsvorderingen, met name 658/659 B., 1390 b. B en 1395 v. B., zuiver voor het doel, waarvoor ze geschreven zijn, bestemd blijven, terwijl toch billijke aanspraken, die niet in strijd komen met de positieve rechtsorde, kunnen worden erkend.'

een verrijkingsgeval tot een aanvaardbare oplossing te komen.[70] Het is een belangrijke bijkomstigheid van de systematische zijde van de aanvullende functie. Doordat de algemene verrijkingsvordering de ruimte en de flexibiliteit heeft om het systeem van het vermogensrecht aan te vullen of uit te bouwen, hoeft een bepaald leerstuk géén geweld te worden aangedaan om in een concreet geval tot een aanvaardbaar resultaat te komen.[71]

Ik geef een eenvoudig voorbeeld. Betaal ik in *Café Einstein* – zonder schenkingsoogmerk – de drankrekening van een vriend (die zonder te betalen en in een overigens bedenkelijke toestand het etablissement verlaten heeft), dan heb ik tegen hem een verrijkingsactie. Doordat er een algemene verrijkingsactie voorhanden is, hoeft niet teruggevallen te worden op de zaakwaarneming. De aan de zaakwaarneming gestelde eis, dat de zaakwaarnemer zich op redelijke gronden met het belang van de belanghebbende moet hebben ingelaten, hoeft niet rekkelijk geïnterpreteerd te worden om tot een redelijk resultaat te komen. De eisen die gesteld zijn aan een succesvol beroep op de zaakwaarneming, kunnen dankzij de verrijkingsactie hun scherpte behouden. In dit boek zullen meerdere situaties worden geschetst waarin de verrijkingsvordering kan fungeren als nuttig ventiel.

3.4.7 *Unclean hands*-functie

Ten slotte wordt in de literatuur de *unclean hands*-functie onderscheiden. Volgens Vranken is er in de door hem geanalyseerde rechtspraak van de Hoge Raad een tendens te onderkennen, waarbij de verrijkingsactie wordt gebruikt om de verrijking van de verrijkte af te romen wanneer deze onzuiver gehandeld heeft.[72] Vranken wijst daarbij op een geval, waarin de verhuurder van een pand dezelfde persoon is als de directeur van de B.V. die optreedt als huurder. Wanneer de B.V. (de huurder) onder leiding van de desbetreffende directeur (tevens verhuurder) geen gebruik maakt van zijn wegneemrecht, richt de curator met succes een verrijkingsactie tegen de verhuurder.[73] Hij verwijst ook naar het *Vermobo/Van Rijswijk*-arrest.[74] Hierin geeft Van Rijswijk senior aan Van Rijswijk junior toestemming om door aan-

---

70 Opgemerkt moet worden, dat Smits zelf de verrijkingsactie goeddeels overbodig acht, ómdat – volgens hem – het verrijkingsbeginsel een sterke invloed kan hebben op de interpretatie van de bronnen van verbintenissen.

71 Ook in de Parlementaire Geschiedenis wordt gerefereerd aan datgene wat Smits later de ventielfunctie heeft genoemd. Meijers schrijft als toelichting op vraagpunt 18: 'De Hoge Raad wenst deze vordering [bedoeld is een algemene verrijkingsvordering, TvdL] […] niet zonder wettelijke basis toe te laten. […] Hij wringt echter verschillende gevallen, waarin het wenselijk zou zijn degene ten koste van wie de ongerechtvaardigde verrijking heeft plaats gevonden een vordering tot restitutie te geven, onder andere artikelen, waaruit streng genomen de vordering niet af te leiden valt.' Een algemene verrijkingsactie voorkomt gekunstelde redeneringen. Zie: PG Boek 6, p. 823.

72 Vranken 1998, p. 1497-1500.

73 HR 17 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1062, *NJ* 1993/740 (Reimes/Constandse).

74 HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, *NJ* 1994/172, m.nt. P. van Schilfgaarde (Vermobo/Van Rijswijk).

nemer Vermobo een varkensstal op zijn grond te bouwen, terwijl Van Rijswijk senior mogelijk wist dat zijn zoon niet in staat is voor de varkensstal te betalen. Voorts denkt hij aan het *Ontvanger/Hamm*-arrest waarin de curator een per onmiskenbare aan de failliet verrichte onverschuldigde betaling aan het actief van de boedel toevoegt.[75] De Hoge Raad overwoog dat de curator in overeenstemming met de maatschappelijke betamelijkheid zou hebben gehandeld indien hij het ontvangene onverwijld terug zou storten. Ten slotte wijst hij op het *Setz/Brunings*-arrest waarbij de eerste koper van onroerend goed met succes de tweede koper aanspreekt, met het (merkwaardige) betoog dat de tweede koper een lagere prijs voor het goed hoefde te betalen doordat de eerste koper al een aanbetaling had gedaan.[76]

De voorbeelden die Vranken geeft zijn wat ongelukkig. Bij het *Setz/Brunings*-arrest komen de feiten niet uit de verf en bovendien is er geen cassatieklacht gericht tegen het oordeel van het hof, dat de verrijking van de tweede koper ten koste van de eerste ongerechtvaardigd was. Bij de andere voorbeelden heeft de eiser naast een (mogelijke) verrijkingsactie ook zicht op een vordering uit hoofde van wanprestatie of onrechtmatige daad. Bij het *Vermobo/Van Rijswijk* geval geeft Vranken zelfs aan – m.i. ten onrechte – dat voor zowel de toewijzing van de verrijkingsactie als de onrechtmatige daadsvordering een toerekenbare onzorgvuldigheid aan de kant van de vader vereist is.[77] Als dit waar is, dan voegt artikel 6:212 lid 1 BW in dat geval niets toe aan artikel 6:162 BW.

De verrijkingsactie toont zich in de voorbeelden van Vranken slechts als een alternatieve route naar schadevergoeding die niets toe lijkt te voegen aan het leerstuk van de onrechtmatige daad en de wanprestatie. Het is mogelijk om in dit soort gevallen naar de verrijkingsactie te grijpen, maar nodig is dit niet, laat staan dat de verrijkingsactie hier een aanvullende functie vervult. Dit is geen reden om de *unclean hands*-functie als *non existent* te laten varen. Wel zou ik de term *unclean hands*-functie willen vervangen voor een iets algemenere term met een iets wijder toepassingsbereik. Ik heb het oog op de mogelijke 'quasi delictuele functie' van de verrijkingsactie. Interessant is namelijk de vraag, of er een quasi delictuele toepassing van de verrijkingsactie mogelijk is die het aansprakelijkheidsrecht aanvult. Kan de verrijkingsvordering de onrechtmatige daad aanvullen wanneer het handelen van de *laedens* géén toerekenbare onrechtmatige daad oplevert? Is het, met andere woorden, mogelijk dat een *niet onrechtmatige* gedraging, of een gedraging die *niet aan de laedens kan worden toegerekend*, tóch van dien aard is, dat de verrijking van de laedens ten koste van de gelaedeerde die uit de desbetreffende gedraging voortvloeit, ongerechtvaardigd is in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW? Profiteren van andermans wanprestatie is, bijvoorbeeld, niet

75 HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, *NJ* 1998/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (Ontvanger/Hamm)

76 HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7249, *NJ* 1997/719, m.nt. Jac Hijma (Setz/Brunings).

77 Vranken 1998, p. 1498.

per definitie een onrechtmatige daad. Als het profiteren niet onrechtmatig is, kan dit profiteren – onder omstandigheden – dan toch kwalificeren als een ongerechtvaardigde verrijking? Zo zijn er meer vragen te bedenken. Van Boom heeft in zijn preadvies dit gebied verkend en begeeft zich daarmee 'boldly […] where no man has gone before'.[78]

In hoofdstuk 10 treden wij in zijn voetsporen en zal betoogd worden, dat de verrijkingsactie inderdaad een quasi-delictuele functie kan vervullen. Ook deze functie bestaat niet náást de aanvullende functie. Het is een toepassing van de aanvullende functie: artikel 6:212 BW vult in deze hoedanigheid het aansprakelijkheidsrecht immers aan.[79] Vanuit een macro-perspectief wordt de delictuele aansprakelijkheid voorzien van een verrijkingsrechtelijke schil. In die zin is de quasi delictuele functie een afgeleide van de aanvullende functie in zijn systematische variant: het systeem van het aansprakelijkheidsrecht wordt uitgebouwd. Omgekeerd, verlicht de quasi-delictuele functie ook op een (bescheiden) aantal punten de druk op het reguliere aansprakelijkheidsrecht. Daarmee fungeert de quasi-delictuele functie, zoals we in het derde deel van dit boek zullen zien, tevens als ventiel.

Als er een quasi delictuele functie wordt onderscheiden, dan is een quasi contractuele functie niet ver weg. In hoofdstuk 8 en 9 zal dan ook betoogd worden dat de verrijkingsactie het contractenrecht op verschillende manieren aanvult. Ook voor de quasi contractuele functie – waarbij artikel 6:212 BW het overeenkomstenrecht aanvult – kan worden betoogd dat het een uitwerking is van de aanvullende/systematische functie. Ook in die hoedanigheid bouwt de verrijkingsactie het systeem van het vermogensrecht uit en ook dan kan de actie – als een ventiel – de druk op de regels van het contractenrecht verlichten.

3.5 Nadere analyse van de aanvullende functie

3.5.1 Een kritische vraag

De verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking heeft een op de redelijkheid en billijkheid gefundeerde aanvullende functie. Kan een verrijkingsgeval niet met een meer specifiek leerstuk worden opgelost, dan kan het geval aan artikel 6:212 lid 1 BW worden getoetst. De overige functies zijn afgeleiden van de aanvullende functie.

Er rest nog een nadere vraag als het gaat om de aanvullende functie van de verrijkingsvordering. In welk opzicht verschilt de aanvullende functie van de verrijkingsvordering van de 'aanvullende functie' van andere regels en leerstukken van vermogensrecht? Iedere regel voegt immers, ten opzichte van de overige rechtsregels, iets toe aan het systeem. Is dat niet het

78 Van Boom 2002, p. 131-144.

79 Wissink trekt dezelfde conclusie ten aanzien van unclean hands-functie. Zie Wissink 2002, p. 65-66. In gelijke zin Hartlief 2012, p. 282.

geval, dan is er sprake van een overbodige regel die voor schrapping in aanmerking komt.[80] De onrechtmatige daad vult, zo zou bijvoorbeeld kunnen worden betoogd, de bronnen van verbintenissen aan met een aansprakelijkheidsgrond voor toerekenbaar onrechtmatig gedrag. De onrechtmatige daad voorziet in gevallen, waarin een doen of nalaten van een persoon schade veroorzaakt aan een ander. Deze actie functioneert naast andere regels die een civielrechtelijk relevante gedragsnorm bevatten. Kan een schadegeval niet met een specifiek leerstuk worden opgelost, dan kan het geval aan artikel 6:162 BW worden getoetst. *Ergo*: de actie uit onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW vult het vermogensrecht aan.

Toch is er een belangrijk verschil. Hoewel niet ál het vermogensrecht een uitwerking is van het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, is het wél zo, dat – zoals we hebben gezien – veel regels ongerechtvaardigde verrijkingen beogen te voorkomen en dat andere regels ruimte hebben om het verrijkingsbeginsel tot zijn recht te laten komen. Idealiter blijft er na de toepassing van het systeem van het vermogensrecht niemand ongerechtvaardigd verrijkt achter. Er wordt, met andere woorden, gesproken van de *aanvullende* functie van de verrijkingsactie, omdat de regels van het overige vermogensrecht in eerste instantie moeten voorkomen dat er een ongerechtvaardigde verrijking intreedt. De aanvullende functie van de verrijkingsactie zegt niet alleen iets over de verrijkingsactie, maar óók over het systeem van het vermogensrecht: dát beoogt reeds te voorkomen dat iemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd wordt verrijkt. Zou de ongerechtvaardigde verrijking uit het wetboek geschrapt worden, dan zou het systeem van het vermogensrecht niet door zijn hoeven zakken. Hoogstens zouden bepaalde gevallen niet tot een bevredigende oplossing gebracht kunnen worden. Er zou slechts een beperkt rechtstekort ontstaan.

Dit kan niet gezegd worden van de onrechtmatigedaadsvordering. Het systeem van het vermogensrecht is geen uitwerking van het beginsel dat eenieder zich moet gedragen overeenkomstig de normen die uit de wet, de subjectieve rechten van anderen en de maatschappelijke betamelijkheid voortvloeien. Zou de onrechtmatige daad – *ceteris paribus* – met huid en haar uit het wetboek worden geschrapt, dan zou er een omvangrijk rechtstekort in het privaatrecht ontstaan. Een 'taak' van het burgerlijk recht is te voorzien in gevallen waarin de een de ander schade toebrengt. In een rechtsorde waarin het geweldsmonopolie bij de staat ligt, moeten dergelijke gevallen voor de rechter gebracht kunnen worden. Zou dit niet het geval zijn, dan schiet het recht – of beter: de staat – tekort in zijn taak om de burgers – rechtspersonen incluis – tegen elkaar te beschermen.

---

80 De wetgevingscommissie BW had aanvankelijk bedenkingen tegen een algemene verrijkingsactie, één van de redenen was dat de actie – naast de onrechtmatige daad – overbodig zou zijn. De commissie achtte 'het opnemen van overbodige artikelen in de wet onjuist'. Zie PG Boek 6, p. 826.

Met het voorgaande is niet gezegd dat artikel 6:162 BW in het geheel géén aanvullende functie heeft. Dit is alleen niet de hoofdmoot. Bij de onrechtmatige daad zijn er verschillende paradigmatische casus die duidelijk onder het toepassingsbereik van artikel 6:162 BW vallen. Daarnaast zijn er gevallen waarbij getwijfeld kan worden of aan de voorwaarden voor aansprakelijkheid is voldaan. Dit zijn de *hard cases*, die mogelijk niet door de wetgever voorzien zijn. Ten aanzien van die laatste groep gevallen zou gezegd kunnen worden dat ook de vordering uit onrechtmatige daad een aanvullende functie heeft, omdat dan ook artikel 6:162 BW wordt toegepast op niet voorziene gevallen.

Een klassiek voorbeeld is het arrest over de Meppelse ree. De automobilist stuurde zijn auto in een reflex de verkeerde weghelft op, toen voor hem een ree de weg op sprong. Een frontale – en fatale – botsing was het gevolg. Menselijkerwijs kon de bestuurder geen verwijt worden gemaakt van zijn schrikreactie. Dit was een probleem. Toerekening naar de in het verkeer geldende opvattingen bestond ten tijde van het arrest niet, terwijl aansprakelijkheid van (de verzekeraar) van de bestuurder wél wenselijk werd geacht. De Hoge Raad rekt het schuldvereiste op:[81]

> 'Onder deze omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat Vos van zijn wijze van rijden – hoezeer zijn reactie op de plotselinge kritieke situatie menselijkerwijs ook begrijpelijk moge zijn – rechtens geen enkel verwijt valt te maken. Het Hof heeft dan ook ten onrechte aangenomen dat Vos ter zake van het ongeval geen schuld treft.'

De Hoge Raad vult, zo zou betoogd kunnen worden, het aansprakelijkheidsrecht aan met een quasi risicoaansprakelijkheid, door de vereiste schuld ruim te interpreteren. Tegenwoordig zal de onrechtmatige gedraging (het betreden van de verkeerde weghelft) worden toegerekend op basis van de in het verkeer geldende opvattingen (artikel 6:162 lid 3 BW). Heden ten dage zou de onrechtmatige daad een aanvullende functie kunnen vervullen als het gaat om nieuwe gevaren. Het voorzorgsbeginsel komt in dit verband bijvoorbeeld in beeld, dat – wellicht – nu of in de toekomst iets toe kan voegen aan de bestaande zorgvuldigheidsnormen.

De aanvullende functie van de onrechtmatigedaadsvordering is (als het al een *functie* is) echter incidenteel. De verrijkingsvordering is daarentegen geschreven voor de atypische verrijkingsgevallen, waarin de regels van het overige vermogensrecht een ongerechtvaardigde verrijking in stand laat of lijkt te laten. Wordt het vermogensrecht (minus de algemene verrijkingsactie) toegepast, dan blijft er idealiter niemand ongerechtvaardigd verrijkt achter: in het reguliere vermogensrecht is het verrijkingsbeginsel in verschillende leerstuken verdisconteerd en kan het beginsel op verschillende manieren een rol spelen. Schieten de regels tekort – of lijken de regels tekort te schieten – dan kan de verrijkingsvordering een grondslag voor een oplossing bieden.

---

81 HR 11 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4688, *NJ* 1984/331 (Meppelse ree).

Het is waar dat er ook voor de algemene verrijkingsactie een aantal schoolvoorbeelden kunnen worden opgesomd. De 'eenvoudige' gevallen van ongerechtvaardigde verrijking zullen in de regel echter ingewikkelder liggen dan de eenvoudige gevallen van de onrechtmatige daad. Bouwt iemand, bijvoorbeeld, een huis op de grond van een ander, dan kan de vraag rijzen of de verrijking van de grondeigenaar wel ongerechtvaardigd is. Het lijkt eenvoudig: de natrekkingsregel geldt hier níet als een rechtvaardigingsgrond in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW zodat de verrijking *prima facie* ongerechtvaardigd lijkt. Maar de grondeigenaar kan zijn verrijking mogelijk ontlenen aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde. Is dit het geval, dan is er van een ongerechtvaardigde verrijking geen sprake. En als de verrijking toch ongerechtvaardigd is, dan kan de grondeigenaar zich nog verweren met de stelling dat de verrijking hem is opgedrongen of dat diens verrijking inmiddels is verminderd. En in een meerpartijenverhouding kan een verrijkingsaansprakelijkheid nog in strijd zijn met de *paritas creditorum.*

Bij een verrijkingsvordering na een affectieve relatie zijn de problemen niet eenvoudiger.[82] Het kan een verrijking zonder rechtvaardigingsgrond zijn, maar dit hoeft niet. Wanneer de man de tuin van de vrouw flink onder handen heeft genomen, dan kan dit kwalificeren als een schenking waardoor de verrijking niet ongerechtvaardigd is. Verder zal het werk aan de tuin onder omstandigheden gezien kunnen worden als een tegenprestatie voor iets anders. Het is geven en nemen in een relatie. Ook als de verrijking niet ongerechtvaardigd is, is het pleit nog niet beslecht. Ook hier kan de vrouw zich verweren met de stelling dat verrijkingsaansprakelijkheid haar een bestedingspatroon zou opdringen.

'Standaard' verrijkingsgevallen zijn kortom, in vergelijking met eenvoudige gevallen van onrechtmatige daad, moeilijker. Slaat de gedaagde de eiser een gebroken neus, dan is de gedaagde – behoudens een rechtvaardigingsgrond of een schulduitsluitingsgrond – zonder méér aansprakelijk. Heeft de eiser een schuur op de grond van de gedaagde gebouwd, dan hangt het van de verdere omstandigheden van het geval af, of de gedaagde aansprakelijk is.

3.5.2 Eigenschappen van de algemene verrijkingsactie

De verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking beoogt te voorzien in de gevallen van ongerechtvaardigde verrijking die niet met de overige regels en leerstukken van het vermogensrecht tot een oplossing kunnen worden gebracht. Omwille van deze aanvullende functie heeft de verrijkingsvordering, zoals Hijma het omschrijft, 'een vrije en casusgerichte rol'.[83] De verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking heeft vier eigenschappen die maken

82 Zie: par. 8.4.6

83 Hijma in zijn noot onder: HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3363, *NJ* 2004/458 (Caribbean Bistros/Club Caraibeen).

dat de verrijkingsactie de genoemde casusgerichte rol kan vervullen. Tegelijkertijd zijn het eigenschappen waarin de aanvullende functie van de verrijkingsactie zich mede manifesteert.

(i) In de eerste plaats heeft de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking, zoals in de literatuur veelvuldig wordt opgemerkt, een breed potentieel toepassingsgebied.[84] Daar waar de meeste bronnen van verbintenissen betrekking hebben op een handelen, of een nauw omschreven feitelijke context – denk aan de verschillende risicoaansprakelijkheden – ontbreekt het bij de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking aan een scherpe afbakening. Zimmermann spreekt treffend van een contextloze bron van verbintenissen.[85] Telkens wanneer de één verrijkt is ten koste van een ander, kan de principiële vraag worden opgeworpen, of de verrijking in een voldoende verband tot de verarming staat en of de verrijking ongerechtvaardigd is. Het bereik van de actie is dusdanig ruim dat rechtsvragen die traditioneel door andere leerstukken worden bestreken, juridisch-technisch onder het bereik van artikel 6:212 lid 1 BW kunnen worden gebracht,[86] al zal dit voor de eiser – gezien het dubbele plafond van de verrijkingsaansprakelijkheid – lang niet altijd een volwaardig alternatief zijn.

(ii) Doordat de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking een breed toepassingsgebied heeft, is de maatstaf – in de tweede plaats – in hoge mate onbepaald[87] in die zin dat de vraag of de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking van toepassing is, moet worden beantwoord met inachtneming van de omstandigheden van het geval.[88] Tekenend is dat in de parlementaire geschiedenis veel vraagpunten impliciet of expliciet aan rechtspraak en literatuur zijn overgelaten.[89] Schoordijk is zelfs van mening dat de verbintenis uit ongerechtvaardigde op zichzelf geen maatstaf in zich draagt en Koolhoven merkt in haar dissertatie op dat de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking 'nicht konkret genug' is.[90] Beide schrijvers wijzen erop dat het systeem van het vermogensrecht moet worden afgetast om tot een juiste toepassing te komen.

(iii) Een derde punt dat de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking tot een flexibele, sterk op de casus georiënteerde, vordering maakt is het volgende. Net zoals het systeem van het vermogensrecht niet volledig wordt beheerst door het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, ligt ook aan de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking zelf niet enkel het verrijkingsbeginsel ten grondslag. In artikel 6:212 lid 1 BW is dogmatische ruimte ingebouwd om andere begin-

84 Vgl. Wissink 2002, p. 5-6.
85 Zimmermann 1990, p. 891.
86 Zie bijvoorbeeld in deze zin: Schoordijk 1977, p. 4-5; Wissink 2002, p. 6 en 7-12.
87 Langemeijer 1969, p. 156.
88 HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, *NJ* 1994/ 172, n.nt. P. van Schilfgaarde (Vermobo/Van Rijswijk), r.o. 3.5.
89 PG, p. 831 e.v.
90 Schoordijk 1979, p. 453; Koolhoven 2011, p. 19.

selen mee te wegen in de aansprakelijkheidsvraag. De verrijkte is namelijk alleen aansprakelijk voor een ongerechtvaardigde verrijking 'voor zover dit redelijk is'. Dit redelijkheidsvereiste maakt het mogelijk, dat ook andere beginselen meegewogen kunnen worden bij de vraag of een verrijkingsaansprakelijkheid aangewezen is.[91]

Als de verrijkte, bijvoorbeeld, wordt aangesproken door iemand die per ongeluk op zijn grond heeft gebouwd, dan kan de verrijkte grondeigenaar zich tegen een mogelijke verrijkingsaansprakelijkheid verweren met de stelling dat aansprakelijkheid voor het bouwwerk neer zou komen op een opgedrongen bestedingspatroon. Aldus kan de verrijkte in een geval als dit aan het autonomiebeginsel, zoals dat zich met name manifesteert in het contractenrecht, een krachtig tegenargument ontlenen.[92] Zonder een daarop gerichte wil (of een daarop gericht gerechtvaardigd vertrouwen ex artikel 3:35 BW) is iemand niet zomaar gebonden. Zoals we verderop in het boek zullen zien kan het redelijkheidsvereiste ook ruimte bieden aan andere beginselen. Het redelijkheidsvereiste is een open norm, die het mogelijk maakt dat met velerlei typen tegenargumenten rekening kan worden gehouden.[93] Dit past bij een verrijkingsactie die – in potentie – op velerlei type casus van toepassing is of kan zijn.

(iv) In de vierde plaats is de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking zo vormgegeven, dat ook de *rechtsgevolgen* van een eventuele verrijkingsaansprakelijkheid – deels – kunnen worden toegesneden op de aard van het voorliggende geval. De verrijkte is immers aansprakelijk om de schade van de verarmde te vergoeden, 'voor zover dit redelijk is'. Enerzijds zal de rechter ervoor kunnen kiezen, dat de verrijkte een schadevergoeding moet betalen in een andere vorm dan geld (zie artikel 6:103 BW). Anderzijds is het dogmatisch mogelijk dat de verrijkte slechts een deel van zijn ongerechtvaardigde verrijking behoeft af te staan. De rechter heeft daarmee een instrument in handen om – los van de specifieke regels van het schadevergoedingsrecht – een middenweg te bewandelen, zodat er tegemoetgekomen wordt aan de belangen van de eiser én de gedaagde.

Wel moet worden opgemerkt dat de omvang van de verrijkingsaansprakelijkheid harde buitengrenzen heeft. Ten eerste behoeft de verrijkte nooit meer af te staan dan zijn verrijking. Ten tweede heeft de verarmde nooit meer recht dan een vergoeding van zijn geleden schade. Op deze laatste beperking is in de literatuur kritiek geformuleerd,[94] al kan de vraag rijzen wat in het verband van de ongerechtvaardigde verrijking als schade heeft te gelden.[95]

---

91 Vgl. Koolhoven 2011, p. 245 e.v.

92 Zie hierover. T. van der Linden 2013, p. 14-15.

93 Zie nader over het redelijkheidsvereiste: Hoofdstuk 7.

94 Zie bijvoorbeeld: Zie bijvoorbeeld: Linssen 2001, p. 536-537; Van Boom 2002, p. 76; Damminga 2014, p. 210-211.

95 Zie daarover: Van der Linden 2017. Waarover par. 5.3.5.

3.5.3 Bijvangst

De algemene verrijkingsactie heeft ten behoeve van de aanvullende functie dus een breed potentieel toepassingsbereik. Dit wordt versterkt door het verderop in dit boek ingenomen standpunt dat het verrijkingsvereiste, het schadevereiste en het vereiste causale verband ruim moet worden opgevat. In verband daarmee doet er zich een eigenaardigheid voor. Betoogd is dat de bestaansreden van artikel 6:212 lid 1 BW gelegen is in verrijkingsgevallen waarin niet door het overige vermogensrecht is voorzien. De bestaansreden van de algemene verrijkingsactie is om recht te doen in die gevallen. Het brede toepassingsbereik dient ertoe die atypische gevallen te bestrijken. Welnu, een neveneffect is dat de – niet subsidiaire – algemene verrijkingsactie ook gevallen bestrijkt, waarvoor de algemene verrijkingsactie strikt genomen overbodig is.

Als een penningmeester een som geld verduistert, dan zal het voor de hand liggen hem aan te spreken op grond van onrechtmatige daad of wanprestatie. De casus valt echter óók onder het brede toepassingsbereik van de algemene verrijkingsactie. Gelet op het beginsel van alternativiteit kan de eiser zich daarom ook met vrucht baseren op ongerechtvaardigde verrijking. Dit is niet meer dan bijvangst. Hoewel de eiser zich in het geval van de penningmeester – met succes – kan baseren op ongerechtvaardigde verrijking, is de algemene verrijkingsactie niet voor dit geval geschreven, omdat het geval op een bevredigende wijze kan worden opgelost met het overeenkomstenrecht en het onrechtmatigedaadsrecht. Artikel 6:212 BW biedt een extra grond die op zichzelf niet nodig is. Een beroep op wanprestatie of onrechtmatige daad zal bovendien verstandiger zijn omdat daarvoor verrijking géén vereiste is.

De algemene verrijkingsactie is – vanuit het perspectief van het onrechtmatigedaadsrecht en het overeenkomstenrecht – geschreven voor gevallen die níet op een bevredigende wijze kunnen worden opgelost door het onrechtmatigedaadsrecht en overeenkomstenrecht. In het verlengde van de onrechtmatige daad, kan bijvoorbeeld de vraag rijzen of een niet-onrechtmatige gedraging desalniettemin van dien aard kan zijn dat het de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser een ongerechtvaardigd karakter geeft. En in het verlengde van het overeenkomstenrecht kan – bijvoorbeeld – de vraag rijzen of er bij de afwezigheid van een contract een verrijkingsaanspraak mogelijk is. Dit is eerder aangestipt als de quasi-delictuele en quasi contractuele-functie.

Toch is de hiervoor aangestipte bijvangst niet geheel zonder zin. Het geval van de frauderende penningmeester zal zonder problemen kwalificeren als een wanprestatie of een toerekenbare onrechtmatige daad. Het precieze toepassingsbereik van vermogensrechtelijke leerstukken zoals onrechtmatige daad, wanprestatie, onverschuldigde betaling, zaakwaarneming, enzovoorts, zal echter niet altijd met een vaste hand te trekken zijn. Er kunnen gevallen zijn waarover men in redelijkheid van mening kan verschillen of het wel onder die leerstukken valt. Ook voor die twijfelgevallen

kan de algemene verrijkingsactie – dankzij het brede toepassingsbereik – in ieder geval praktische zin hebben, temeer omdat verrijkingsaansprakelijkheid – doordat de aansprakelijkheid beperkt is tot de verrijking en niet verder gaat dan redelijk is – geregeld een middenweg kan wijzen tussen 'volle' aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad of overeenkomst aan de ene kant of helemaal geen aansprakelijkheid aan de andere kant. Doordat verrijkingsaansprakelijkheid minder vergaand is, kunnen 'lichtere' feiten tot aansprakelijkheid leiden.

3.6 Slotsom

De algemene verrijkingsactie is een uitwerking van het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt. Het is in zoverre een bijzondere uitwerking van dit beginsel dat de regel geen nadere criteria geeft bij de beantwoording van de vraag wat een verrijking tot een ongerechtvaardigde verrijking maakt. Artikel 6:212 lid 1 BW verheft het onbepaalde beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt tot een zelfstandige bron van verbintenissen. De verschillende verrijkingsrechtelijke concepties kunnen bij de toepassing van de algemene verrijkingsactie een rol van betekenis spelen.

Aan artikel 6:212 BW ligt dus het verrijkingsbeginsel ten grondslag. Het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijkingen moeten worden tegengegaan dwingt echter niet tot de erkenning van een algemene verrijkingsactie. Denkbaar is ook een stelsel waarin het verrijkingsbeginsel uitsluitend tot zijn recht komt in bijzondere regels en leerstukken. De algemene verrijkingsactie berust dan ook niet alleen op het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, maar ook op de gedachte dat het vermogensrecht conflicten van vermogensrechtelijke aard op een aanvaardbare wijze moet kunnen oplossen. Daarmee steunt de algemene verrijkingsactie niet alleen op het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt maar ook op de redelijkheid en billijkheid.

De functie van de algemene verrijkingsactie is hiermee gegeven: de algemene verrijkingsactie heeft een aanvullende functie. In het systeem van het vermogensrecht komt het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt op verschillende manieren – en in verschillende mate van intensiteit – tot uitdrukking. De algemene verrijkingsactie heeft een rol te vervullen als het overige vermogensrecht een ongerechtvaardigde verrijking in stand laat of – als het recht onduidelijk is – in stand dreigt te laten.

De belangrijkste in de literatuur opgesomde functies van de algemene verrijkingsactie zijn op de aanvullende functie terug te voeren. De verrijkingsactie kan dankzij de aanvullende functie corrigerend werken, als artikel 6:212 lid 1 BW in aanvulling op de overige bron van verbintenissen een verbintenis doet ontstaan die de scherpe kanten van een bepaalde wettelijke

regeling verzacht. De systematische functie is de aanvullende functie vanuit een macroperspectief: de algemene verrijkingsactie kan het systeem aanvullen en nader verfijnen en het recht in die zin vernieuwen. De aanvullende functie maakt het mogelijk dat een specifieke vermogensrechtelijke regel niet te rekkelijk hoeft te worden uitgelegd om te voorkomen dat de gedaagde ongerechtvaardigd wordt verrijkt. In die zin werkt de aanvullende verrijkingsvordering als ventiel.

Artikel 6:212 lid 1 BW is op de aanvullende functie toegerust. Het brede toepassingsgebied, de onbepaaldheid van de maatstaf, de mogelijkheid om andere rechtsbeginselen in de belangenafweging te betrekken dan enkel het verrijkingsbeginsel en de mogelijkheid om de plicht tot schadevergoeding op de juiste maat te snijden, zijn eigenschappen die maken dat de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking recht kan doen aan alle omstandigheden van het verrijkingsgeval. De verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking heeft de 'kracht' om het vermogensrecht in verrijkingsrechtelijke zin aan te vullen. Maar hoe moet de rechter met het open karakter van de algemene verrijkingsactie omgaan?

Deel 2

De vereisten

4 Interpretatie en organisatie

4.1 Inleiding

Het eerste deel ging over het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt en de positionering van de algemene verrijkingsactie in het systeem van het vermogensrecht. Aan de orde is gekomen, wat de aard van het verrijkingsbeginsel is, en hoe het tot zijn recht komt – en kan komen – in het systeem van het vermogensrecht. De verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking is gekenschetst als een uitwerking van het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt. Uiteengezet is, dat de algemene verrijkingsactie een aanvullende functie heeft. Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt is verweven in het systeem van het vermogensrecht. Laat het systeem desondanks een ongerechtvaardigde verrijking in stand, dan biedt de algemene verrijkingsactie de verarmde, onder omstandigheden, een recht op schadevergoeding in geld of in natura.

In het tweede deel verschuift de focus naar de concrete toepassingsvoorwaarden van de algemene verrijkingsactie. Maar voordat de aan artikel 6:212 BW gestelde vereisten in de komende hoofdstukken afzonderlijk aan de orde komen, wordt in dit hoofdstuk meer in het algemeen bezien welke implicaties de aanvullende functie van de verrijkingsactie heeft, voor de interpretatie van de verrijkingsregel. Aan de orde komt hoe met het open karakter van de algemene verrijkingsactie moet worden omgegaan. Daarnaast zal worden ingegaan op de vraag, hoe de vereisten van de verrijkingsactie zich tot elkaar verhouden en hoe zij het best van elkaar kunnen worden afgebakend. Ook hier kan de aanvullende functie van de verrijkingsvordering van betekenis zijn.

4.2 De waardering van de algemene verrijkingsactie

Zoals we aan het slot van het vorige hoofdstuk hebben gezien,[1] kan de verrijkingsvordering de aanvullende functie vervullen doordat artikel 6:212 lid 1 BW niet is gemodelleerd naar één specifiek verrijkingsgeval. Integendeel. Steeds als de een is verrijkt ten koste van de ander, kan de vraag worden gesteld of de verrijking ongerechtvaardigd is, en zo ja, of – en in hoeverre –

1 Par. 3.5.2.

schadevergoeding redelijk is. De rechter heeft daarbij (mede dankzij het redelijkheidsvereiste) een grote vrijheid om de eventuele schadevergoedingsverbintenis op de juiste maat te snijden. Het redelijkheidsvereiste maakt het voorts mogelijk om vermogensrechtelijke relevante overwegingen die tégen een (onverkorte) concrete verrijkingsaanspraak pleiten, mee te wegen. De algemene verrijkingsvordering is, kortom, zodanig vormgegeven dat de rechter de middelen in handen heeft om recht te doen aan de concrete omstandigheden van het geval. Het open karakter van de verrijkingsvordering kan echter op verschillende manieren worden gewaardeerd.

4.2.1 Het spanningsveld

Drion schrijft, na het in 1959 gewezen *Quint/Te Poel*-arrest, het volgende:

> 'Men behoeft er niet aan te twijfelen, dat, had de Hoge Raad een algemene verrijkingsactie aanvaard, vele advocaten en rechters in de toekomst al te gemakkelijk naar deze actie zouden grijpen met voorbijgaan van eventuele speciale wettelijke regelingen. Als het recht slechts zou behoeven te worden toegepast door juristen als Meijers of Bregstein zou men er niet bang voor behoeven te zijn, dat het invoeren van een algemeen rechtsbeginsel als dat van de ongerechtvaardigde vermogensvermeerdering tot een erosie van de op dit gebied bestaande rechtsregels zou kunnen leiden. Maar het is geen schande voor de Nederlandse juridische wereld, dat de meerderheid van de advocaten en rechters beneden dat peil blijft.'[2]

Langemeijer schrijft in 1969:

> 'Bij de ongerechtvaardigde verrijking is de onbepaaldheid haast kenmerk van het begrip. Het enige wat dit met zekerheid uitdrukt is toch dat de ingetreden staat van zaken aan alle andere rechtsregels gemeten onaantastbaar is en tevens onbevredigend is bij toetsing aan een maatstaf die dan blijkbaar juist niet aan dat geheel van het overige recht valt te ontlenen. Wat voor de actie uit onrechtmatige daad wel eens is gepropageerd, te zijn een "algemene billijkheidsactie", zou hier inderdaad ten naaste bij zijn verwezenlijkt! En daarmee zou vrijwel elke toepassing van het overige vermogensrecht aan correctie door de billijkheid zijn onderworpen.
> Dit alles kan een aanloop lijken om schrapping uit het ontwerp van het enige artikel van Titel 6.4 afd. 3 aan te bevelen [...] Toch is dit geenszins wat ik wil bepleiten. Integendeel: ik hoop dat het artikel er komt niet alleen, maar zelfs dat het, zij het stap voor stap, op den duur ruim zal worden toegepast. [...] Wat ik uiteindelijk als resultaat van erkenning van het beginsel hoop is juist een rechtsverfijning, die geleidelijk, met voorzichtig afwegende, van gevallengroep tot gevallengroep voortschrijdende toepassing, op den duur ons recht ingrijpend zal kunnen vernieuwen.'[3]

De hier geciteerde auteurs waarderen het open karakter van de verbintenis uit ongerechtvaardigde elk op een andere manier. Langemeijer ziet deze eigenschap als een kans om het vermogensrecht met de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking verder te verfijnen. In bepaalde gevallen kan het vermogensrecht door de billijkheid worden gecorrigeerd en op de langere

2 Drion 1959, p. 498.
3 Langemeijer 1969, p. 156.

termijn kan het recht 'ingrijpend' vernieuwd worden. Hij prijst aldus de rechtsvormende potentie van de algemene verrijkingsactie. Drion legt daarentegen de nadruk op het gevaar dat toepassing van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking tot een 'erosie' van nieuwe rechtsregels kan leiden die bestendigde leerstukken ondermijnen. De door Langemeijer gehoopte 'vernieuwing' is Drion een doorn in het oog.

Dit verschil in waardering van het brede toepassingsbereik van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking, zien wij terug in de discussie die na de codificatie van de verrijkingsactie heeft plaatsgevonden. Er zijn schrijvers die de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking als volwaardige bron van verbintenissen behandeld willen zien. Vranken en Hartkamp, bijvoorbeeld, bespreken in dit verband de functies die de verrijkingsactie kan vervullen, terwijl Wissink zich uitspreekt voor de 'emancipatie' van de verrijkingsactie tot een volwaardige bron van verbintenissen.[4] Van Boom gaat een stap verder en zoekt meer concreet de grenzen op van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking en toont zich bereid van de reeds gebaande paden te gaan.[5] Daartegenover staan schrijvers die de nadruk leggen op de keerzijde van een algemene verrijkingsactie. Nieskens-Isphording vecht enkele arresten van de Hoge Raad aan,[6] Zwalve schrijft dat de Hoge Raad met de verrijkingsactie een fraai speeltje in handen heeft dat ook wel weer eens zal gaan vervelen[7] en Van Maanen betoogt dat de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking niet mag worden gebruikt als billijkheidsactie.[8]

Het debat is een belichaming van de spanning die het bestaan van een algemene verrijkingsactie van nature met zich brengt. De aanvullende 'kracht' van de verrijkingsactie kan ontaarden in haar 'zwakte'.[9] Enerzijds maakt het open karakter van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking, dat de verrijkingsactie het verbintenissenrecht kan aanvullen, om in concrete gevallen tot rechtvaardige uitkomsten te komen. Anderzijds, kan hetzelfde open karakter met zich brengen dat de toepassing van de verrijkingsactie tot resultaten leiden die niet goed verenigbaar zijn met het systeem van het vermogensrecht.

Wat zijn nu de precieze gevaren die aan een algemene verrijkingsactie verbonden zijn?

4.2.2 Vier problemen

Nieuwenhuis schrijft over de vormgeving van een Europees aansprakelijkheidsrecht:

---

4 Vranken 1998 p. 1496-1502, Hartkamp 2001, p. 330-333, Wissink 2002, p. 37-68 en de aldaar vermeldde literatuur. Zie over de functie van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking in het systeem van het vermogensrecht nader par 3.4.

5 Van Boom 2002, p. 131 e.v.

6 Nieskens-Isphording 1998, p. 98-109.

7 Zwalve 1997, p. 586.

8 Van Maanen 1998, p. 322.

9 Zie ook (zij het in omgekeerde zin): Koolhoven 2011, p. 332.

> 'Geen enkel aansprakelijkheidsrecht […] kan worden gebouwd, louter op basis van […] rechtsbeginselen. Recht kan niet zonder regels. Het verschil tussen rechtsbeginselen en rechtsregels is vooral hierin gelegen dat een rechtsregel, anders dan een rechtsbeginsel, concreet aangeeft welke voorwaarden vervuld moeten zijn, wil een bepaald rechtsgevolg intreden.'[10]

En verderop: 'Wie concreet wordt,' – dat wil zeggen: wie rechtsbeginselen omzet in regels – 'wordt kwetsbaar'.[11]

Hoewel Nieuwenhuis hier schrijft over de mogelijkheid van een gemeenschappelijk – Europees – aansprakelijkheidsrecht, raken deze woorden de achilleshiel van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking. Artikel 6:212 lid 1 BW is weliswaar een regel met toepassingsvoorwaarden, maar de toepassingsvoorwaarden missen concretisering. De verrijkingsregel is (afgezien van het schadevereiste) niet concreter dan het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt. Er kleven ten minste vier specifieke moeilijkheden aan een algemene verrijkingsactie zoals gecodificeerd in artikel 6:212 BW. Het zijn problemen die nauw samenhangen met het open, beginselachtige karakter van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking.

(i) In de eerste plaats brengt een algemene verrijkingsactie het gevaar met zich mee, dat de toepassing daarvan op een concreet geval leidt tot een resultaat dat op gespannen voet staat met het systeem van het (vermogens) recht. Bestendige rechtsregels kunnen, met andere woorden, door de toepassing van een algemene verrijkingsactie op een onaanvaardbare wijze worden doorkruist.[12] Dit is in ieder geval een gevaar dat voortdurend op de loer ligt. Het open karakter van de verrijkingsvordering brengt niet alleen mee dat de moeilijke, door het systeem van het vermogensrecht 'onopgeloste' gevallen onder het potentiële toepassingsbereik vallen, maar óók gevallen die elders in het recht op een bepaalde wijze worden opgelost.

Op voorhand is het niet eenvoudig de aard van dit bezwaar te duiden. Het kan een bezwaar zijn dat ziet op de mogelijkheid dat de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking, mede door de wat vagere vereisten, op een onjuiste wijze wordt toegepast. Wanneer degene die verkrijgt op grond van verjaring ex artikel 3:99 BW wordt aangemerkt als ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van de oorspronkelijk rechthebbende, dan staat dat op gespannen voet met het verjaringsleerstuk. Het probleem ligt dan niet bij de verrijkingsactie, maar bij de jurist die de actie toepast. Van een *ongerechtvaardigde* verrijking is namelijk geen sprake.[13] Anderzijds kan men in bepaalde gevallen in redelijkheid van mening verschillen over de juiste toepassing van de actie op een concreet geval. Het doorkruisingsprobleem manifesteert zich dan als een probleem van rechtsvinding. Schoolvoorbeeld is de vraag of

10 Nieuwenhuis 2008, p. 2.
11 T.a.p, p. 3.
12 Zie bijvoorbeeld Damminga 2014, p. 4-8; Van Maanen 2006, p. 37.
13 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/467; M.W. Scheltema in *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 6.3

de dief die door verkrijgende verjaring eigenaar wordt op grond van artikel 3:105 jo. artikel 3:306 jo. artikel 3:114 lid 2 BW, met vrucht kan worden aangesproken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking.[14]

Beide kanten zijn nauw met elkaar verweven. Van Maanen schrijft dat de toepassing van de verrijkingsactie een complexe aangelegenheid is, omdat het een uitputtende kennis van én het goederenrecht én het verbintenissenrecht veronderstelt.[15] Dit moge waar zijn, maar kennis van het goederenrecht en het verbintenissenrecht (en mogelijk andere rechtsgebieden) is niet genoeg. Voor de toepassing van de algemene verrijkingsactie is het ook nodig een vertaalslag te maken om uit te maken wat die regels van het verbintenissenrecht en het goederenrecht met zich brengen, voor de toepassing van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking op een concreet geval. Het probleem van de verkrijgende dief laat zien dat daar verschillend over kan worden gedacht.

(ii) Het tweede probleem is het volgende. Doordat de aansprakelijkheidsgrond van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking niet ligt besloten in een bepaald handelen, kan het voorkomen dat de eiser de gedaagde aanspreekt uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, zonder dat zij voorheen – juridisch gezien – iets met elkaar van doen hadden. Aansprakelijkheid kan komen als een onaangename verrassing. Gedacht kan worden aan een verrijkingsactie die de aannemer tegen de verhuurder instelt, voor de waardestijging van de door de aannemer, in opdracht van de huurder, bearbeide zaak. Het is niet ondenkbaar dat de aannemer en de verhuurder elkaar voor het eerst 'treffen' in de rechtszaal. Gevallen als deze vallen onder het probleemgebied dat eerst door Brandsma[16] en later door Gerdes, het probleem van de 'derdenverrijking' is genoemd.[17]

Verschillende bezwaren zijn er tegen de mogelijkheid van derdenverrijking geformuleerd.[18] Het kan, ten eerste, leiden tot een opgedrongen bestedingspatroon.[19] In het hierboven aangestipte geval van de aangesproken verhuurder, kan het om verbeteringen gaan die hij niet wenst en overigens niet kan doorberekenen in de huurprijs. Zou hij aansprakelijk zijn uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, dan zou hij buiten wil en schuld gedwongen zijn te betalen.

---

14 Daarover bijvoorbeeld: Zwalve 1995b, p. 773-774; Klomp 1996, p. 519-520; Chao-Duivis 1996, p. 732-734; Beekhoven van den Boezem 2000, p. 637-639; Van der Linden 2016, p. 296-299.

15 Van Maanen 2001, p. 9.

16 Brandsma 1994, p. 251.

17 Gerdes 2005, par. 1.3.2, p. 12.

18 De Hoge Raad noemt er reeds twee in het Quint/Te Poel arrest, namelijk het argument van het opgedrongen bestedingspatroon en de doorbreking van de paritas. De Hoge Raad overwoog dat de wetgever geen algemene verrijkingsactie in de wet had willen opnemen, om deze nadelige gevolgen te voorkomen. HR

19 Zie bijvoorbeeld Brandsma 1994, p. 258; Gerdes 2005, par. 8.5.1e, p. 197-201; Zwalve 1995, p. 163; zie over de opgedrongen verrijking in het algemeen: Van der Linden 2013, p. 11-20.

Ten tweede kan een verrijkingsaansprakelijkheid in een meerpartijenverhouding in strijd komen met de *paritas creditorum*.[20] Als de verarmde aannemer met vrucht over de insolvente huurder heen kan stappen en er aldus in slaagt de verhuurder aan te spreken, dan kan dit er onder omstandigheden toe leiden dat de verarmde *de facto* een bate uit de insolvente boedel van de huurder onttrekt. Dit is het geval als de huurder iets ter zake van het verbouwde van de verhuurder te vorderen heeft, bijvoorbeeld uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking ex artikel 7:216 jo. 6:212 lid 1 BW. Wanneer de verhuurder zijn verrijking aan de aannemer heeft afgedragen, dan kan dit betekenen dat de huurder niets meer van de verhuurder te vorderen heeft bij ontstentenis van een verrijking. Dit betekent, dat de schuldeisers van de huurder zich niet meer op de mogelijke verrijkingsvordering van de huurder op de verhuurder kunnen verhalen. En daarmee is de *paritas* doorbroken.

In de derde plaats, en in het verlengde van het voorgaande punt, is de vraag legitiem of het gewenst is dat de verarmde het insolventierisico dat hij nam door met zijn wederpartij in zee te gaan, op een derde – de verrijkte – zou kunnen afwentelen.[21] Waarom zou, anders gezegd, de verhuurder aansprakelijk zijn jegens de aannemer als de huurder, zijnde de contractuele wederpartij van de aannemer, insolvent is en de verbeteringen aan het huurpand niet kan betalen?

In hoeverre deze bezwaren in het concrete geval spelen, zal afhangen van de aard van de voorliggende casus. De veelkleurige problematiek van de derdenverrijking zal op verschillende plaatsen in dit boek aan de orde komen.[22]

(iii) Een algemene verrijkingsactie kan voorts de rechtszekerheid aantasten. Smits schrijft, in zijn monografie over de bronnen van verbintenissen, dat het voor rechtssubjecten – omwille van de rechtsgelijkheid en de rechtszekerheid – zoveel als mogelijk duidelijk moet zijn, wanneer zij in vermogensrechtelijke zin aan anderen gebonden zijn.[23] Vandaar dat het verbintenissenrecht een gesloten stelsel is, in die zin dat iedere verbintenis een grondslag moet hebben in de wet of – als een wettelijke grondslag ontbreekt – ten minste moet passen in het stelsel van de wet en aansluiten bij wel in de wet geregelde gevallen.[24] Dit is in wezen ook een eis van legaliteit en een belangrijke consequentie van een gecodificeerd rechtssysteem, waarin de rechter volgens de wet recht moet spreken.

---

20 Brandsma 1994, p. 258; Gerdes 2005, par. 8.5.1b, p. 184-188 en de aldaar vermeldde literatuur.

21 Zie bijvoorbeeld Brandsma 1994, p. 256; Damminga 2014, p. 3-4.

22 Zie bijvoorbeeld: over het causale verband, par. 5.4; over de verrijkingsrechtelijke relativiteit van de overeenkomst, par. 6.5.3; over de problematiek van het opgedrongen bestedingspatroon, par. 7.6; over derdenbescherming, par. 7.9; over de problematiek van de paritas creditorum, par. 7.10; over enkele concrete toepassingen, hoofdstuk 9.

23 Smits 2003, nr. 15.

24 Zie 6:1 BW in verbinding met HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600 *NJ* 1959/548, n.nt. D.J. Veegens (*Quint/Te Poel*).

De aanvullende functie van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking draagt een zekere onvoorspelbaarheid in zich en kan tot voor partijen onverwachte aansprakelijkheden leiden. Dit kan het geval zijn bij de hiervoor genoemde figuur van de derdenverrijking. Maar ook anderszins kan een verrijkingsaansprakelijkheid onverwacht komen. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een mogelijke verrijkingsaansprakelijkheid na een verbroken affectieve relatie. Kan arbeid verricht door de man aan het huis van de vrouw (of omgekeerd) aanleiding geven tot een aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking van laatstgenoemde?[25] Een dergelijke aansprakelijkheid achteraf kan – na het einde van de relatie – als een verrassing komen.

Wel moet worden opgemerkt dat een beroep op de rechtszekerheid in privaatrechtelijke verhoudingen tussen burgers en rechtspersonen onderling, van een andere orde is dan een beroep op de rechtszekerheid van een burger jegens de overheid. Een geslaagd beroep op de rechtszekerheid van de één gaat, in een privaatrechtelijke verhouding, steeds ten koste van het belang van de ander.[26] In zoverre kan het probleem van de rechtszekerheid worden gerelativeerd.

(iv) In de vierde plaats is de eigenschap dat de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking het systeem van het vermogensrecht kan aanvullen op zichzelf niet zonder problemen. Sherwin is niet gecharmeerd van de ongerechtvaardigde verrijking als een *'legal principle'* waarop de rechter zijn beslissing kan funderen. Het verrijkingsbeginsel als beslissingsgrondslag geeft de rechter – door het open karakter van het beginsel – een grote discretionaire bevoegdheid: [27]

> 'Unjust enrichment is a highly abstract and morally charged idea, capable of accomodating many contestable views of corrective and distributive justice. As result, it invests judges with a tremendous amount of power.'

Een dergelijke macht kan door de rechter worden misbruikt en leiden tot willekeur.

Ook voor het Nederlandse recht schuilt hier waarheid in. De verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking is te zien als een delegatie van de wetgever aan de rechter om de ongeregelde gevallen van ongerechtvaardigde verrijking tot een oplossing te brengen. Het is een instrument waarmee de rechter recht kan doen in concrete gevallen, maar tegelijkertijd is het vanuit een staatsrechtelijk oogpunt – vanuit het perspectief van de legaliteit – een middel met een schaduwzijde.

---

25 HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD4745, *NJ* 2008/481 (Winkelpand). Zie daarover: Mellema-Kranenburg 2009, p.111-113.

26 Van der Linden 2013, p. 107.

27 Sherwin 2001/79, p. 2107.

De mogelijke tegenwerping dat het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, kan worden uitgesplitst in vier – concretere – verrijkingsrechtelijke principes die verweven zijn met vier vermogensrechtelijke uitgangspunten, lost het kritiekpunt van Sherwin niet volledig op. Alle verrijkingsrechtelijke principes hebben iets onbepaalds in zich. De gedachte dat een vermogensverschuiving zonder toereikende rechtvaardiging ongerechtvaardigd is, doet de vraag rijzen wat die gronden zijn. Het principe dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag, zegt niets over de vraag wanneer het principe van toepassing is en wanneer er een uitzondering moet worden gemaakt. Het uitgangspunt dat iemand 'eigen' schade niet op anderen mag afwentelen, laat de vraag open wanneer schade die een ander lijdt aan de gedaagde 'toebehoort'. Het principe, ten slotte, dat een onregelmatige verrijking met een kritisch oog moet worden bezien, is van zichzelf al onbepaald. De vier concepties van het verrijkingsbeginsel en de daaruit voortvloeiende principes bepalen slechts in welke richting kan worden gedacht bij de oplossing van een concreet geval. Ook uit de deelprincipes laten zich niet *more geometrico* oplossingen voor concrete gevallen destilleren. Bovendien is niet in abstracto te zeggen wat rechtens is als het ongedaan maken van een ongerechtvaardige verrijking in conflict komt met een ander vermogensrechtelijk beginsel. Het verrijkingsbeginsel is niet het enige beginsel dat aan het vermogensrecht ten grondslag ligt. Ook hier ligt – in het kader van het redelijkheidsvereiste – een zekere beoordelingsvrijheid.

4.3 Verrijkingsrechtelijke rechtsvinding

4.3.1 De 'queeste'

Het open karakter van de verrijkingsvordering waarmee het systeem van het vermogensrecht kan worden aangevuld en kan worden verfijnd, is dus tegelijkertijd de oorzaak van de bezwaren van een algemene verrijkingsactie. De uitdaging waar het aanvullende verrijkingsrecht voor staat is dat de taak van de verrijkingsactie om het vermogensrecht aan te vullen zoveel mogelijk 'verzoend' moet worden met de moeilijkheden die aan een algemene verrijkingsactie kleven. De zoektocht is naar een theorievorming die zowel recht doet aan de aanvullende functie van de verrijkingsvordering als aan deze bezwaren. Het komt eropaan, dat het leerstuk zodanig wordt ingericht, dat de aanvullende kracht van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking niet onnodig wordt beperkt, terwijl de rechtstoepasser tegelijkertijd middelen in handen heeft om op beredeneerde, inzichtelijke wijze een ongewenste verrijkingsaanspraak af te wijzen.

Deze puzzel is niet met een of twee pennenstreken opgelost. De rest van dit boek staat in het teken van deze zoektocht. In dit hoofdstuk wordt meer in het algemeen ingegaan op de betekenis van de spanning tussen het systeem van het vermogensrecht en het open karakter van de verrijkingsactie

voor de verrijkingsrechtelijke rechtsvinding. Daarnaast zal hier in grote lijnen worden uiteengezet hoe de toepassingsvereisten ten opzichte van elkaar moeten worden afgebakend.

4.3.2 *Quint/Te Poel*

Onder het oude BW was de verhouding van het systeem van het vermogensrecht en de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking minder problematisch.

Het oud Burgerlijk Wetboek kende geen gecodificeerde verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking en de Hoge Raad was van oordeel dat een algemene verrijkingsactie ook niet lag besloten in het ongeschreven recht. Wel was de Hoge Raad van oordeel dat in bijzondere omstandigheden zonder een daartoe strekkende wetsbepaling een verbintenis kon ontstaan.[28] Dit was het geval voor zover de verbintenis paste in het stelsel van de wet en aansloot bij de wel in de wet geregelde gevallen. Alleen langs deze systematische weg kon onder het oude recht verrijkingsaansprakelijkheid worden gevestigd, zodat het systeem van het vermogensrecht van nature op de voorgrond stond bij de toepassing van de (niet gecodificeerde) verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking. Daardoor speelt de doorkruisingsproblematiek onder het *Quint/Te Poel* regime niet, of in ieder geval veel minder. Hetzelfde geldt voor de door Sherwin gesignaleerde keerzijde van de aanvullende werking van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking. 'Passen' in het stelsel van de wet en 'aansluiten' bij wel in de wet geregelde gevallen ademt de eis dat er voor de vestiging van een niet uitdrukkelijk gecodificeerde aansprakelijkheid een analogie gevonden moet worden.[29] De beslissingsvrijheid van de rechter is dan aan banden gelegd.

Schoordijk heeft wel gesuggereerd dat artikel 6:212 lid 1 BW nog steeds wordt beheerst door de *Quint/Te Poel*-formule,[30] hetgeen zou betekenen dat een verrijkingsaanspraak alleen ontstaat als dit 'past' in het stelsel van de wet en 'aansluit' bij wél in de wet geregelde gevallen. Als nuttige vuistregel is dit zonder meer te onderschrijven, maar als harde eis gaat dit te ver. Ook als er geen analogie gevonden kan worden, is het niet uitgesloten dat er een verrijkingsaanspraak ontstaat.[31] Bestaansreden van de vordering is juist het ondervangen van verrijkingsgevallen waarin níet door de wetgever is voorzien.

Nieskens-Isphording heeft terecht opgemerkt dat de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking, met de codificatie daarvan in het huidige Burgerlijk Wetboek, is 'losgesneden' van het *Quint/Te Poel*-arrest.[32] Het zal

---

28 HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600 *NJ* 1959/548, n.nt. D.J. Veegens (*Quint/Te Poel*).

29 Vgl. Schoordijk 1968, p. 4 en 6.

30 Schoordijk 1996, p. 865.

31 In gelijke zin Wissink 2002, p. 63-64.

32 Nieskens-Isphording 1998, p. 99.

nog steeds nodig zijn dat een concrete verrijkingsaanspraak 'past' in het stelsel van het recht, maar het zal niet nodig zijn dat de aanspraak 'aansluit' bij wel in de wet geregelde gevallen. De actie heeft, aldus Nieskens-Isphording, een eigen plaats. Het is dus de vraag hoe met een verrijkingsactie moet worden omgegaan, zonder dat de restricties uit het *Quint/Te Poel*-arrest formeel gelding hebben.

4.3.3 Subsidiariteit

Een van de methoden om een te vergaande toepassing van de verrijkingsactie te voorkomen, en om aldus de spanning tussen de verrijkingsactie en het systeem op te lossen, is om aan de toepassing van de verrijkingsactie, los van de toepassingsvoorwaarden zoals die in artikel 6:212 lid 1 BW zijn neergelegd, een nadere eis te stellen.[33] Dit is wat de subsidiariteitsleer doet. Volgens deze leer kan alleen aan de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking worden toegekomen, als aan de verarmde geen ander rechtsmiddel ten dienste staat.[34] Het is een leer waarvan de praktische consequenties voor respectievelijk (i) een tweepartijen-verhouding en (ii) een meerpartijenverhouding anders uitvallen.

(i) Gaat het om een tweepartijenverhouding, dan moet worden onderzocht of door het vermogensrecht in een bepaalde casuspositie wordt voorzien. Kan de verarmde de verrijkte aanspreken uit hoofde van – bijvoorbeeld – onrechtmatige daad, dan zou een verrijkingsaansprakelijkheid ter zake uitgesloten zijn.[35] Dit lijkt met name praktisch van betekenis te zijn als de verjaringstermijnen van beide rechtsfeiten uiteenlopen of als aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad tussen de verarmde en de verrijkte contractueel is uitgesloten. Een andere vraag van belang is de kwestie wat rechtens is, als een casuspositie wel door een bepaalde regeling wordt beheerst, maar de regeling de verarmde geen remedie biedt.[36] Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het geval dat aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad afketst vanwege het ontbreken van toerekenbaarheid. Is een verrijkingsactie dan nog mogelijk? Over die vraag gaat hoofdstuk 10.

(ii) In een meerpartijenverhouding komt de kern van de subsidiariteitsleer erop neer dat de verarmde in beginsel geen verrijkingsactie tegen de verrijkte heeft, indien hij een vordering heeft tegen een ander dan de verrijkte. Dit is bijvoorbeeld het geval als de leverancier van bouwmateriaal onbetaald is gebleven door de aannemer. De subsidiariteitsleer sluit in een geval als dit een verrijkingsactie van de leverancier tegen de grondeigenaar (de aanbesteder) in beginsel uit; de verarmde moet zijn heil zoeken bij de aannemer die zijn rekeningen niet betaalt. De subsidiariteit voorkomt in gevallen als deze dat de verrijkte verrast wordt door een mogelijke aansprakelijkheid

33 Vgl. Wissink 2002, p. 13-14; Schrage 1998, p. 253-257.
34 Zie daarover o.a. Schrage 2002, p. 646 e.v.
35 Zie bijv. Wissink 2002, p. 15.
36 Vgl. Wissink 2002, p. 24, Hartlief 2012, p. 268-269.

uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking en dat de verarmde het insolventierisico op de verrijkte afwentelt.

De subsidiariteitsleer is in verschillende modulaties denkbaar.[37] De subsidiariteit wordt in het Nederlandse recht in geen enkele vorm aangenomen. Voor tweepartijenverhoudingen kan dit worden afgeleid uit de parlementaire geschiedenis[38] en bovendien vloeit dit voort uit de gangbare samenloopregels.[39] Voor meerpartijenverhoudingen is in het *Setz/Brunings*-arrest uitgemaakt dat de verrijkingsactie niet subsidiair is. De Hoge Raad is in dit arrest van oordeel dat het enkele feit dat de verarmde een vordering uit wanprestatie jegens zijn contractuele wederpartij heeft, een verrijkingsactie tegen een derde niet uitsluit.[40] Bovendien gaat de Hoge Raad in hetzelfde arrest soepel om met het vereiste causale verband, hetgeen de afwijzing van de subsidiariteit van de actie onderstreept.[41]

Invoering van subsidiariteit als 'zesde' vereiste verdient geen navolging. Het probleem van een dergelijke eis is, dat bepaalde type gevallen categorisch van de toepassing van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking dreigen te worden uitgesloten. Wissink schrijft dat de subsidiariteit een belemmering kan zijn om een voorliggend verrijkingsgeval 'bevredigend' op te lossen.[42] Een subsidiariteitsvereiste gaat ten koste van de aanvullende kracht van de verrijkingsvordering.

Voor de afwijzing van de subsidiariteit is nog een nadere, daarmee samenhangende, reden te geven. Als subsidiariteit als extra vereiste wordt erkend naast de vereisten die artikel 6:212 lid 1 BW zelf al aan verrijkingsaansprakelijkheid stelt, dan behoort het logisch gezien tot de mogelijkheden dat iemand (a) ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, terwijl (b) verrijkingsafdracht in de vorm van schadevergoeding *redelijk* is, maar dat de verrijkingsaanspraak desalniettemin – op grond van het subsidiariteitsprincipe – moet worden afgewezen. Het vereiste is daarom – mede gelet op de aanvullende functie van de verrijkingsvordering – onjuist. Enerzijds zal het ongerechtvaardigdheidsvereiste ongewenste aanspraken kunnen keren, anderzijds geeft het redelijkheidsvereiste principiële ruimte om alle relevante vermogensrechtelijke overwegingen die tegen een verrijkingsaanspraak pleiten, mee te wegen. Doordat deze vereisten (anders dan het subsidiari-

37 Zie voor een overzicht Wissink 2002, p. 18-21 en de aldaar vermelde literatuur.

38 PG Boek 6, p. 830. 'Als b.v. aan de vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is voldaan en tevens een ongerechtvaardigde verrijking in de zin van het onderhavige artikel aanwezig is, vloeit de verplichting tot vergoeding van de schade zowel uit de ene als uit de andere rechtsgrond voort.'

39 Vranken 1998, p. 1503.

40 HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7249, *NJ* 1997/719, m.nt. Jac. Hijma (Setz/Brunings), r.o 3.4.2: 'De enkele omstandigheid dat Brunings een vordering tot vergoeding van zijn schade tegen Condico zou kunnen richten staat echter, zoals ook het onderdeel tot uitgangspunt neemt, niet in de weg aan de gehoudenheid van Setz tot vergoeding van de schade die Brunings mocht hebben geleden doordat Setz ten koste van hem is verrijkt.'

41 R.o. 3.5.

42 Wissink 2002, p. 21.

teitsvereiste) georiënteerd zijn op *alle* omstandigheden van het geval, worden bepaalde gevalstypen niet categorisch van de verrijkingstoets uitgesloten.

4.3.4 De heersende leer: de systematische interpretatiemethode

Bij de beantwoording van de vraag hoe het ongerechtvaardigdheidsvereiste en het redelijkheidsvereiste moeten worden ingekleurd wijst Scholten (schrijvend over de vermogensrechtelijke rechtsvinding in het algemeen) in de goede richting. Hij schrijft dat:

> 'iedere wetsbepaling steeds in verband met andere moet worden uitgelegd. Niet alleen, dat de woorden van het ene artikel dikwijls eerst verstaanbaar worden door die van het andere, we trachten ook de verschillende wetsvoorschriften zo te begrijpen, dat zij een aaneensluitend geheel vormen.'[43]

Als deze woorden ergens ter harte worden genomen, dan is het in de literatuur die handelt over de vraag hoe de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking moet worden toegepast op een concreet geval.

Schoordijk schrijft dat bij de toepassing van de verrijkingsactie het systeem van het vermogensrecht moet worden 'afgetast'. Dit omdat al het vermogensrecht in wezen verrijkings- en verarmingsrecht is en de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking anderzijds geen daadwerkelijke maatstaf in zich draagt.[44] Schoordijk schrijft aldus een systematische interpretatiemethode voor vanwege de bepaaldheid van het systeem van het vermogensrecht aan de ene kant en de principiële onbepaaldheid van de verrijkingsvordering aan de andere kant.

Deze visie is aansprekend en is *communis opinio*. Volgens Wissink moet het systeem van het vermogensrecht dienen als 'argumentatiekader'.[45] Van Maanen schrijft dat de toepassing van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking vergt dat alle goederenrechtelijke en verbintenissenrechtelijke rechtsfiguren worden afgetast.[46] En Snijders betoogt dat de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking ertoe dient het systeem van het vermogensrecht te verfijnen.[47]

Koolhoven gaat een stap verder en betoogt dat het adagium *'lex specialis derogat legi generali'* een grotere – meer expliciete – rol zou moeten spelen bij de toepassing van de algemene verrijkingsactie. Een bijzondere regel – zoals bijvoorbeeld de onverschuldige betaling – kan aan de algemene verrijkingsactie derogeren.[48] Bovendien zou de algemene verrijkingsactie uitgesloten

---

43 Asser/Scholten Algemeen deel* 1974, §12.
44 Schoordijk 1979, p. 453.
45 Wissink 2002, p. 57-65.
46 Van Maanen 2006, p. 39
47 Snijders 2001, p. 7.
48 Zie met name Koolhoven 2011, p. 259-260, p. 269 e.v. en p. 325.

moeten zijn, als er een juridisch obstakel (zoals verjaring) is die aan een alternatieve vordering in de weg staat (daarmee haakt zij aan op de Franse subsidiariteit).

In mijn optiek behoort alternativiteit het uitgangspunt te zijn omdat dit het beste past bij de beginselen van samenloop en de vrije, casusgerichte rol van de algemene verrijkingsactie zoals in dit boek bepleit. De gedachte dat een bijzondere regel vóór een algemene gaat is in mijn optiek ondertussen een belangrijke vuistregel, die – zoals we zullen zien – enerzijds tot uitdrukking komt in het uitgangspunt dat een door de wet gelegitimeerde verrijking – in beginsel – niet ongerechtvaardigd is en anderzijds in het redelijkheidsvereiste op basis waarvan andere vermogensrechtelijke overwegingen dan het verrijkingsbeginsel een rol kunnen spelen. Het adagium *'lex specialis derogat legi generali'* zou ik echter niet als een harde regel willen hanteren, maar als dieperliggend argument voor de heersende leer van de systematische interpretatie van de verrijkingsregel ex artikel 6:212 lid 1 BW. Maar, zoals we zullen zien, kunnen – omdat de billijkheid een van de grondslagen van de algemene verrijkingsactie is – ook billijkheidsargumenten een rol spelen die een in de wet gestolde belangenafweging nuanceren.

Het systeem is volgens die heersende leer 'argumentatiekader' en moet worden 'afgetast' en 'verfijnd'. Wat houdt de systematische interpretatie van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking concreet in? In essentie betekent de systematische interpretatie van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking het volgende. In het systeem van het vermogensrecht, zoals dat tot uitdrukking komt in de wet, de jurisprudentie en ten dele ook in de literatuur worden, impliciet of expliciet verrijkingsrechtelijk gekleurde belangentegenstellingen tot een oplossing gebracht. Staat de vraag centraal of de gedaagde aansprakelijk is uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, dan moet worden bezien of de (on)gerechtvaardigdheid van de verrijking volgt uit het systeem van het vermogensrecht. De systematische interpretatie brengt met zich dat de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking het systeem van het vermogensrecht, in beginsel, 'volgt'.

Een voorbeeld.[49] Een kunstenaar geeft een schilderij in bruikleen aan een galerie. De galerie schenkt op zijn beurt het schilderij aan een museum, dat uit ging en uit mocht gaan van de beschikkingsbevoegdheid van de galerie. Het museum heeft gebrek aan ruimte en verkoopt en levert het schilderij vervolgens aan een kunsthandelaar voor een prijs die onder de marktwaarde ligt. Ondanks de lage verkoopprijs behoefde de kunsthandelaar ten tijde van de koop niet te twijfelen aan de beschikkingsbevoegdheid van het museum. Het museum heeft een uitstekende reputatie. Door de werking van artikel 3:84 jo. 3:86 is de kunsthandelaar eigenaar geworden van het schilderij: hij is te goeder trouw en heeft – anders dan het museum – verkregen om baat.

---

49 Het voorbeeld is geïnspireerd op: Hof 's-Hertogenbosch 7 november 1995, ECLI:NL:GHSHE:1995:AC0056, *NJ* 1997/461; PG, p. 833; Daarover uitgebreid Van Maanen 2001b, p. 31-34. Aldaar ging het over de nasleep van een autodiefstal.

De kunstenaar zal de galerie die het schilderij verduisterd heeft kunnen aanspreken uit hoofde van wanprestatie, maar kan de kunstenaar ook de kunsthandelaar en het museum aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking?

Hoewel de kunsthandelaar ten koste van de kunstenaar is verrijkt – hij kocht diens schilderij voor een prijs onder de marktwaarde van een beschikkingsonbevoegde – faalt de verrijkingsactie. De verrijking van de kunsthandelaar ten koste van de kunstenaar is niet ongerechtvaardigd, omdat de handelaar zijn verrijking ontleent aan artikel 3:84 jo. 3:86 BW.[50] De oplossing van de belangentegenstelling die in deze bepalingen besloten ligt, werkt door bij de toepassing van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking. Aldus leidt een systematische interpretatie tot een afwijzing van de verrijkingsactie van de kunstenaar tegen de kunsthandelaar.

Het museum is een ander lot beschoren. Voordat het museum het schilderij had verkocht, had de kunstenaar jegens het museum een revindicatie in handen. Het museum zou namelijk *niet* worden beschermd door artikel 3:86 lid 1 BW, omdat het museum om niet verkregen heeft (het ging om een schenking). Om die reden is de verrijking die het museum in de wacht heeft gesleept met de verkoop van het doek, een verrijking ten koste van de kunstenaar die ongerechtvaardigd is in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW.[51] Systematische argumenten doen de verrijkingsactie van de kunstenaar jegens het museum slagen.

Het systeem kan op een vergelijkbare manier doorwerken in het redelijkheidsvereiste. Is de gedaagde, bijvoorbeeld, in een meerpartijenverhouding ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van de eiser, dan kan het zo zijn dat de verrijkingsvordering van de eiser toch ontzegt moet worden. Dit is bijvoorbeeld het geval als de eiser met de verrijkingsvordering over zijn contractuele wederpartij heen stapt en daarmee en passant een inbreuk wordt gemaakt op de *paritas creditorum*.[52] Wordt de *paritas creditorum* inderdaad doorbroken, dan is de aansprakelijkheid van de gedaagde onredelijk als bedoeld in artikel 6:212 lid 1 BW, ten opzichte van de schuldeisers van de contractuele wederpartij van de eiser.[53] Het is het gevolg van de belangrijke gedachte, dat schuldeisers in beginsel een gelijke verhaalsmogelijkheid hebben.

50 Koolhoven 2011, p. 212 en 217.

51 Hof 's-Hertogenbosch 7 november 1995, ECLI:NL:GHSHE:1995:AC0056, *NJ* 1997/461; PG, p. 833; Daarover o.a. Van Maanen 2001b p. 31-34; Kritisch: Nieskens-Isphording & Van der Putt-Lauwers 2002, 488-491.

52 Zie over dit beginsel: Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/4

53 Zie par. 7.10.

4.3.5 Billijkheidsargumenten

Het voorbeeld van het kunstwerk uit de vorige paragraaf, dat de systematische interpretatiemethode illustreert, heeft één zwak punt. Zij is zorgvuldig uitgekozen.[54] Het systeem wijst een duidelijke richting op: de belangenafwegingen die in artikel 3:84 en 3:86 BW besloten ligt, kan naadloos doorwerken bij de toepassing van de verrijkingsactie. Zo eenvoudig ligt het lang niet altijd. Het systeem van het vermogensrecht kan meerduidig zijn. De wet kan zwijgen. En het recht kan tot onbevredigende resultaten komen. Dit doet de vraag rijzen in hoeverre billijkheidsargumenten een rol mogen spelen bij de toepassing van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking op een concreet geval.[55]

Van Maanen is zeer gereserveerd. Hij schrijft, dat het vermogensrecht bestaat uit 'gestolde, in regels neergelegde billijkheid'.[56] Wordt de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking gehanteerd als billijkheidsactie – 'als aanvulling of correctie' op het systeem van het vermogensrecht – dan wordt het systeem van het vermogensrecht, aldus nog steeds Van Maanen, van 'binnenuit' ondergraven.

Elders schrijft hij:[57]

> 'De actie uit ongerechtvaardigde verrijking mag niet gebruikt worden om een "billijke" uitkomst te bereiken, terwijl uit de afweging (van de wetgever) die aan de relevante regels van bijvoorbeeld onrechtmatige daad, wanprestatie e.d. ten grondslag ligt, blijkt dat een vergoeding in die concrete situatie niet wenselijk werd geacht. Het is, met andere woorden, géén Zwitsers zakmes dat als een minigereedschapskist kan functioneren als we ergens hoog in de bergen geen ander instrument bij de hand hebben. Maar rechters en praktijkjuristen hebben met het nieuwe BW wél een schat aan juridische instrumenten voorhanden die in tweeduizend jaar rechtsontwikkeling een hoge mate van verfijning hebben bereikt. Het Zwitsers zakmes is slechts voor noodgevallen. Voor de toevlucht tot artikel 6: 212 BW geldt hetzelfde.'

Hoewel Van Maanen niet helemaal consistent is – aan het begin van dit citaat is de verrijkingsactie geen Zwitsers zakmes terwijl de verrijkingsactie dit aan het eind van het citaat, in 'noodgevallen', toch wél is[58] – is zijn standpunt helder. Valt uit het systeem van het vermogensrecht af te leiden, dat de verrijking van de gedaagde niet ongerechtvaardigd is, of moet het ervoor worden gehouden dat een bepaalde verrijkingsaansprakelijkheid niet goed past in het systeem, dan moet de actie worden afgewezen.

---

54 Vgl. Stelling 6 bij het proefschrift van: Hijma 1988: 'Als een jurist aangeeft zijn standpunt aan de hand van een willekeurig voorbeeld te illustreren, is het (weerlegbare) vermoeden gerechtvaardigd dat dit voorbeeld juist met zorg werd gekozen.'

55 Dit debat moet worden onderscheiden van de vraag wat de grondslag is van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking.

56 Van Maanen 2002, p. 174.

57 Van Maanen 2006, p. 39.

58 Dit ook om aan te geven hoe lastig en tweesnijdend dit debat is.

Wissink toont zich genuanceerder en stelt voorop dat het doel en de strekking van de wet centraal behoort te staan. Hij schrijft dat het niet voor de hand ligt 'om met de ene hand te geven' – de algemene verrijkingsactie – 'wat met de andere' – het overige systeem van het vermogensrecht – 'is weggenomen'. Is de vordering tot vernietiging van een overeenkomst verjaard, zo voert hij als voorbeeld aan, dan kan niet worden teruggevallen op de algemene verrijkingsactie.[59] In zijn optiek biedt de wet echter niet altijd aanknopingspunten voor de beantwoording van de vraag of een aanspraak uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking in een concreet geval moet worden toegewezen. Bovendien wijst hij erop, dat de redelijkheid en billijkheid evenzeer deel uitmaken van het systeem van het vermogensrecht.[60] Daarmee stipt hij – terecht – aan dat er niet noodzakelijkerwijs een tegenstelling bestaat tussen wet en billijkheid,[61] zodat billijkheidsargumenten 'gewoon' een rol mogen spelen.

Het argument is fraai en elegant. Tegelijkertijd wordt niet helemaal duidelijk wat volgens hem rechtens is als doel en strekking van de wet aan de ene kant en de billijkheid aan de andere kant naar een tegengestelde richting wijzen. De vraag rijst bovendien hoe, meer in het algemeen, het systeem van het vermogensrecht zich verhoudt tot de redelijkheid en billijkheid. In mijn optiek is er een meer principiële samenhang tussen de billijkheid en het systeem, dan het enkele feit dat het vermogensrecht op enkele plaatsen naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid verwijst.

4.3.5.1 Verhouding rechtssysteem en billijkheid

Het is verhelderend onze gedachten te bepalen aan de hand van een citaat van de hand van 'de' filosoof over de verhouding tussen wet en billijkheid.[62] Aristoteles schrijft:[63]

> 'De moeilijkheid ontstaat in feite doordat het billijke weliswaar rechtvaardig is maar niet samenvalt met het recht dat op de wet gebaseerd is, maar veeleer verbetering inhoudt op het wettelijke recht. De reden daarvan is dat de wet altijd algemeen is en het in sommige kwesties onmogelijk is een algemene uitspraak te doen die juist is. Wanneer het dus noodzakelijk is een algemene uitspraak te doen, maar het onmogelijk is dat op een juiste manier te doen, houdt de wet rekening met wat in de meeste gevallen voorkomt, zonder evenwel over het hoofd te zien dat hij daardoor tekortschiet. En hij is daarom niet minder juist.

59 Wissink 2002, p. 63.

60 Wissink 2002, p. 65. Zie voor een opsomming van de bepalingen waarin de wet naar de redelijkheid en billijkheid verwijst: Snijders 2012, p. 771, noot 9.

61 Vgl. Hartkamp 2001, p. 327. Hij betoogt dat de werking van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking, hetzelfde is van de werking van de redelijkheid en billijkheid. Snijders heeft dit bestreden als te weinig zeggend. Zie: Snijders 2001, p. 17.

62 Vgl. Sherwin, die het verrijkingsbeginsel in verband brengt met het werk van de nu volgende passage van Aristoteles. Hier, in dit intermezzo, wordt overigens een (ander)verband gelegd tussen het systeem en de billijkheid. Zie: Sherwin 2001 p. 2091 e.v.

63 Aristoteles, *Ethica* (vertaling Christine Pannier en Jean Verhaeghe), Groningen: Historische Uitgeverij 2009, V.14.

> Dat hij tekortschiet ligt immers noch aan de wet noch aan de wetgever, maar aan de aard van de zaak zelf; de materie van het menselijk handelen laat zich nu eenmaal niet vatten in algemene bepalingen. Wanneer de wet dus een algemeen voorschrift geeft en er zich dan een geval voordoet dat niet onder dat voorschrift valt, dan is het juist – in zover als de wetgever ons in de steek laat en door het absolute karakter van zijn voorschriften in gebreke blijft – deze tekortkoming te herstellen; men moet dan voorschrijven wat de wetgever zelf voorgeschreven had als hij daar geweest was en wat hij in de wet opgenomen had als hij het onderhavige geval gekend had.'

Hoewel deze woorden komen uit een ethische verhandeling, en de begrippen billijkheid en rechtvaardigheid hier een sterk ethische lading hebben, zijn deze woorden interessant voor de vraag hoe de wet of een rechtssysteem zich verhoudt tot een notie als billijkheid. Eén van de doelen van het privaatrecht is namelijk om binnen de grenzen die de wet stelt, conflicten van vermogensrechtelijke aard tot een aanvaardbare, bevredigende – rechtvaardige – oplossing te brengen.[64] Helemaal los van de ethiek staat het recht dan ook niet. 'Recht', aldus Nieuwenhuis, 'is moraal en burgerlijk recht is burgerlijke moraal.'[65]

Wat is nu de verhouding tussen wet en billijkheid als wij dit citaat van Aristoteles bezien?

De wetgever is voorloper en geeft een regeling voor verschillende gevallen, maar is niet in staat alles te regelen en alles te voorzien. Op die manier kan het gebeuren dat er voor een concreet geval uit de wet een oplossing voortvloeit die evident onbillijk is. Als zich een dergelijk onvoorzien geval voordoet, dan is het volgens Aristoteles juist om daarin te voorzien. Maar niet zomaar als een goede man naar billijkheid: nee, het geval moet worden opgelost overeenkomstig de regel die de wetgever zou hebben gegeven, als hij het geval zou hebben gekend en geregeld. Deze hypothetische 'maatstaf' zegt niet alleen iets over de billijkheid, dat naar voren komt als een streven naar rechtvaardig recht, maar óók iets over de wet en de wetgever. Impliciet komt uit dit citaat naar voren, dat de wet en de wetgever worden geacht een rechtvaardige wet te geven. De billijkheid manifesteert zich niet zozeer als maatstaf, maar is het streven van wet en recht om recht te doen aan alle feiten die aan een casus ten grondslag liggen. Het is het streven het bijzondere bijzonder te behandelen. Dit streven komt in het systeem van het (vermogens)recht tot uitdrukking in de vele regels, die voor verschillende gevallen, verschillende – op de juiste maat gesneden – oplossingen geven en bovendien komt dit streven tot uitdrukking in het gebruik van open normen en de principiële erkenning dat een rechtssysteem voor een concreet voorliggend geval tekort kan schieten, door de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in de wet neer te leggen.

Er is nog een verband tussen de billijkheid en het systeem van het vermogensrecht. Ik heb mij laten inspireren door Reurich. Hij betoogt – terecht, maar tegen de heersende leer in – dat er in het contractenrecht bij de toe-

---

64 Hartkamp1992, p. 21-30. Asser/Vranken Algemeen deel*** 2005/9; Schoordijk 1972, p. 9.
65 Nieuwenhuis 2007, p. 4.

passing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een even volle toets geldt, als dat het geval is bij de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.[66] Dat er bij de beperkende werking sprake is van terughoudendheid is volgens hem maar schijn. Bij de aanvullende redelijkheid en billijkheid vult het recht een leemte in het contract in: er wordt voorzien in iets dat door partijen ongeregeld is gelaten. Bij de beperkende werking zwijgt het contract juist niet en is het de vraag of van het contractueel bepaalde omwille van de billijkheid afgeweken mag worden. Zijn punt is, dat datgene wat overeengekomen is, een sterk gezichtspunt in deze toets is omdat de billijkheid in eerste instantie nakoming van de overeenkomst eist. De toets is 'vol' maar in deze volle toets nemen de overeengekomen rechtsgevolgen een belangrijke plaats in. 'Het staat', zo schrijft Reurich, 'met zoveel woorden in de parlementaire toelichting: redelijkheid en billijkheid eisen primair trouw aan het gegeven woord.'[67]

Het punt dat ik wil maken is dat er een soortgelijk verband bestaat tussen het geldende positieve recht in het algemeen en de billijkheid. De billijkheid eist allereerst binding aan het recht zoals dat in de wet en jurisprudentie is neergelegd, omdat men zijn rechtspositie op de wet voortbouwt en moet kunnen voortbouwen. Het is, kortom, billijk recht te doen aan de omstandigheden van het geval. Een omstandigheid van bijzonder groot gewicht is de inhoud van het geldende zoals dat in de wet, de rechtspraak en de heersende leer tot uitdrukking komt.

4.3.5.2 Verhouding systeem en billijkheid, een typologie

Als wordt aanvaard dat de billijkheid een factor is die van betekenis is bij de toepassing van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking, dan is daarmee, zo kan uit het voorgaande worden afgeleid, geenszins het primaat van de systematische methode van interpretatie losgelaten. 'Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen', zo luidt artikel 3:12 BW, 'moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.' De hier bedoelde erkende rechtsbeginselen zullen voornamelijk in het geldende recht te vinden zijn en een sterke 'levende rechtsovertuiging' zal de binding aan het geldende recht zijn, zoals dat tot uitdrukking komt in wet en rechtspraak.

Voor de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking betekent dit, dat de actie de verrijkingsrechtelijk relevante consequenties van het systeem van het vermogensrecht in beginsel 'volgt'. Laat ik een verjaringstermijn lopen om een overeenkomst te vernietigen die ik onder invloed van dwaling geslo-

66 L. Reurich, 'Functies van redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht', in: E.M. Hoogervorst, I.S.J. Houben, P. Memelink e.a. (red.), *Doel en effect van civielrechtelijke sancties. BW-krant jaarboek 19*, Deventer: Kluwer 2003, p. 97 e.v.

67 T.a.p. p. 98.

ten heb, dan is mijn wederpartij niet ongerechtvaardigd verrijkt doordat het voor hem voordelige contract in stand blijft. De verjaringsregel rechtvaardigt de verrijking van mijn wederpartij. Dit is in overeenstemming met de billijkheid omdat zowel ik als mijn wederpartij kennis kunnen nemen van de spelregels van het burgerlijk recht en wij ons handelen op deze regels kunnen afstemmen. Zowel vanuit het perspectief van het systeem van het vermogensrecht als dat van de redelijkheid en billijkheid is er met de verrijking van mijn wederpartij niets mis.

De billijkheid zal zich als 'afzonderlijk' argument manifesteren, als zich een verrijkingsgeval voordoet dat zich niet op een bevredigende wijze met het overige vermogensrecht laat oplossen. Steeds als de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking het systeem van het recht aanvult, speelt de billijkheid een rol, in die zin dat rekening wordt gehouden met omstandigheden die niet goed tot hun recht (kunnen) komen in de 'reguliere' vermogensrechtelijke leerstukken.

Bij de toepassing van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking hebben systematische argumenten en billijkheidsargumenten niet steeds dezelfde rol en hetzelfde gewicht. De verhouding tussen argumenten van systematische aard en argumenten die een grondslag hebben in de billijkheid hangt af van het type verrijkingsgeval dat voorligt. De verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking vult het systeem van het recht niet steeds op dezelfde wijze aan. Er zijn drie manieren waarop de aanvullende functie van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking zich kan voordoen. Steeds spelen 'systeem' en 'billijkheid' een andere rol en hebben zij een ander gewicht.

(i) In de eerste plaats zijn er gevallen waarin sterke systematische aanknopingspunten te vinden zijn voor de aanvaarding van een bepaalde verrijkingsaansprakelijkheid. De aansprakelijkheid vloeit dan haast logisch uit het systeem van het vermogensrecht voort. Als een autohandelaar te goeder trouw een onlangs gestolen auto aankoopt, dan wordt hij door de werking van artikel 3:86 lid 3 BW geen eigenaar van die auto.[68] De consument die vervolgens de auto bij diens garage koopt, wordt dat wel op grond van 3:86 lid 3 sub a BW. Het gevolg is, dat de bestolene noch tegen de handelaar noch tegen de consument een revindicatie heeft, terwijl de handelaar de verkoopprijs in handen heeft gekregen. De afweging tussen de belangen van de bestolene en de handelaar die aan artikel 3:86 lid 1 en 3 BW ten grondslag ligt – die in het voordeel van de bestolene uitvalt – maakt dat de verrijking van de autohandelaar ten koste van de bestolene ongerechtvaardigd is. De verrijkingsactie werkt hier aanvullend, in die zin dat recht wordt gedaan aan de bijzondere omstandigheid, dat de bestolene zijn revindicatie tegen de handelaar verliest doordat de handelaar de auto heeft verkocht aan een derde.

68 Hof 's-Hertogenbosch 7 november 1995, ECLI:NL:GHSHE:1995:AC0056, *NJ* 1997, 461; PG, p. 833; Daarover o.a. Van Maanen 2001b p. 31-34; Kritisch: Nieskens-Isphording & Van der Putt-Lauwers 2002, p. 488-491.

De verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking biedt de dogmatisch benodigde ruimte om de logica van de wet door te trekken, hetgeen – haast *more geometrico* – tot het ontstaan van verrijkingsaansprakelijkheid leidt.

Andere gevallen waarin het systeem van het vermogensrecht duidelijke aanknopingspunten biedt, zijn de gevallen van natrekking, verbinding en zaaksvorming. Door de wetgever is tot uitdrukking gebracht dat het goederenrechtelijke ordeningsregels zijn, die de daaruit voortvloeiende verrijkingen en verarmingen niet in verbintenissenrechtelijke zin rechtvaardigen.[69] Wanneer iemand – per ongeluk – op andermans grond bouwt, dan zal de grondeigenaar daarmee in de regel ongerechtvaardigd zijn verrijkt.

De redelijkheid kan echter nog een stokje steken voor de aansprakelijkheid van de grondeigenaar. Iemand hoeft zich niet zomaar een bestedingspatroon te laten opdringen. Het autonomiebeginsel, zoals dat tot uitdrukking komt in het stelsel van aanbod en aanvaarding uit het overeenkomstenrecht, kan een argument tegen verrijkingsaansprakelijkheid opleveren.[70] Het verrijkingsbeginsel legt het dan af tegen de bescherming van de autonomie van de gedaagde. Maar ook bij deze invulling van het redelijkheidsvereiste is het systeem richtinggevend.

(ii) In de tweede plaats zijn er gevallen waarin het systeem van het vermogensrecht minder duidelijke aanknopingspunten biedt voor het antwoord op de vraag of de verrijkingsactie moet worden toegewezen.

Kan een verrijking die iemand ontleent aan een overeenkomst met een derde ongerechtvaardigd zijn jegens de verarmde?[71] Kan een man een verrijkingsactie instellen tegen de vrouw na het einde van hun relatie ter zake van werkzaamheden aan haar huis?[72] Kan een gewezen apotheekhoudend huisarts een verrijkingsactie instellen tegen de apotheker – aan wiens vestiging het te wijten is dat de arts zijn apothekersvergunning verloor – voor de gratis 'overgenomen' klanten?[73]

In deze gevallen vloeit de oplossing allerminst 'logisch' uit het systeem van het vermogensrecht voort. De billijkheid treedt bij de oplossing van deze gevallen naar voren doordat ook niet-systematische argumenten de doorslag kunnen geven, al zal een argument aan kracht winnen naar mate het meer in het verlengde ligt van het systeem van het vermogensrecht. Dit laatste is het geval, als de aansprakelijkheid in het verlengde van andere aansprakelijkheden ligt. Als ik de schuld van een ander voldoe, maar ik doe dat niet 'willens en wetens', dan is een vordering uit hoofde van zaakwaar-

69 PG Boek 5, p. 112; PG Boek 6, p. 829.

70 Van der Linden 2013, p. 14-15.

71 Zie de hofuitspraak, te kennen uit: HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7249, *NJ* 1997/719 (Setz/Brunings); HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928 *NJ* 2007/154, m.nt. J.B.M. Vranken (Koker/Cornelius); HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, *NJ* 2012/495, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ponzi scheme*).

72 HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD4745, *NJ* 2008/481 (Winkelpand).

73 HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2018, *NJ* 1997/3, m.nt. E.J.H. Schrage (Van der Tuuk Adriani/Batelaan); HR 2 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9765, *NJ* 2001/319, m.nt. J.B.M. Vranken (Hulsman/De Graaf).

neming uitgesloten. Een verrijkingsaansprakelijkheid ter zake, voor zover het betaalde aan de verrijkte ten goede is gekomen, snijdt de aansprakelijkheid op de juiste maat.

In het laatstgenoemde geval is de omstandigheid dat de vordering op grond van zaakwaarneming op een haar na niet slaagt, een goed argument om een verrijkingsvordering wél toe te kennen. In andere gevallen echter, kan het gegeven dat een bepaalde vordering niet slaagt reden zijn om ook een verrijkingsvordering af te wijzen. Zoals Wissink heeft betoogd, komt het dan aan op de vraag *waarom* een vordering niet slaagt en of deze reden door behoort te werken in artikel 6:212 lid 1 BW.[74]Als een bepaald 'verrijkend' handelen, bijvoorbeeld, niet onrechtmatig is in de zin van artikel 6:162 BW, dan vergt het een goede reden om de verrijking als een ongerechtvaardigde verrijking aan te merken. Uitgesloten is dit evenwel niet.[75] Waar het hier om gaat, is dat de afweging of een verrijkingsactie wél slaagt in een geval waarin – bijvoorbeeld – een vordering op grond van onrechtmatige daad niet slaagt een waardering vergt, die niet geheel aan het systeem van het vermogensrecht ontleend kan worden.

(iii) De derde manier waarop de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking het systeem van het vermogensrecht kan aanvullen wordt niet aanvaard door de heersende leer. In theorie kan de aanvullende functie de wet corrigeren in die zin dat een bepaalde verrijking, die door *een daartoe strekkende wet* in het leven is geroepen, door de verrijkingsactie geheel of ten dele ongedaan wordt gemaakt.[76] Als een wettelijke regeling een verrijking van de één ten koste van de ander met zich brengt, en als dit in overeenstemming met doel en strekking van de wettelijke regeling is, dan is volgens de heersende leer een verrijkingsaansprakelijkheid ter zake uitgesloten.[77] Het voordeel is dat dit de rechtszekerheid dient en dat een ongebreidelde toepassing van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking wordt voorkomen. Bovendien sluit dit aan bij het principe: *lex specialis derogat legi generali*.[78]

De zienswijze dat de (on)gerechtvaardigdheid van een verrijking die het gevolg is van een wettelijke bepaling uitsluitend afhangt van het doel en de strekking van die wettelijke bepaling is in mijn optiek echter wat eenzijdig. Deze past niet goed bij het feit dat de verrijkingsactie een rechtsfiguur is die

---

74 Zie daarover PG Boek 6, p. 836; Wissink 2002, p. 24-25. Zie nader par. 6.5.4.3.

75 Zie daarover nader: par. 6.5.4.3 en Hoofdstuk 10.

76 Hartkamp en Vranken spreken (elk overigens in een andere zin) weliswaar over de corrigerende functie van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking, maar het is niet duidelijk hoe zij tegenover dit vraagpunt staan. Daarover hebben zij zich niet expliciet uitgelaten. Vgl. Hartkamp 2001, p. 327-329 en Vranken 1998 p. 1501. Sherwin toont zich bijzonder kritisch over een dergelijke functie van ongerechtvaardigde verrijking. Sherwin 2001, p. 2101-2103.

77 Zie bijvoorbeeld: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/ 466; Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 316; Hartlief 2012, p. 253-256, p.262.

78 Door Koolhoven is een grotere rol bepleit voor het adagium 'lex specialis derogat legi generali' bij de toepassing van art. 6:212 lid 1 BW. Zie met name Koolhoven 2011, p. 259-260, p. 269 e.v. en p. 325.

de billijkheid als grondslag heeft. Het kan namelijk zo zijn dat dit criterium waarbij de strekking van de wet allesbepalend is in een concreet geval tot een 'ongewenste' – onbevredigende – vermogensverschuiving leidt. Steelt een dief een kostbaar juweel dan is hij op grond van artikel 3:306 jo. 3:114 lid 2 jo. 3:105 BW na 20 jaar eigenaar als hij het juweel na die tijd nog bezit. Uit de strekking van de wet volgt, dat een bezitter die door het samenspel van 3:306 jo. 3:114 lid 2 en artikel 3:105 de eigendom verkrijgt niet ongerechtvaardigd is verrijkt.[79] De verkrijgende dief lijkt daarom *prima facie* niet ongerechtvaardigd verrijkt te zijn.[80]

Verdedigd kan echter worden dat de dief – in weerwil van de strekking van het verjaringsrecht – toch als ongerechtvaardigd verrijkt moet worden beschouwd. De techniek die ik op het oog heb om deze nuance op de heersende leer in te bouwen bestaat in wezen al en is een belangrijk vermogensrechtelijk beginsel. Het is dezelfde techniek die wordt gebruikt bij de toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.[81] Voorop staat het (sterke) uitgangspunt dat een verrijking die voortvloeit uit een daartoe strekkende wettelijke regeling, niet ongerechtvaardigd is in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW. Van dit uitgangspunt mag niet zomaar worden afgeweken. Maar zodra de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser in de omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is, dan behoren de kaarten in mijn optiek anders te liggen. Voor de schuldeiser en de schuldenaar vinden wij een soortgelijke hardheidsclausule in artikel 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW. Waarom zou een dergelijke 'escape' niet gelden in een verrijkingsgeval waarin de verarmde en de verrijkte (vooralsnog[82]) geen schuldeiser en schuldenaar van elkaar zijn? Bedacht moet worden, dat een door de wet beoogde verrijking niet snel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zal zijn. Het primaat ligt heel sterk bij het systeem van het vermogensrecht: vooreerst moet het doel en de strekking van de wet aan een onderzoek worden onderworpen. Maar ik zou de deur voor een verrijkingsactie niet helemaal nagelvast willen sluiten, voor het geval waarin de strekking van de wet een bepaalde verrijking *prima facie* rechtvaardigt terwijl dit resultaat in de omstandig-

79 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 830. De daar genoemde verjaringsregels zijn die ter zake van vernietiging van overeenkomsten. Het uitgangspunt dat de verrijkingsactie die regels niet mag doorkruisen, kan mijns inziens ook worden doorgetrokken naar de regels van de bevrijdende verjaring. Van der Linden 2016, p. 297.

80 Er zijn echter auteurs die menen dat de Hoge Raad daar – in het licht van het arrest *Gemeente Heusden* – thans anders over zal oordelen. Zie: Jansen 2018, p. 9-10; Verstijlen 2018, p. 2385.

81 Vgl. de analogie die Hartkamp trekt tussen de ongerechtvaardigde verrijking en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Hartkamp 2001, p. 327-329. Hij lijkt echter niet zozeer de actie uit ongerechtvaardigde verrijking op het oog te hebben, als wel het daarvan te onderscheiden beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt.

82 Als de verrijkingsaansprakelijkheid inderdaad wordt gevestigd, dan maakt de verrijkingsband dat zij als schuldeiser en schuldenaar aan elkaar verbonden zijn. Maar tot dat moment kunnen het in juridisch opzicht ten opzichte van elkaar derden zijn.

heden van het geval onaanvaardbaar is.[83] In het geval van de verkrijgende dief zou ik willen verdedigen dat de verrijking van de dief onaanvaardbaar en dus – in weerwil van de strekking van de wet – ongerechtvaardigd is.

4.4 De samenhang van de toepassingsvoorwaarden

Hiervoor is in algemene bewoordingen uiteengezet op welke wijze de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking moet worden benaderd. Geven systematische argumenten de doorslag, of gaat het ook om argumenten die aan de billijkheid zijn ontleend? De voorgaande beschouwingen zijn van algemene en meer abstracte aard en zijn slechts een startpunt van de analyse. De vraag rijst wat één en ander met zich mee brengt voor de invulling en interpretatie van de afzonderlijke toepassingsvoorwaarden. Daarover gaat het in de volgende hoofdstukken. Voordat de focus definitief wordt verlegd naar de afzonderlijke toepassingsvoorwaarden, staat thans de vraag centraal hoe de vereisten van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking zich tot elkaar verhouden en hoe zij van elkaar moeten worden afgebakend.

4.4.1 De complementariteit van de vereisten

Voor aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking is vereist dat (i) de gedaagde is verrijkt (ii) ten koste van de eiser die (iii) schade geleden heeft; vereist is voorts dat de verrijking (iv) ongerechtvaardigd is en (v) dat aansprakelijkheid voor de ongerechtvaardigde verrijking redelijk is. Hartkamp & Sieburgh merken op dat deze vereisten in een 'complementair' verband staan, in die zin dat de afzonderlijke toepassingsvoorwaarden zich niet nauwkeurig van elkaar laten afbakenen.[84]

Deze observatie kan worden geïllustreerd aan de hand van een eenvoudig voorbeeld. De eiser heeft per vergissing een zwembad in de tuin gegraven van de gedaagde en vordert daarvoor schadevergoeding uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. De gedaagde echter voert aan dat hij helemaal geen zwembad wil. Zeker niet tegen 'betaling'. In een geval als dit kan de gedaagde zijn verweer op drie manieren inkleden.

In de eerste plaats kan hij aannemelijk proberen te maken dat hij niet is verrijkt. Weliswaar, zo zou hij kunnen betogen, vertegenwoordigt een zwembad een waarde in het economische verkeer, maar *hij* stelt geen prijs op een zwembad. Hij zou het Engelse recht aan zijn zijde hebben vanwege het leerstuk van de *subjective devaluation*.[85]

In de tweede plaats zou de gedaagde kunnen betogen dat zijn verrijking niet ongerechtvaardigd is. Een opgedrongen verrijking, waar de verrijkte niet de hand in heeft gehad, leidt niet tot een ongerechtvaardigde verrijking,

83 Zie over deze problematiek: par. 6.5.4.
84 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/461.
85 Daarover: par. 5.2.2.1.

zo zou hij kunnen bepleiten. Dit standpunt is ingenomen door Van Boom in zijn preadvies.[86]

In de derde plaats is het mogelijk dat de gedaagde meegaat met de stelling dat de verrijking ongerechtvaardigd is – vanwege het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond voor de vermogensverschuiving – maar dat hij in plaats daarvan naar voren brengt, dat schadevergoeding niet redelijk is. Het gaat niet aan dat hem een bepaald bestedingspatroon wordt opgedrongen. Het autonomiebeginsel verzet zich daartegen.

De onderlinge verwevenheid van de toepassingsvoorwaarden van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking, treedt naar voren doordat één substantieel verweer – het opgedrongen bestedingspatroon – in verschillende vereisten gelezen kan worden.

Iets soortgelijks kan zich, zoals we verderop nog zullen zien, voordoen bij de problematiek van de derdenverrijking. Als de verrijkte zijn voordeel ten koste van de verarmde ontleent aan een overeenkomst met een derde, dan kan dit van belang zijn voor twee vereisten. Dit feit kan voeding geven aan het oordeel dat het vereiste causale verband ontbreekt.[87] De verrijking van de gedaagde is niet, zo kan worden beredeneerd, afkomstig van het vermogen van de verarmde, maar van het vermogen van de wederpartij van de gedaagde. Voorts kan de verrijkte aanvoeren dat hij niet ongerechtvaardigd is verrijkt, omdat hij zijn verrijking ontleent aan de overeenkomst met zijn contractuele wederpartij.[88] De omstandigheid dat de verrijkte van een ander dan de verarmde verkregen heeft, kan – in potentie – dus zowel van betekenis zijn bij het vereiste causale verband, als bij het ongerechtvaardigdheidsvereiste.

De complementariteit van de aansprakelijkheidsvereisten doet de vraag rijzen hoe de vereisten van elkaar moeten worden afgebakend. Dit lijkt een cosmetisch vraagstuk zonder grote gevolgen te zijn. Wat maakt het uit om aansprakelijkheid af te wijzen omdat de gedaagde niet wordt geacht te zijn verrijkt, of omdat de verrijkingsaansprakelijkheid in het concrete geval niet redelijk is? En wat maakt het uit, of een verrijkingsactie ter zake van een geval van derdenverrijking wordt afgewezen vanwege het ontbreken van een causaal verband of omdat de verrijking – gelet op de overeenkomst van de gedaagde met een ander dan de verarmde – niet ongerechtvaardigd is? Twee dingen. In de eerste plaats is een heldere theorievorming niet goed mogelijk als alle vereisten door elkaar lopen. Er moeten keuzes worden gemaakt over de inhoud van een concreet toepassingsvereiste om de theorievorming scherp te krijgen. In de tweede plaats kan een te enge interpretatie van een specifiek vereiste, zoals we dadelijk zullen zien, ten koste gaan van de algehele aanvullende kracht van de verrijkingsactie.

---

86 Zij het in een voetnoot. Van Boom 2002, p. 115, nt. 181.

87 In deze zin, bijvoorbeeld: Janssen 2009, nr. 5.1.2.

88 Zie bijvoorbeeld: Nieskens-Isphording 1998, p. 102; Engelhard & Van Maanen 1998, p. 317 en Zwalve 2007, p. 208-212.

4.4.2 Twee groepen vereisten

De vereisten die aan de verrijkingsaansprakelijkheid worden gesteld zijn in twee groepen te verdelen.

In de eerste plaats zijn er vereisten die de feitelijke grenzen van de actie omlijnen. De gedaagde moet zijn verrijkt, de verarmde moet schade hebben geleden en er moet een verband bestaan tussen de verrijking en de verarming. Is aan deze vereisten voldaan, dan ligt er een verrijkingsgeval voor waarop de verrijkingsregel in toe- of afwijzende zin van toepassing is. Door de tweede groep vereisten wordt vervolgens het normatieve werk verricht: is de verrijking ongerechtvaardigd, en zo ja, is het redelijk de gedaagde te veroordelen tot schadevergoeding?

De eerste groep vereisten bepaalt in feite het toepassingsgebied van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking. Omdat de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking een aanvullende functie te vervullen heeft, past hier vooral een extensieve – objectieve – uitleg. Wordt hier te zeer afgebakend, dan dreigt een groep 'verrijkingsgevallen' categorisch uitgesloten te worden van de verrijkingsactie. Dit past niet bij de aanvullende functie. De uitleg moet wel vallen binnen de een redelijke – zinvolle – uitleg van het verrijkingsbegrip, het schadebegrip en het vereiste verband, maar binnen die grenzen – die ook weer niet met al te vaste hand getrokken kunnen worden – is het niet nodig al te vergaande beperkingen op te leggen. De opvatting, bijvoorbeeld, dat er in een geval van indirecte verrijking het causale verband ontbreekt, zou ertoe leiden dat gevallen van indirecte verrijking per defintie van toepassing van artikel 6:212 lid 1 BW uitgesloten zou zijn. In het licht van de aanvullende functie past het beter een geval van derdenverrijking via respectievelijk het ongerechtvaardigdheidsvereiste en het redelijkheidsvereiste op te lossen. Die eisen zijn gevoeliger voor de concrete omstandigheden van het geval. Wij zullen zien dat er voor de zienswijze, dat de verrijkingseis, de schade-eis en het vereiste verband ruim moeten worden uitgelegd aanknopingspunten te vinden zijn in de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie.[89]

Deze extensieve toepassing is mogelijk – en niet op voorhand problematisch – doordat het ongerechtvaardigdheidsvereiste en het redelijkheidsvereiste *alle* ongewenste verrijkingsaansprakelijkheden kunnen ondervangen. De eigenaar op wiens grond het zwembad is gebouwd, hoeft in het voornoemde voorbeeld niet zijn toevlucht te zoeken tot het verrijkingsvereiste om zich met succes te verweren tegen een verrijkingsaansprakelijkheid. Hij kan betogen dat de aansprakelijkheid niet redelijk is. Zou het verweer worden aanvaard dat de grondeigenaar niet is verrijkt omdat hij geen prijs op het zwembad stelt, dan dreigt het gevaar dat in dit soort gevallen een eventuele verrijkingsafdracht in natura bij voorbaat afgesneden wordt afgesneden. Juister is de gedaagde wel verrijkt te achten, maar zijn aansprake-

89 Zie hoofdstuk 5.

lijkheid te beperken voor zover schadevergoeding in natura ex artikel 6:103 BW mogelijk is indien dit nodig is om een gerechtvaardigd beroep op zijn autonomie te honoreren.[90]

Hoe kunnen (binnen de tweede groep van vereisten) het ongerechtvaardigdheidsvereiste en het redelijkheidsvereiste van elkaar worden afgebakend? Op voorhand brengt de tekstuele chronologie al een zekere taakverdeling met zich mee: aan het redelijkheidsvereiste hoeft pas te worden toegekomen als er sprake is van een ongerechtvaardigde verrijking. De afbakening kan echter op principiëlere gronden gemaakt worden. Het ongerechtvaardigdheidsvereiste richt zich op de waardering van de verrijking en vertegenwoordigt als zodanig het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt. Is er bijvoorbeeld sprake van een vermogensverschuiving, dan rijst de vraag of er voor deze vermogensverschuiving een toereikende rechtvaardigingsgrond kan worden aangewezen. Zo niet, dan is de verrijking ongerechtvaardigd. Het redelijkheidsvereiste vertegenwoordigt de andere beginselen en vermogensrechtelijke overwegingen waar het verrijkingsbeginsel het soms tegen moet afleggen. Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt staat niet steeds bovenaan de vermogensrechtelijke agenda.[91]

Het onderscheid tussen het ongerechtvaardigdheidsvereiste en het redelijkheidsvereiste is niet zonder belang. Het is, ten eerste, niet erg verhelderend om vol te houden dat de grondeigenaar op wiens grond *sine causa* een huis is gebouwd niet ongerechtvaardigd is verrijkt, omdat aan hem niet te wijten is dat het huis op zijn grond is gebouwd.[92] Juister is het voorop te stellen dat de verrijking ongerechtvaardigd is, maar dat schadevergoeding in geld ter zake niet redelijk is, omdat dat hem – buiten zijn toedoen – een bestedingspatroon zou opdringen. Ten tweede, zou een te eng opgevat ongerechtvaardigdheidsvereiste de mogelijkheid van schadevergoeding in natura ook hier bij voorbaat dreigen uit te sluiten. Immers, als de verrijking niet ongerechtvaardigd is omdat de eiser het aan zichzelf te danken heeft dat hij op de verkeerde grond heeft gebouwd, dan lijkt daarmee de weg van schadevergoeding in natura (artikel 6:103 BW) uitgesloten. Wordt de verrijking van de grondeigenaar niet aangemerkt als een ongerechtvaardigde verrijking, dan is een eventuele verrijkingsaanspraak daarmee immers van de baan. Merken we daarentegen de verrijking van de grondeigenaar als een ongerechtvaardigde aan, dan kan bij de redelijkheidstoets worden bezien of schadevergoeding redelijk is, en zo ja, in hoeverre en in welke vorm.

90 Par. 5.2.2.5.
91 Zie hoofdstuk 7.
92 Zoals: Van Boom 2002, p. 115, nt. 181.

4.5 Verschillende typen gevallen van ongerechtvaardigde verrijking

Ondanks het feit dat de vereisten van elkaar kunnen worden afgebakend, bestaat er een wisselwerking tussen de vereisten. Vatten wij het verrijkingsvereiste, het schadevereiste en het vereiste verband daartussen ruimhartig op, dan ontstaan er verschillende soorten gevallen van ongerechtvaardigde verrijking die qua karakter verschillen. Het gevalstype is vervolgens van invloed op de aan te leggen toets of de verrijking in het concrete geval ongerechtvaardigd is. Het is goed om nu alvast een blik te werpen op hetgeen komen gaat om dit te illustreren.

(i) Is er een rechtstreekse vermogensverschuiving tussen de eiser en de gedaagde, dan is de verrijking van de gedaagde ongerechtvaardigd als er een rechtvaardigingsgrond voor deze vermogensverschuiving ontbreekt. Het gaat om een eenvoudige toepassing van de *sine causa*-formule.[93]

(ii) Is de vermogensverschuiving indirect – dat wil zeggen: heeft de vermogensverschuiving plaats gevonden via het vermogen van een derde – dan werkt de *sine causa*-formule minder soepel. Zoals we zullen zien, sluit het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond tussen de eiser (de verarmde) en de gedaagde (de verrijkte) niet uit, dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser níet ongerechtvaardigd is. Onder omstandigheden heeft de overeenkomst tussen de gedaagde (de verrijkte) en een derde (een ander dan de verarmde, zijnde de contractuele wederpartij van de gedaagde) namelijk verrijkingsrechtelijke derdenwerking, in die zin dat de gedaagde de overeenkomst met zijn contractuele wederpartij aan de verarmde eiser kan tegenwerpen.[94]

In sommige gevallen, zo zullen we zien, ontbreekt die derdenwerking en kan de gedaagde worden aangesproken door de eiser in weerwil van het feit dat de gedaagde op grond van een overeenkomst (met een derde) verkregen heeft. Het gaat dan om bijzondere omstandigheden die een uitzondering maken op de verrijkingsrechtelijke derdenwerking en gevallen waarin de ratio de verrijkingsrechtelijke derdenwerking afwezig is.[95] Het principe dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag, en de gedachte dat een onregelmatige verrijking met een kritisch oog moet worden bezien kunnen dan van betekenis zijn.

(iii) Zoals in het eerste hoofdstuk bij de bespreking van de verschillende verrijkingsrechtelijke concepties al is gesuggereerd, kan de gedaagde ook verrijkt zijn ten koste van de eiser zonder dat er sprake is van een verschuiving van vermogensbestanddelen. Dit is van grote invloed, zo zullen we zien, op de ongerechtvaardigdheidstoets.[96] Het enkele ontbreken van een rechtvaardigingsgrond is dan een noodzakelijke, maar níet een voldoende

93 Zie daarover: 2.6.
94 Zie met name par. 6.5.3 en par. 9.3.
95 Zie met name par. 6.5.3.5 en par. 9.3.2 en 9.3.3.
96 Zie met name par. 6.4.3. en par. 6.6.

voorwaarde voor de conclusie dat de verrijking van de gedaagde ongerechtvaardigd is. Is er géén sprake van een vermogensverschuiving, dan is het uitgangspunt dat de verrijking van de gedaagde niet ongerechtvaardigd is. Zoals eenieder zijn eigen schade draagt, zo mag iemand, in beginsel, een verrijking houden die het lot hem of haar heeft toebedeeld. Van dit uitgangspunt kan worden afgeweken als er een bijzondere – positieve – reden is die de verrijking ongerechtvaardigd doet zijn. Een verrijking die niet het gevolg is van een vermogensverschuiving is dus minder snel ongerechtvaardigd.

Alle verrijkingsrechtelijke principes kunnen hier van betekenis zijn. Als de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser op een vermogensverschuiving lijkt, dan kan het *sine causa*-principe analogisch worden toegepast.[97] Is de gedaagde ten koste van de eiser verrijkt doordat de gedaagde profiteert van zijn onereuze gedrag, dan kan dit een indicatie zijn dat de verrijking ongerechtvaardigd is in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW.[98] Oefent de gedaagde een (achteraf) gevaarlijke activiteit uit, die niet onrechtmatig is, maar die wel schadelijke gevolgen heeft gehad voor de eiser, dan kan het principe dat iemand eigen schade niet op andere mag afwentelen, maken dat de gedaagde aansprakelijk is uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking tot maximaal het bedrag van de met de activiteit behaalde winst.[99] En een verrijking die anderszins buiten de normale gang van zaken ligt kan – op basis van goede argumenten ontleent aan de bijzondere omstandigheden van het geval – ongerechtvaardigd zijn verrijkt.[100]

4.6 Slotsom

De algemene verrijkingsactie heeft een open karakter en is een uitwerking van het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt. Het open karakter van artikel 6:212 BW maakt het mogelijk dat de algemene verrijkingsactie een aanvullende rol kan vervullen. Hetzelfde open karakter kan echter debet zijn aan rechtsonzekerheid en willekeur. Hoe moet met het open karakter worden omgegaan?

Uiteengezet is dat een systematische interpretatie het uitgangspunt is, maar dat ook billijkheidsargumenten een rol van betekenis kunnen spelen. Enerzijds maken de redelijkheid en billijkheid deel uit van het systeem van het vermogensrecht. Anderzijds bestaat er een innerlijke band tussen het systeem van het vermogensrecht aan de ene kant en de redelijkheid en billijkheid aan de andere kant. Het is redelijk en billijk als bij de toepassing van de verrijkingsvordering het systeem van het geldende recht het uitgangspunt is, omdat men zijn rechtspositie daarop voortbouwt. De billijkheid manifesteert zich als afzonderlijk argument indien het recht een leemte heeft

97 Zie met name par. 6.4.3.2.
98 Zie met name par. 10.4 en 10.6.1-10.6.3.
99 Zie met name par. 10.6.4.
100 Zie met name par. 6.4.3 en par. 6.6.

of als de wet tot een verrijking komt die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Een en ander past bij de aanvullende functie waarbij het systeem van het vermogensrecht het uitgangspunt is. De verrijkingsactie vult het systeem van *het geldende recht* aan.

De aanvullende functie heeft ook invloed op de wijze waarop de ontstaansvereisten van de algemene verrijkingsactie het beste van elkaar moeten worden afgebakend. Er zijn twee groepen vereisten. In de eerste groep omlijnen het verrijkingsvereiste, het schadevereiste en het vereiste causale verband het potentiële toepassingsgebied van de algemene verrijkingsactie. Deze eisen moeten omwille van de aanvullende functie – zonder dat de vereisten in hun wezen worden aangetast – ruimhartig worden uitgelegd. In de tweede groep wordt het normatieve werk gedaan. In het kader van het ongerechtvaardigdheidsvereiste moet worden bezien of de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser een ongerechtvaardigd karakter heeft. Het type verrijkingsgeval kan daarbij van betekenis zijn: naarmate het causale verband losser is, zal er minder snel sprake zijn van een ongerechtvaardigde verrijking. In het kader van het redelijkheidsvereiste kunnen alle argumenten een rol spelen die geheel of gedeeltelijk aan aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking in de weg staan.

5 Verrijking, schade, verband

5.1 Inleiding

Voor aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking is in de eerste plaats vereist dat de gedaagde *ten koste van de eiser* is *verrijkt* en dat de eiser *schade* heeft geleden. De verrijking, de schade en het verband daartussen omlijnen het feitelijke gebeuren waarop de verrijkingsactie in toe- of afwijzende zin van toepassing is. Als zodanig worden deze vereisten in dit hoofdstuk tezamen behandeld. Wanneer is er sprake van een *verrijking*? (par. 5.2). Wanneer is er *schade* als bedoeld in artikel 6:212 lid 1 BW? (par. 5.3) Wanneer is de verrijking van de gedaagde *ten koste* van de eiser gegaan, ofwel: wanneer moet er een causaal verband tussen de verrijking en de schade worden aangenomen? (par. 5.4).

Staat vast dat de gedaagde ten koste van de eiser is verrijkt en heeft de eiser als gevolg van dit verrijkingsfeit schade geleden, dan staat daarmee allerminst vast dat de gedaagde ook jegens de eiser *aansprakelijk* is. In Asser/Hartkamp & Sieburgh wordt terecht opgemerkt, dat er in het maatschappelijk verkeer talloze vermogensverschuivingen plaatsvinden.[1] Die zijn lang niet allemaal ongerechtvaardigd. Integendeel. Een verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser is een *neutraal* feit, waar het recht niet zonder meer afwijzend tegenover staat.[2] Het verbintenissenrecht grijpt pas in als de verrijking ongerechtvaardigd is en als 'restitutie' in de vorm van schadevergoeding redelijk is.

Vanuit een systematisch oogpunt is de vraag wanneer de gedaagde ten koste van de eiser is verrijkt allerminst neutraal. Door een ruimere of engere opvatting van het verrijkingsvereiste, het schadevereiste en het vereiste verband tussen de verrijking en de schade, wordt het toepassingsgebied van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking ruimer of enger. En het is vervolgens de grootte van het potentiële toepassingsgebied dat de mate bepaalt waarmee de verrijkingsvordering het verbintenissenrecht effectief kan aanvullen. Eén van de rode draden van dit hoofdstuk is, dat binnen de grenzen van een redelijke wetsuitleg, het verrijkingsvereiste, het schadevereiste en het vereiste verband daartussen ruimhartig moeten worden uitgelegd omwille van de aanvullende functie van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking. De principiële belangenafwegingen behoren zoveel mogelijk te worden gemaakt in het kader van het ongerechtvaardigdheidsvereiste

1 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/465

2 Birks heeft op de neutraliteit van het verrijkingsvereiste gewezen, Birks 2005, p. 50.

en het redelijkheidsvereiste. Wordt bijvoorbeeld het verrijkingsvereiste strikter uitgelegd dan nodig, dan zou er zich een geval voor kunnen doen waarin de gedaagde een voordeel verkrijgt dat niet onder (de strikte uitleg van de verrijkingseis van) artikel 6:212 lid 1 BW valt, terwijl de 'verrijking' wel ongerechtvaardigd zou zijn als het voordeel wél onder het verrijkingsbegrip zou vallen. Dat is niet aansprekend.

5.2 Verrijking

5.2.1 Inleiding

De verrijking is de basiseis van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking.[3] Alle andere vereisten zijn op de verrijking van de gedaagde betrokken: Staat de *verrijking* van de gedaagde in een relevant verband tot de schade van de verarmde? Ofwel: is de *verrijking* ten koste van de eiser verkregen? Is *déze verrijking* vervolgens ongerechtvaardigd? En is de verplichting om de *verrijking* in de vorm van schadevergoeding af te dragen redelijk, en zo ja, in hoeverre en in welke vorm? Tenslotte gaat de omvang van de verrijkingsaansprakelijkheid nimmer de *verrijking* van de gedaagde te boven. Het doel van de schadevergoedingsverbintenis is om de ongerechtvaardigde verrijking ongedaan te maken.

Omdat de verrijking de aansprakelijkheidsgrondslag van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking is, mag de verrijkingseis niet *ad infinitum* worden opgerekt. Wordt dit vereiste te ruim geïnterpreteerd, dan wordt de *verrijkings*actie in haar wezen aangetast. Tegelijkertijd moet de verrijkingseis ook niet onnodig strikt worden opgevat. De aanvullende functie van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking verzet zich, als gezegd, tegen een dusdanige invulling van de verrijkingseis, dat daarmee een bepaalde groep 'verrijkingsgevallen' categorisch van de toepassing van de verrijkingsactie wordt uitgesloten. Een omlijning door een te eng opgevat verrijkingsvereiste is niet passend voor een vordering, die voornamelijk dient als sluitstuk van het vermogensrecht voor niet geregelde gevallen. Het uitgangspunt moet dan ook zijn, dat binnen de grenzen van een redelijke uitleg, het verrijkingsvereiste ruimhartig moet worden uitgelegd. Die verrijkingen kunnen dan op hun (on)gerechtvaardigdheid worden getoetst. En als de verrijking inderdaad ongerechtvaardigd is, moet nog worden bezien of schadevergoeding ter zake redelijk is, en zo ja, in hoeverre en in welke vorm.

Over de opbouw van deze paragraaf het volgende. De eis dat de gedaagde is verrijkt heeft zowel een kwalitatieve als een kwantitatieve dimensie. Enerzijds brengt de verrijkingsactie in het algemeen en de verrijkingseis in het bijzonder de vraag met zich, wat als een verrijking in de zin van

3 Van Maanen heeft hier – terecht – de aandacht op gevestigd in een reactie op een artikel van Hartkamp: Van Maanen 2001b, p. 490. Vgl. voorts Lodder 2012, p. 1.

artikel 6:212 lid 1 BW geldt. Anderzijds bepaalt de vereiste verrijking mede de maximale omvang van de aansprakelijkheid. De kwalitatieve vraag – wat geldt als een verrijking? – gaat aan de kwantitatieve vraag – wat is de omvang van de verrijking? – vooraf. Pas wanneer duidelijk is wat onder het verrijkingsbegrip valt, kan iets worden gezegd over de te hanteren maatstaf om de omvang van de verrijking te bepalen. Daarom wordt allereerst ingegaan op het verrijkingsbegrip zelf; daarna gaat het betoog geleidelijk over in de vraag hoe de omvang van de verrijking moet worden vastgesteld.[4]

Op voorhand moet er één voorbehoud worden gemaakt. De vraag of iemand in een concreet geval is verrijkt en wat de omvang van de verrijking is, is sterk verweven met de bijzondere omstandigheden van het geval. Het is niet moeilijk om een casuspositie te verzinnen die als een handvol fijn zand door het net valt dat hier is uitgespannen. Wie had, bijvoorbeeld, vóór de zaak *Van der Tuuk Adriani/Batelaan* kunnen bevroeden dat de 'overname' van een klantenbestand als een verrijking in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW kan gelden?[5] Omgekeerd kan het – zoals we zullen zien – voorkomen dat een storting van een bedrag op een rekening van de gedaagde in de bijzondere omstandigheden van het geval niet tot diens verrijking leidt.[6] Of iemand verrijkt is hangt mede af van de omstandigheden van het geval. In mijn optiek heeft de rechter naar analogie van artikel 6:97 BW een grote beoordelingsruimte om te bepalen of de gedaagde is verrijkt en wat de omvang van diens verrijking is.

Dit laatste mag een potentiële verrijkingsschuldeiser niet te gemakzuchtig stemmen. Hoewel hier – in overeenstemming met de rechtspraak en literatuur – wordt uitgegaan van een ruim verrijkingsbegrip, mag niet uit het oog worden verloren, dat het praktisch weldegelijk een harde te kraken noot kan zijn. Geregeld stuit een verrijkingsaanspraak af op de omstandigheid dat er te weinig is gesteld of bewezen om de verrijking hard te maken.[7] Komt de verrijking niet van de grond, dan komt er niets van de grond. Er is dan letterlijk geen begin van een ongerechtvaardigde verrijking.

---

4 Geleidelijk omdat per *type* verrijking de maatstaf voor de *omvang* wordt gegeven. Daarnaast zullen per verrijkingstype mogelijke verrijkingsgerelateerde verweren worden besproken.

5 HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2018, *NJ* 1997/3, m.nt. E.J.H. Schrage (Van der Tuuk Adriani/Batelaan).

6 HR 28 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7207, *NJ* 1998, 218, m.nt. H.J. Snijders (De Staat/Meijer).

7 Een greep: Hof Amsterdam 25 augustus 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AV0648, *NJF* 2006/51, r.o. 3.9; Hof Amsterdam 31 augustus 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ1218; Hof Amsterdam 28 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:CA2984, r.o. 4.7; Hof Arnhem-Leeuwarden 20 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7564, *RVR* 2017/4, r.o. 2.12; Hof Arnhem-Leeuwarden 19 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:11174, r.o. 4.6.

5.2.2 Objectief of subjectief verrijkingsbegrip?

Een ontstaansvoorwaarde voor de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking is dus dat de gedaagde is verrijkt. Nu zijn er evenzoveel mensen en rechtspersonen als dat er potentiële gedaagden zijn. Als een tuinman zich in het adres vergist, en de tuin van een ander dan de opdrachtgever 'doet', dan zal de ene eigenaar zijn ogen uitwrijven, terwijl een andere terugverlangt naar de woeste tuin compleet met ingegroeide damesfiets. Iets dat voor de één verrijking is, kan voor de ander louter verarming zijn. Deze observatie brengt de vraag met zich, of de vereiste verrijking een objectief begrip is, of dat ook subjectieve omstandigheden, zoals de voorkeur van de gedaagde, een rol van betekenis kunnen spelen in het kader van de vraag of de gedaagde is verrijkt in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW.[8]

5.2.2.1 Een korte blik op het Engelse verrijkingsbegrip

In het Engelse recht speelt de voorkeur van de gedaagde – diens *'freedom of choice'* – een rol bij de beantwoording van de vraag of hij is verrijkt, indien het verkregen voordeel in iets anders bestaat dan de ontvangst van een som geld.[9] Gaat het om een verrijking in geld, dan kan er niet aan getwijfeld worden dat de gedaagde is verrijkt en rijst er als zodanig ook geen 'verrijkingsprobleem'. Dit is anders als het voordeel uit iets anders bestaat dan de ontvangst van een som geld. Wat als – bijvoorbeeld – de motor van de Ferrari van de gedaagde ongevraagd wordt gereviseerd? In een dergelijk geval kan de gedaagde naar Engels recht – in beginsel – met vrucht betwisten dat hij is verrijkt hoezeer de waarde van de auto ook naar objectieve maatstaven is gestegen. Dit wordt *'subjective devaluation'* genoemd.

Birks schrijft daarover:[10]

> 'It is an argument based on the premiss that benefits in kind have value to a particular individual only so far as he chooses to give them value. What matters is his choice. The fact that there is a market in the good which is in question, or in other words that other people habitually choose to have it and thus create a demand for it, is irrelevant to the case of any one particular individual. He claims the right to dissent from that demand. Market value is not his value.'

Als de gedaagde zijn verrijking kan betwisten door zich op het genoemde verweer van *subjective devaluation* te beroepen, wordt aan de objectieve marktwaarde van het door de gedaagde verkregen voordeel voorbijgegaan. In weerwil van de objectieve waarde van het voordeel, geldt de gedaagde

8 Voor het Nederlandse recht hebben ook Linssen en Koolhoven deze vraag aangestipt. Zie Linssen 2001, p. 474-475; Koolhoven 2011, p. 82 en p. 87-89.

9 Goff & Jones/Mitchell, Mitchell & Watterson 2016, nr. 4-19-23; Lodder 2012, p. 49 e.v.; Birks 2005, p. 54 en p. 55.

10 P. Birks 1985, p. 109-110.

dan rechtens niet als verrijkt. De gedaagde kan zich echter in twee gevallen niet met vrucht op *subjective devaluation* beroepen.

In de eerste plaats kan de gedaagde dit verweer niet voeren als uit het gedrag van de gedaagde blijkt, dat hij het voordeel wél degelijk waardeert.[11] Als de verrijkte een gelegenheid voorbij heeft laten gaan om het voordeel te weigeren – terwijl hij wist of kon weten dat het geen geschenk was – dan kan hij niet meer zeggen dat hij geen prijs stelt op het voordeel. Wist de gedaagde dat de garage zijn motor – ongevraagd – aan het reviseren was, en liet de gedaagde de garage maar begaan, dan kan hij dit verweer niet voeren.

De gedaagde kan zich ook niet op *subjective devaluation* beroepen als er sprake is van een *incontrovertible benefit*.[12] Als geen redelijk mens de verrijking zal betwisten dan kan de gedaagde dit ook niet. Dit is het geval als de gedaagde noodzakelijke uitgaven heeft bespaard of als hij een 'benefit in kind' in geld heeft omgezet door het verkregene te verkopen Als de gedaagde de auto met gereviseerde motor – dankzij de revisie – voor een hoger bedrag weet te verkopen, dan is hij met dit meerdere verrijkt. Het voordeel is in geld omgezet zodat diens eigen waardering geen rol meer speelt.

In het Engelse recht speelt de keuzevrijheid van de gedaagde een rol bij de vraag of hij rechtens is verrijkt. In dat opzicht is er sprake van een gesubjectiveerd verrijkingsbegrip.

5.2.2.2 Heersende leer; een objectief verrijkingsbegrip

Het Nederlandse verrijkingsbegrip, zoals dat in de literatuur naar voren komt, is daarentegen objectief van karakter.[13] De keuzevrijheid van de gedaagde speelt daarin geen rol van betekenis. Enerzijds wordt een verrijking – zoals we dadelijk zullen zien: ten onrechte – gelijkgesteld met een toename van het vermogen.[14] Anderzijds moet, zo wordt in de literatuur aangenomen, de omvang van de verrijking worden vastgesteld door een vermogensvergelijking.[15] Het vermogen van de gedaagde zoals dat is na het verrijkingsfeit moet vergeleken worden met diens vermogens zoals dat zou zijn zonder het verrijkingsfeit. Doordat het vermogen in de literatuur als het ijkpunt van de verrijking wordt gezien, krijgt het aldaar gehanteerde verrijkingsbegrip automatisch een sterk objectief karakter. Mogelijke voorkeuren van de gedaagde spelen immers géén rol bij de bepaling van de omvang van diens vermogen. Het objectieve verrijkingsbegrip hangt mede samen

---

11 Goff & Jones/Mitchell, Mitchell & Watterson 2016, nr. 4-43 e.v.; Birks 1985, p. 114-116; Burrows 2011, p. 51-59; Birks 2005, p. 55-59.

12 Goff & Jones/Mitchell, Mitchell & Watterson 2016, nr. 4-28 e.v.; Birks 1985, p. 116-124; Burrows 2011, p. 47-51; Birks 2005, p. 59-63.

13 Zie Linssen 2001, p. 474; Koolhoven 2011, p. 82 en vergelijk ook Damminga 2014, p. 203.

14 M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 3; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/461; Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 311; Van Maanen 2001, p. 15; Linssen 2002, p. 64; Koolhoven 2011, p. 68.

15 M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 3; Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 311; Koolhoven 2011, p. 82.

met de omstandigheid, dat de voorkeur van de gedaagde een rol kan spelen bij de redelijkheidstoets. Een belangrijke vuistregel is in dit verband, dat de gedaagde niet zonder meer aansprakelijk is voor een voordeel dat hem is opgedrongen. Door de redelijkheidstoets kan de verrijkingsvraag op een meer onbevangen manier worden beantwoord.

5.2.2.3 Jurisprudentie; een objectief verrijkingsbegrip

Ook in de rechtspraak van de Hoge Raad wordt overwegend een objectief verrijkingsbegrip gehanteerd.

In het arrest *Groene Specht*,[16] waar het ging om een mogelijke ongerechtvaardigde verrijking van de koper van een woonhuis ter zake van investeringen in het huis door een voormalig bewoner, hanteert de Hoge Raad een objectief verrijkingsbegrip.[17] De Hoge Raad overweegt:[18]

> 'Indien al wordt geoordeeld dat de koper ongerechtvaardigd is verrijkt ten opzichte van de verarmde, zal slechts aanspraak op schadevergoeding bestaan voorzover dit redelijk is (art. 6:212 lid 1 BW). Bij de beantwoording van de vraag wat redelijk is komt betekenis toe aan de mate waarin de koper door zijn verrijking daadwerkelijk is gebaat. Voorzover de koper door de investeringen van de verarmde weliswaar verrijkt maar niet daadwerkelijk gebaat is omdat hij de gekochte woning afbreekt en ter plaatse vervangt door een nieuwe woning, is het niet zonder meer redelijk dat hij de schade van de verarmde zou moeten vergoeden.'

De keuzevrijheid – de wil van de gedaagde – speelt, zo kan uit deze overweging worden afgeleid, geen rol bij de vaststelling van de verrijking. Als in een woning wordt geïnvesteerd, dan zal de waardestijging die daar het gevolg van is gelden als een verrijking in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW. Stelt de gedaagde geen prijs op de verrijking, dan kan dit volgens de Raad een rol spelen in het kader van de redelijkheidstoets. Dit is met name het geval als de gedaagde dóór de verrijkingsaansprakelijkheid een bestedingspatroon opgedrongen zou krijgen.

Een ander arrest waarin een geobjectiveerd verrijkingsbegrip naar voren komt is het arrest *Bedum/Huizingh.*[19]Uit een aan Huizingh toebehorende tank stroomt een hoeveelheid benzine in een afvoerput, die – uiteindelijk – in de bodem van De Vries terecht is gekomen. De gemeente Bedum saneert de grond van De Vries en stelt tegen Huizingh – onder meer – een verrijkingsactie in. De gemeente voert aan dat Huizingh is verrijkt omdat hij door de sanering niet meer met vrucht aansprakelijk gesteld kan worden uit hoofde van onrechtmatige daad door De Vries. Diens schade is met de sanering immers weggenomen. Het hof wijst de verrijkingsactie af omdat de gemeente

16 HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928, *NJ* 2007/154, m.nt. J.B.M. Vranken (Koker/Cornelius).

17 In gelijke zin, maar kritisch daarover, Koolhoven 2011 p. 88.

18 R.o. 3.6.3

19 HR 25 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7348, *NJ* 2005/413, m.nt. C.J.H. Brunner (Bedum/Huizingh).

niet hard kan maken dat De Vries Huizingh daadwerkelijk zou aanspreken op grond van onrechtmatige daad. Het hiertegen gerichte cassatiemiddel is gegrond:[20]

> 'Een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking ontstaat [...] zodra aan alle daartoe in artikel 6:212 BW gestelde eisen is voldaan. Tot die eisen behoort niet dat de schuldenaar (Huizingh) die door toedoen van een derde die de onderhavige vordering instelt (de Gemeente) is bevrijd van zijn met die schade corresponderende schuld, daadwerkelijk is of wordt aansprakelijk gesteld door — in het onderhavige geval — degene die schade heeft geleden (De Vries). Het bestaan van de vordering van degene die de schade heeft geleden op hem die haar onrechtmatig veroorzaakte, is immers niet afhankelijk van de vraag of op vergoeding van die schade aanspraak is gemaakt.'

Dit oordeel[21] past bij een objectief verrijkingsbegrip. Als de verrijkingsschuldeiser een bestaande schuld van de verrijkingsschuldenaar voldoet, dan is de laatstgenoemde verrijkt omdat zijn schulden zijn afgenomen. Door de vermindering van de schuld is diens vermogen in waarde gestegen. Bijzondere omstandigheden, zoals het antwoord op de vraag of de eigenaar van de vervuilde grond wel van plan was Huizingh aan te spreken, doen niet ter zake. Kan Huizingh inderdaad hard maken dat De Vries niet van plan was hem aan te spreken uit hoofde van onrechtmatige daad, dan kan dit een rol spelen in de redelijkheidstoets. De keuzevrijheid van de grondeigenaar om de vervuiler – Huizingh – al dan niet aan te spreken, speelt geen rol bij de vaststelling van de verrijking.

In het *Subway*-arrest tenslotte, ging het – voor zover hier relevant – om het gebruik van een bedrijfspand door een onderhuurder na afloop van de huurperiode. De Hoge Raad overweegt:[22]

> 'Degene die het gebruik van de bedrijfsruimte voortzet is daardoor immers verrijkt, omdat het gebruik van andermans bedrijfsruimte in het maatschappelijk verkeer in de regel slechts tegen een vergoeding plaatsvindt, terwijl de onderhuurder is bevrijd van de met zijn wederpartij overeengekomen verplichting de huurprijs te voldoen, door de beëindiging van de overeenkomst van onderhuur.'

Omdat het gebruik van bedrijfsruimte in het maatschappelijke verkeer tegen een vergoeding plaatsvindt is een dergelijk gebruik, zo oordeelt de Hoge Raad, als een verrijking aan te merken. De waardering in het maatschappelijk verkeer – het feit dat er voor het gebruik van een bedrijfspand een markt bestaat – maakt dat er sprake is van een verrijking. De 'wil' van de gebruiker om het gebruik voort te zetten, is niet redengevend voor de aanname van diens verrijking.

---

20 R.o. 3.3.

21 De verrijkingsactie ketste op een andere echter grond af. Omdat de vervuiling niet 'ernstig' was in de zin van art. 75 Wbb was een verrijkingsactie – evenals aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad – uitgesloten.

22 HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782, *NJ* 2013/540, m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (Credit Suisse/Subway).

5.2.2.4 *Jurisprudentie; subjectieve elementen in de verrijkingstoets?*

Uit de voorgaande arresten komt een objectief verrijkingsbegrip naar voren, hetgeen in overeenstemming is met de opvattingen zoals die in de literatuur naar voren komen. Toch zijn er twee arresten waarin – bedoeld of onbedoeld – rekening wordt gehouden met de voorkeur van de gedaagde.

Ik heb in de eerste plaats het oog op het arrest *Hulshof/De Haan*.[23] Hulshof sluit op 30 januari 1998 met De Haan een aannemingsovereenkomst. De Haan verbindt zich om voor *f* 250.000 een huis te bouwen. Vervolgens is de bouw níét in gang gezet door De Haan zélf maar door *De Haan B.V*. (hierna 'de BV'). De BV schakelt Bouw '75 als hulppersoon in die aan de bouwwerkzaamheden begint. In december 1998 staakt Bouw '75 diens werkzaamheden omdat hij niet meer betaald kreeg van De Haan of diens BV. Hulshof ontbindt de overeenkomst met De Haan – zijn directe contractspartij – op een moment dat hij *f* 72.922,38 aan De Haan heeft voldaan. Na de ontbinding laat Hulshof het huis – tegen een hoger bedrag dan de contractprijs die Hulshof met de Haan was overeengekomen – afbouwen door een derde partij. De BV spreekt Hulshof aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking voor datgene wat zij heeft laten bouwen in het kader van de uitvoering van de overeenkomst tussen Hulshof en De Haan. Volgens de Hoge Raad is er van een verrijking geen sprake:[24]

> 'In dit geval van indirecte verrijking zou voor een op art. 6:212 BW gebaseerde vordering slechts plaats zijn tot ten hoogste het positieve saldo dat mogelijk resteert nadat de overeengekomen aanneemsom (*f* 250.000,--) is verminderd met hetgeen van die aanneemsom reeds is voldaan (*f* 72.922,38) en met hetgeen Hulshof nog aan De Haan verschuldigd mocht zijn in verband met de ontbinding van de overeenkomst, alsmede met de kosten die Hulshof als opdrachtgever aan een derde verschuldigd werd voor het voltooien van het huis. Van een zodanig positief saldo is evenwel geen sprake, nu in cassatie moet worden uitgegaan van de juistheid van het oordeel van het hof dat die kosten meer hebben bedragen dan de aanneemsom.'

Volgens de Hoge Raad kan de verrijking van Hulshof niet meer bedragen dan de aanneemsom die hij met De Haan is overeengekomen van in totaal *f* 250.000. Hoewel dit uitgangspunt *prima facie* voor de hand liggend is, lijkt de Hoge Raad hier – in afwijking van voornoemde jurisprudentie – een meer subjectief verrijkingsbegrip te hanteren. De wilsovereenstemming tussen Hulshof en de Haan bepaalt in deze benadering immers het maximum van de verrijking.[25] Het kan echter heel wel zo zijn, dat het bouwwerk dat de BV heeft laten bouwen *de facto* méér waard is dan de overeengekomen *f* 250.000. Dit is het geval als de BV (of Bouw '75) – gevraagd of ongevraagd – meerwerk verricht heeft.[26]

---

23 HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1519, *NJ* 2007/451 (Hulshof/De Haan B.V).
24 R.o. 3.3.
25 Koolhoven 2011, p. 85-86.
26 Koolhoven 2011, p. 86.

Het had meer in de lijn met de hierboven besproken jurisprudentie gelegen, indien de Raad had geoordeeld dat de daadwerkelijke waarde van het door de BV gebouwde bouwwerk de maximale hoogte van de verrijking bepaalt. Voor de concrete uitkomst zal dit overigens waarschijnlijk niet veel uit maken. Ligt het bedrag hoger dan de door Hulshof overeengekomen contractprijs dan zal een verrijkingsactie voor dit meerdere – als er geen verdere omstandigheden zijn – niet redelijk zijn.[27] Het welslagen van een verrijkingsactie mag niet leiden tot een opgedrongen bestedingspatroon. Het mag niet zo zijn dat Hulshof aan een derde – De BV – méér zou moeten betalen uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, dan de prijs die hij met zijn contractuele wederpartij – De Haan – overeen was gekomen.

Ook in het *Winkelpand*-arrest zou een meer subjectieve invulling van het verrijkingsbegrip gelezen kunnen worden. Het ging om het volgende. Een man heeft gedurende een relatie met een vrouw verbouwingswerkzaamheden laten verrichten, en uitgaven gedaan, ten behoeve van een woning annex bedrijfspand van de vrouw.[28] Als de relatie over is, spreekt de man de vrouw aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Het hof wijst de verrijkingsactie af, omdat de man niet hard kan maken dat het pand door zijn verbouwingswerkzaamheden in waarde is gestegen. De Hoge Raad casseert:

> ''s Hofs motivering in rov. 3.5 is kennelijk gebaseerd op zijn oordeel dat de vordering van de man slechts toewijsbaar zou kunnen zijn indien het pand van de vrouw door de (mede door de man gefinancierde) verbouwing in waarde zou zijn gestegen. Dat oordeel geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Van een ongerechtvaardigde verrijking van de vrouw kan ook sprake zijn indien en voor zover de uitgaven ten behoeve van de verbouwing, ook al heeft die verbouwing niet tot een waardestijging van het pand geleid, voor rekening van de man zijn gekomen en de vrouw zich die uitgaven aldus heeft bespaard. De hierop gerichte klachten van de onderdelen 2.1 – 2.3 treffen derhalve doel.'

De verrijking van de vrouw hoeft, volgens de Hoge Raad, niet te bestaan uit een waardestijging van het pand, maar kan evenzeer bestaan uit de besparing van uitgaven. Dit is het springende punt. Zeker als de waarde van het pand door de werkzaamheden níét is gestegen zal er alleen van een besparing in de door de Hoge Raad bedoelde zin sprake kunnen zijn, als de vrouw ervan heeft blijk gegeven dat zij prijsstelt op de verrijking of indien dit anderszins komt vast te staan. Stelt zij geen prijs op de verrijking dan zal er – dunkt mij – van een besparing van uitgaven geen sprake kunnen zijn. De vraag of de vrouw is verrijkt hangt daarmee af van een gesubjectiveerd criterium. Bijzonder daarbij is, dat het verrijkingsbegrip niet wordt gesubjectiveerd om de aansprakelijkheid te beperken ter bescherming van de autonomie van de vrouw, maar juist om de mogelijke aansprakelijkheid breder

---

27 Vgl. HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3195, *NJ* 2015/448 (Muradin/Waaijer). Komt er geen overeenkomst tot stand, dan kan een verrijkingsvordering voor een hoger bedrag dan de gedaagde wenste te besteden *onredelijk* zijn. Zie over dit arrest par. 7.6.1.

28 HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD4745, *NJ* 2008/481 (Winkelpand).

te trekken. Het enkele feit dat het pand niet in waarde is gestegen, sluit een verrijkingsactie niet uit.

Hoewel een extensieve interpretatie van het verrijkingsbegrip past bij de aanvullende functie van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking, was zij hier niet nodig. De Hoge Raad had de mogelijkheid om een objectiever criterium te hanteren dan de subjectieve vraag of déze gedaagde uitgaven heeft bespaard. De verrijking bestaat in een geval als dit immers uit de ontvangst van een dienst en voorts uit verwerkte bouwmaterialen. De bouwactiviteiten en de gebruikte materialen vertegenwoordigen een waarde die objectief kan worden vastgesteld. Allerminst is uitgesloten dat de Hoge Raad iets dergelijks voor ogen heeft gestaan. Maar als dit inderdaad het geval is, verdient het de voorkeur om niet de omweg van de 'besparing' te kiezen. In dit verband trekt de vereiste besparing 'de voorkeur van de gedaagde' het verrijkingsbegrip binnen.

5.2.2.5 Moet de gedaagde zijn gebaat?

Koolhoven is een pleitbezorger voor een meer subjectieve benadering van het in artikel 6:212 lid 1 BW vereiste verrijkingsbegrip dan thans in de rechtspraak en de literatuur gebruikelijk is. Bestanddeel van de verrijkingseis moet volgens haar zijn, dat de gedaagde bij de verrijking is gebaat.[29] Als de eigenaar van een huis van plan is het huis te slopen, dan leidt een waardevermeerdering van dit huis niet zonder meer tot diens verrijking. De ratio van het baatcriterium als verrijkingsbestanddeel is dat niet alles afhangt van het 'unsicheren Kompas der redelijkheid'.[30]

In een enkel arrest is er een aanknopingspunt voor deze zienswijze te vinden. Of de huurder met succes de verhuurder kan aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, hangt volgens de Hoge Raad mede af van het antwoord op de vraag in 'hoeverre de verhuurder *daadwerkelijk profijt* [curs. TvdL] heeft van de aangebrachte verandering, bijvoorbeeld doordat hij het gehuurde voor een hogere prijs kan verkopen of van een opvolgend huurder een hogere huur kan bedingen dan wanneer de veranderingen niet zouden zijn aangebracht'.[31] In dit arrest werd echter niet duidelijk of 'daadwerkelijk profijt' vereist is voor de vaststelling van de verrijking of dat het van invloed is op het antwoord op de vraag of schadevergoeding ter zake van de verrijking redelijk is. In het hiervoor behandelde *Groene Specht*-arrest kiest de Hoge Raad, zoals ook Koolhoven zelf aangeeft, voor de laatste optie en daarmee voor een objectief verrijkingsbegrip.[32]

Behoort het baatcriterium bestanddeel te zijn van de verrijkingstoets? Een voordeel is dat er recht wordt gedaan aan omstandigheden aan de kant van de verrijkte gedaagde. Als iets een marktwaarde heeft, dan betekent dat

29 Koolhoven 2011, p. 88-89.
30 Ibid.
31 HR 25 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4373, *NJ* 2005/338 (Dupomex/Duijvelaar), r.o. 3.3.
32 Koolhoven 2011, p. 87.

niet *mutatis mutandis* dat het voordeel ook waarde heeft voor de specifieke gedaagde. Een dove zal er weinig aan hebben als in zijn auto een radio wordt ingebouwd. Het baatcriterium beschermt de autonomie van de gedaagde of – zoals het in Engeland wordt uitgedrukt – diens *freedom of choice*. Voorts sluit het door Koolhoven verdedigde baatcriterium, zoals zij zelf aangeeft, aan bij andere bepalingen waarin dit criterium wordt gehanteerd. Als de schuldenaar ten onrechte aan een ander dan de schuldeiser betaalt, dan is hij krachtens artikel 6:32 BW toch bevrijd voor zover de schuldeiser door de betaling is *gebaat*.

Toch is het baatcriterium als 'deelvereiste' van de verrijkingseis niet aanbevelenswaardig. Een eerste argument daartoe is dat een objectief verrijkingsbegrip heersend is in de rechtspraak en de literatuur. Uiteraard hoeft een heersende leer niet doorslaggevend te zijn, maar voor afwijking daarvan moeten goede redenen bestaan. Reden voor een subjectief verrijkingsbegrip zou erin gelegen kunnen zijn, dat met de omstandigheden van de gedaagde – en met name met diens autonomie – rekening gehouden kan worden. Daarvoor is echter een subjectieve invulling van het verrijkingsbegrip niet nodig, omdat de vraag of de verrijkte door het verkregene is gebaat aan bod kan komen in het kader van de redelijkheidstoets. Schadevergoeding voor een objectieve verrijking die voor de gedaagde zelf niets oplevert zal – in de regel – niet redelijk zijn.

Een tweede argument is het volgende. Wordt de omstandigheid dat de gedaagde door het verkregene is gebaat bestanddeel van de verrijkingseis, dan is er soms een 'truc' nodig om tot een aanvaardbaar resultaat te komen. Als voorbeeld kunnen wij nemen de auto van een dove waarin een autoradio is gemonteerd die bestanddeel is geworden van de auto. Als wij de ietwat cynische vraag stellen of hij door de inbouw van de radio is gebaat, dan is de kans groot dat het antwoord ontkennend luidt. Wordt een subjectief verrijkingsbegrip gehanteerd, dan is de eigenaar van de auto in dit geval niet verrijkt en is de verrijkingsactie uit het zicht verdwenen. De eiser staat met lege handen. Wordt daarentegen uitgegaan van een objectief verrijkingsbegrip, dan geldt de dove als verrijkt omdat de autoradio in het economische verkeer een waarde vertegenwoordigt. Als het dan op de redelijkheidstoets aankomt, dan zal een schadevergoeding in geld in de regel geen haalbare kaart zijn. Maar dit zal anders zijn als het gaat om een schadevergoeding in natura ex artikel 6:103 BW.[33] Restitutie van de autoradio onder betaling van de kosten van demontage zal een goede kans van slagen hebben. Het gevaar van de eis dat de gedaagde is gebaat is dat deze mogelijkheid uit het zicht raakt. Het is mogelijk om dit probleem te ondervangen door het ervoor te houden dat de dove gedaagde door de autoradio is gebaat voor zover deze makkelijk kan worden uitgebouwd. Deze extra (op zich mogelijke) tournure strekt een subjectief verrijkings*bestanddeel* als het baatcriterium echter niet tot aanbeveling.

33 Zie over de mogelijkheid daarvan: HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3521, *NJ* 2012/88, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Van der Plas/JanssensMesdag II), r.o. 3.9.

Als bestanddeel van de verrijkingstoets is het door Koolhoven bepleite baatcriterium niet aantrekkelijk. Toch kan de gedachte van Koolhoven op een iets andere wijze worden ingepast. Ik heb het oog op de aanvaarding van het verweer van de gedaagde met de strekking dat hij – aantoonbaar – níét door het verkregene is gebaat.[34] Dit verweer zou zich dan aandienen als het verkregene normaliter een objectief vast te stellen waarde vertegenwoordigt, maar dat het dit in de omstandigheden van het geval voor de concrete gedaagde níét heeft. Het is de gedaagde die moet stellen, en zo nodig bewijzen, waarom hij door het verkregene niet is verrijkt, ondanks het feit dat het verkregene normaliter op geld gewaardeerd wordt.[35] Voordeel van de mogelijkheid van dit verweer is het argument van Koolhoven dat er minder druk komt op de redelijkheidstoets.[36] Het verweer is dan niet verscholen onder de mantel der redelijkheid. Bovendien leidt de aanvaarding van dit verweer ertoe, dat de eis van de verrijking dichter bij het normale spraakgebruik komt te liggen.

Als onderdeel van het verweer speelt de vraag of de gedaagde door het voordeel is gebaat een minder zware rol dan het geval zou zijn wanneer het *vereist* zou zijn dat de gedaagde door het verkregene is gebaat. Slechts feitelijke – objectief vast te stellen – omstandigheden kunnen met zich brengen dat de gedaagde bij het voordeel dat niet is gebaat met de objectieve waarde daarvan. In het geval dat aan het *Groene Specht* arrest ten grondslag ligt, zou dit bijvoorbeeld het geval kunnen zijn, als de eigenaar van het 'verbeterde' woonhuis, reeds met een aannemer heeft *gecontracteerd* om het gebouw te slopen. Dan is de conclusie gewettigd dat hij door de verbeteringen niet is verrijkt. Niet de voorkeur in het hoofd van de gedaagde maakt dat hij niet is verrijkt, maar objectief vast te stellen omstandigheden aan de kant van de gedaagde.

In de tweede plaats is een verweer altijd gericht tegen de specifieke vordering zoals die door de gedaagde is ingesteld. Als we het voorbeeld van de dove autobezitter nemen in wiens auto een radio is ingebouwd dan kan de eiser tweeërlei vorderen. Hij kan een schadevergoeding in geld vorderen. Als hij dit doet, dan zal de autobezitter – gelet op zijn lichamelijke gesteldheid – met succes kunnen betwisten dat hij door de verrijking is gebaat. Dit verweer kan hij niet voeren als de eiser restitutie van de autoradio (uitbouw tegen demontagevergoeding) vordert.

Verderop zullen wij zien dat er in de arresten van de Hoge Raad wel een aantal aanknopingspunten te vinden is voor de zienswijze dat de gedaagde zich soms met succes kan verweren met de stelling dat hij door de verrijking

34 Overigens lijkt het voorbeeld dat Koolhoven geeft, ook richting een verweer te gaan. Het ging om een geval waarin de schade tweemaal door een schade-expert wordt vastgesteld. Zie Koolhoven 2011, p. 89 met een verwijzing naar Rb Rotterdam, 1 september 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AX1271, *S&S* 2006/60.

35 Vgl. Damminga 2014, p. 244-245. Hij behandelt het devaluatieverweer – inclusief de bewijslast op de gedaagde – in het kader van het redelijkheidsvereiste.

36 Koolhoven 2011, p. 88.

niet is gebaat ook al heeft het voordeel een min of meer objectief vaststelbare waarde. Het verweer dat de gedaagde niet bij het voordeel gebaat is, is een verrijkingsgerelateerd verweer. De gedaagde ontkent dat *híj* door het verkregene, dat in het maatschappelijk verkeer een waarde heeft, is verrijkt. Dit verweer zal in de regel samenlopen met de redelijkheidstoets, omdat een verplichting tot het betalen van schadevergoeding voor een voordeel waar de gedaagde niets aan heeft gehad, in de regel niet redelijk zal zijn. De gedaagde kan voor meer dan één anker liggen.

5.2.3 Het verrijkingsbegrip

5.2.3.1 Het paradigma

In 1927 promoveerde Bregstein op een dissertatie met de titel *Ongegronde Vermogensvermeerdering* en zette daarmee de toen nog niet gecodificeerde verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking op de agenda.[37] De titel van diens dissertatie suggereert dat er sprake is van een verrijking indien er sprake is van een vermeerdering van het vermogen van de gedaagde. Het is een zienswijze die ook vandaag de dag sterk in de literatuur doorklinkt. Het paradigma is dat een verrijking gelijk staat aan een vermeerdering van het vermogen.[38] Iemand geldt in deze zienswijze als verrijkt als diens activa zijn toegenomen of als diens passiva zijn afgenomen.

Wie civielrechtelijk goed onderlegd, maar op het gebied van het verrijkingsrecht onbevangen, van deze definitie kennisneemt, zal snel op het verkeerde been staan. Van een verrijking is namelijk niet alleen sprake als het vermogen is toegenomen, maar óók als de gedaagde een dienst heeft ontvangen, andermans zaak heeft gebruikt of kosten heeft bespaard. Ja, zelfs het overnemen van andermans klantenbestand is in de rechtspraak als verrijking in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW aangemerkt.[39] In de literatuur wordt daarom direct na de kenschets van de verrijking als vermogensvermeerdering het begrip vermogen vrijwel in één en dezelfde adem genuanceerd. Het vermogen en de daarin aanwezige vermogensbestanddelen moeten, zo heet het, in de 'context' van het verrijkingsrecht 'ruim' worden uitgelegd.[40]

---

37 Bregstein 1927.

38 PG Boek 6, p. 831; M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 3; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/461; Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 311; Van Maanen 2001, p. 15; Linssen 2002, p. 64; Koolhoven 2011, p. 68.

39 HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2018, *NJ* 1997, 3, m.nt. E.J.H. Schrage (Van der Tuuk Adriani/Batelaan).

40 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/463; M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 3; Linssen 2002, p. 64.; PG Boek 6, p. 831; Ook ikzelf heb mij tweemaal woorden van een dergelijke strekking laten ontvallen. Zie in vergelijkbare, en dus minder juiste zin: Van der Linden 2013, p. 12.

Ook Bregstein zelf relativeerde de eis dat er sprake moet zijn van een vermogensvermeerdering sterk:

> 'Aan de toename van het actief moet men vooral niet té materiële eischen stellen: het verhoogen van de productiecapaciteit van het individu is reeds verhooging van diens actief: de opvoeding, aan kinderen verstrekt, verhoogt hun productiecapaciteit en vormt op deze wijze een verrijking […]; hetzelfde geldt voor het herstel van gezondheid […].'[41]

Enerzijds wordt, zowel door de thans heersende leer als door Bregstein, een verrijking omschreven als een vermogensvermeerdering terwijl – anderzijds – het begrip vermogen ruim wordt uitgelegd. Aldus wordt het begrip vermogen opgerekt, om de invulling van het verrijkingsbegrip als vermogenstoename kloppend te krijgen.

Dit maakt het paradigma om verschillende redenen niet aansprekend.[42] In de eerste plaats kan het aanleiding geven tot misverstanden. Klassiek is het voorbeeld van de dief die een zaak steelt. Hij zou 'per definitie' niet verrijkt zijn, omdat de bestolene een revindicatie tot zijn beschikking heeft: de dief wordt door zijn daad geen eigenaar van de zaak zodat – goederenrechtelijk bezien – zijn vermogen niet is toegenomen. De dief kan echter heel wel verrijkt zijn met het bezit van de zaak en meer nog met het feitelijke gebruik daarvan. De 'eis' van de vermogenstoename suggereert een te eng verrijkingsbegrip.

In de tweede plaats brengt de genoemde invulling van het verrijkingsbegrip, zoals we verderop in dit hoofdstuk zullen zien, onjuiste consequenties mee voor de maatstaf om de omvang van de verrijking te bepalen. Alle verrijkingen worden door de heersende leer over één kam geschoren: steeds moet de verrijking worden vastgesteld door een vermogensvergelijking. Een dergelijke toets kan alleen werken als van een realistisch vermogensbegrip wordt uitgegaan.

De derde reden is de volgende. In het recht is het niet erg als er zo nu en dan een fictie wordt gebruikt, of als er een ruime uitleg voor een bepaald begrip wordt toegestaan. Dit is echter alleen de aangewezen weg als de fictie of de extensieve uitleg – hetzij op pragmatische gronden, hetzij op praktische gronden, hetzij op leerstellige gronden – nodig is. Het gelijkstellen van de verrijking met een vermogenstoename is echter, zoals we dadelijk zullen zien, allerminst noodzakelijk.

41 Bregstein 1927, p. 202

42 Vgl. Damminga 2014, p. 203 die betoogt dat de heersende benadering niet 'zonder problemen' is.

5.2.3.2 Een pluriform verrijkingsbegrip

Hoewel Koolhoven uit lijkt te gaan van het hierboven beschreven paradigma dat een verrijking een vermogensvermeerdering is,[43] kiest zij in haar proefschrift voor een aansprekende aanpak. Uit de hogere en lagere rechtspraak heeft zij verschillende verschijningsvormen van verrijkingen gedestilleerd. Een verrijking kan volgens haar onder meer[44] bestaan uit: (i) de aanwas (natrekking) of ontvangst van een zaak, ii) de waardestijging van een zaak of een zakelijk recht, (iii) de verkrijging van een vermogensrecht, (iv) een waardestijging van een vermogensrecht, (v) de waardestijging van een afhankelijk recht door een waardestijging van het moederrecht, (vi) de verkrijging van een immaterieel voordeel, (vii) afwending van schade, (viii) het gebruik van zaken en (ix) kostenbesparingen.[45] Ook Damminga kiest voor een benadering waarin hij verschillende 'verrijkingsfeiten' onderscheidt, zij het dat ook hij als overkoepelende eis stelt dat er sprake moet zijn van een 'vermogensverschuiving'.[46] Geïnspireerd op het Duitse onderscheid tussen *Leistungskondiktionen* en *Nichtleistungskondiktionen* onderscheidt hij een groep verrijkingsfeiten die zien op 'presaties' en een groep verrijkingsfeiten die bestaan uit 'inbreuken van exclusieve rechtsposities'.[47] Beide benaderingen doen de definitie van de verrijking als vermogensvermeerdering naar de achtergrond verdwijnen, waarvoor in de plaats een veelkleurig verrijkingsbegrip naar voren treedt. Wel blijft in beide benaderingen de verrijkingseis verknoopt aan het (ruim opgevatte) vermogensbegrip.

In de *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) wordt de verrijkingseis op een fundamenteel andere manier ingevuld. Artikel VII 3:101 DCFR luidt als volgt:

> '(1) A person is enriched by:
> (a) an increase in assets or a decrease in liabilities;
> (b) receiving a service or having work done; or
> (c) use of another's assets'

Een vermogenstoename – bestaande uit een toename van de activa of een afname van de passiva – is hier slechts één manier waarop de gedaagde kan zijn verrijkt. Daarnaast kan de verrijking bestaan uit de ontvangst van een

---

43 Koolhoven 2011, p. 68. Zij schrijft: 'Bereicherungen im Sinne des Artikel 6:212 sind danach Vermögenszuwächse, die durch eine Zunahme von Aktiva (Geld oder Güter), eine Abnahme von Passiva (Schulden und andere Verpflichtungen), den Erhalt geldwerter Dienstleistungen oder den Gebrauch fremder Sachen entstehen. Ein bereicherungsrechtlich relevanter Vermögenszuwachs erfordert demnach nicht unbedingt den Übergang eines Vermögensbestandteils in das Vermögen des Bereicherten; die Tilgung der Schuld des Bereicherten bei seinem Gläubiger sowie die Wertänderung und der Werterhalt bereits im Vermögen vorhandener Bestandteile können eine Bereicherung darstellen.'

44 Zij spreekt van illustratieve voorbeelden.

45 Koolhoven 2011, p. 72-81 en de aldaar vermelde jurisprudentie.

46 Damminga 2014, p. 205.

47 Damminga 2014, p. 212-213.

dienst of het gebruik van andermans goed. Belangrijk is dat de verschillende verrijkingsvormen niet hiërarchisch zijn geordend. Naast de vermogensvermeerdering worden het ontvangen van een dienst en het gebruik van een zaak als zelfstandige verrijkingsfeiten behandeld. Het vermogen en de vermogenstoename is in de DCFR, anders dan in Nederland wordt geleerd, niet het middelpunt waar de hele verrijkingseis om draait. De DCFR gaat uit van een *pluriform* verrijkingsbegrip.

In mijn optiek is een pluriform verrijkingsbegrip de juiste benadering om de verrijkingseis van artikel 6:212 lid 1 BW in te kleuren. Het verrijkingsbegrip moet van het vermogensbegrip worden ontkoppeld. Aldus wordt van meet af aan voorkomen dat het vermogensbegrip te ruim wordt uitgelegd of dat – omgekeerd – het vermogensbegrip een ongewenste rem zet op de ontwikkeling van het verrijkingsrecht. Dit laatste zou op gespannen voet staan met de aanvullende functie van de verrijkingsactie alsmede met het meer open karakter van het verbintenissenrecht ten opzichte van het goederenrecht. Voorts zijn mogelijke misverstanden van het type 'de dief is nooit verrijkt want hij verkrijgt de eigendom niet' bij de hantering van een pluriform verrijkingsbegrip in de kiem gesmoord. Het 'gebruik' van een zaak kan immers ook als verrijking gelden.

Anders dan de DCFR zou ik de in aanmerking komende verrijkingsvormen niet willen beperken tot i) gevallen waarin er sprake is van een vermogenstoename, ii) het gebruik van een zaak en iii) de ontvangst van een dienst. In dit boek wordt tot uitgangspunt genomen dat er géén *numerus clausus* van verrijkingsvormen bestaat.[48] Aan de rechtspraak en de literatuur moet de ruimte worden gelaten voor het aanvaarden van nieuwe verrijkingsvormen. Wel is er één eis waar – in beginsel – iedere verrijking aan moet beantwoorden. De verrijking moet tenminste op geld waardeerbaar zijn; beslissend is of de potentiële verrijking iets is waarvoor men in het economische verkeer bereid is om een vermogensoffer te brengen. Op deze eis geldt in mijn optiek één uitzondering: als schadevergoeding in natura ter zake van de verrijking mogelijk is ex artikel 6:103 BW dan geldt deze eis niet. Een haarlok – hoe waardeloos ook – zou het object kunnen zijn van een verrijkingsactie in natura, mits de eiser voldoende belang heeft bij de vordering en deze niet in strijd is met andersoortige rechtsbeginselen.

Aan welke verrijkingstypen kan zoal worden gedacht?

5.2.4 Verrijkingsfeiten

Als gezegd, is het verrijkingsbegrip een open begrip dat niet in één of meerdere categorieën kan – of hoeft – te worden gevangen. Wel is het zinvol om verschillende situaties te onderscheiden waarin de gedaagde kan zijn verrijkt.

48 Of zoals Engelhard & Van Maanen het uitdrukken: alles wat voorwerp van een verbintenis kan zijn, kan voorwerp van verrijking zijn. Zie: Engelhard & Van Maanen 1998, p. 313. Zij verwijzen naar B.S. Markesins, W. Lorenz en G. Dannermann, *The Law of Contracts and Restitution. Vol 1*, Oxford: Clarendon Press 1997, p. 720.

Enerzijds verschilt, zoals we zullen zien, per verrijkingsfeit de maatstaf waarmee de omvang van de verrijking moet worden berekend. Anderzijds kunnen de verschillende verrijkingstypen aanleiding geven tot andersoortige verrijkingsgerelateerde verweren. Daarom worden in deze paragraaf verschillende verrijkingsvormen behandeld. Aandacht zal worden geschonken aan de categorieën die in de DCFR worden onderscheiden en aan enige andere in aanmerking komende verrijkingscategorieën.

Het is niet mijn doel om elke mogelijke verrijkingsvorm te behandelen. Er worden enkele veelvoorkomende besproken. Het gaat er hier om enig houvast te bieden bij de beantwoording van de vraag of de gedaagde in een concreet geval is verrijkt. Per besproken categorie staat steeds de vraag centraal (i) wat de aard van het verrijkingstype is, (ii) op welke wijze de omvang van de verrijking moet worden berekend en (iii) welke verrijkingsgerelateerde verweren de gedaagde zoal kan opwerpen tegen de vaststelling van diens verrijking. In de volgende paragraaf zullen specifieke vraagpunten aan de orde komen, die de omvang van de verrijking nader bepalen.

5.2.4.1 Een vermeerdering van het vermogen

De aard van de verrijking

Hoewel een vermogensvermeerdering, zoals betoogd, niet de enige manier is waarop een verrijking zich kan manifesteren, neemt deze verrijkingsvorm wel een belangrijke plaats in. Een vermogensvermeerdering kan zowel bestaan in een toename van de activa als een afname van de passiva.[49] De bouw van een huis op andermans grond (=toename activa) en de betaling van andermans schuld (=afname passiva) zijn gevallen die zonder meer onder dit verrijkingsbegrip gebracht kunnen worden. Steeds moet het gaan om gevallen waarin het vermogen daadwerkelijk is vermeerderd.

In het commentaar op de DCFR wordt één belangrijke beperking aan de categorie van de vermogenstoename gesteld. Volgens het commentaar is er alleen sprake van een verrijking als er 'iets' aan het vermogen is toegevoegd. De enkele waardevermeerdering van een vermogensbestanddeel geldt in de DCFR niet als een vermogensvermeerdering en daarmee ook niet als een verrijking.[50] Is er sprake van een blote waardevermeerdering van het vermogen, dan moet de gedaagde zijn toevlucht zoeken tot de andere in de DCFR genoemde verrijkingscategorieën. Is dit niet mogelijk, dan is er geen sprake van een *'enrichment'* als bedoeld in de DCFR.

Dit verdient geen navolging bij de invulling van het verrijkingsbegrip van artikel 6:212 lid 1 BW. Het is principieel onjuist om de verrijkingsactie in dit soort gevallen categorisch uit te sluiten. Dit is ook niet nodig omdat een

---

49 Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 311; Van Maanen 2001, p. 12; PG Boek 6, p. 831.

50 C. von Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Volume 4,* Munich: Sellier European Law Publishers 2009, p. 4004.

blote waardevermeerdering van *eigen* vermogen in de regel niet ongerechtvaardigd zal zijn. Dit zou echter, onder bijzondere omstandigheden, anders kunnen zijn. Het laten stranden van de verrijkingsactie op de verrijkingsklip is niet zuiver en staat op gespannen voet met de aanvullende functie van de verrijkingsactie. De waardevermeerdering van vermogensbestanddelen wordt naar Nederlands recht dan ook als verrijking in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW erkend.[51] Als de waarde van de vermogensbestanddelen van de gedaagde is gestegen, zonder dat er 'iets' aan het vermogen is toegevoegd, dan geldt hij als verrijkt omdat zijn vermogen meer waard is geworden.

Dat een blote waardestijging als verrijking een plaats verdient in het verrijkingsrecht (en dat de mogelijkheid niets slechts van academisch belang is) leert de zogenoemde *Ontvanger/Hamm*-vordering. Als iemand als gevolg van een onmiskenbare vergissing aan iemand betaalt die reeds failliet is, dan kan hij het onverschuldigd betaalde bedrag van de curator terugvorderen óók als er sprake is van een negatieve boedel.[52] De curator handelt in overeenstemming met de maatschappelijke betamelijkheid als hij zulks doet. Doet de curator dit niet – zo is de Hoge Raad van oordeel in het arrest *Ontvanger/Hamm* – dan zouden de boedelschuldeisers ongerechtvaardigd worden verrijkt ten koste van degene die per onmiskenbare vergissing aan de failliet heeft betaald.[53] Er is wel betoogd, dat de boedelschuldeisers niet verrijkt zouden zijn, omdat zij precies krijgen waar zij reeds recht op hebben: voldoening van hun vordering.[54] Dit is onjuist. Na de onverschuldigde betaling blijft inderdaad de nominale waarde van de vorderingen van de boedelschuldeisers gelijk. Maar, als de boedel negatief is, dat wil zeggen als er in de failliete boedel te weinig vermogen is om alle boedelschuldeisers te voldoen, dan stijgt door de betaling wél de economische waarde van de boedelvorderingen. Er is door de onverschuldigde betaling immers meer actief in de boedel. Het is deze waardestijging die de verrijking van de boedelschuldeiser constitueert: de boedelschuldeisers zien méér van hun vordering terug dan het geval zou zijn zonder de onverschuldigde betaling aan de gefailleerde. Hoewel de grondslag van de *Ontvanger/Hamm*-vordering wat hybride is – eigenlijk draait het arrest om het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt – toont het geval aan dat een blote waardestijging als verrijking een plaats in het verrijkingsrecht verdient.

---

51 Zie bijvoorbeeld. HR 5 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0155, *NJ* 2004/126, m.nt. W.M. Kleijn (Daams/Staat); HR 13 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3383, *NJ* 2003/400, m.nt. W.M. Kleijn (De Staat/Geveke) en impliciet ook: HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD4745, *NJ* 2008/481 (Winkelpand).

52 HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, *NJ* 1998/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (Ontvanger/Hamm); HR 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4569 *NJ* 2007/419, m.nt. P. van Schilfgaarde (Van der Werff q.q./BLG) en laatstelijk nog HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3080, *NJ* 2014/484 (CZ/Scholtes q.q.).

53 HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, *NJ* 1998/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (Ontvanger/Hamm), r.o. 3.4.

54 Zo: Zwalve 2002, p. 481.

Vaststelling en omvang

Bestaat de verrijking uit de toename van het vermogen van de gedaagde, dan kan de verrijking berekend worden door de vermogenspositie van de verrijkte te vergelijken met de omvang van het vermogen zoals die zonder het verrijkingsfeit zou zijn geweest.[55] Bezien moet in dit verband worden wat de waarde is van de toegevoegde vermogensbestanddelen of hoeveel een vermogensbestanddeel in waarde is toegenomen. De verrijking is het positieve resultaat van de vermogensvergelijking.

Bezien wij het geval waarin een te goeder trouw zijnde verkoper een zaak verkoopt die gestolen blijkt te zijn – en de bestolene vóór de verkoop een revindicatie tegen de verkoper in handen had – dan moet de verrijking ten koste van de bestolen eigenaar worden begroot op de ontvangen verkoopprijs. Als de gedaagde de zaak van de bestolene niet verkocht had, dan zou hij een revindicatie tegen zich moeten laten gelden. Anders gezegd, vóór de verkoop beschikt de verkoper over een vermogen waar de verkochte zaak géén deel van uitmaakt. Na de verkoop is de verkoopprijs, of een daartoe strekkende vordering, in diens vermogen gevloeid.

Reeds in dit voorbeeld ligt een complicatie besloten. Wat als de verkoper – door diens uitzonderlijke inspanningen en verdere verkoopkwaliteiten – een prijs weet te bedingen die hoger ligt dan de marktwaarde? De omvang van de verrijking is dan nog steeds de, in dat geval hogere, verkoopprijs. Toch zal hij dan niet voor de volledige verkoopprijs aansprakelijk zijn omdat de aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking slechts strekt tot dat deel van de verrijking, waarmee de gedaagde *ten koste van de eiser* is verrijkt.[56] De inspanningen van de verkoper om een hogere prijs te bedingen behoren niet de bestolen eiser toe, maar veeleer de verkoper: de extra winst is niet ten koste van de eiser gemaakt.[57] Overigens kan in dit specifieke voorbeeld een vergelijkbaar resultaat worden bereikt via het schadevereiste: de schade van de bestolen eiser zal bestaan uit de marktwaarde van de zaak.

Een lastige situatie doet zich voor, indien tegenover de verrijking een verplichting jegens een derde staat. Is de gedaagde, bijvoorbeeld, verrijkt indien hij van iemand een betaling ontvangt, die bedoeld was voor de eiser. Kan, met andere woorden, in een geval waarin iemand aan de verkeerde betaalt, de ware schuldeiser de ontvanger aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking? In een geval waarin eiser ITPS gedaagde Intertrust aanspreekt uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, omdat Intertrust

55 M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 3; Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 311; Schrage 2017, nr. 106; Koolhoven 2011, p. 82.

56 Zie daarover par. 5.4.6.

57 In vergelijkbare zin Brunner in zijn noot onder: HR 17 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0243, *NJ* 1992/668.

van Parelpark een betaling ontvangen heeft die voor ITPS bedoeld zou zijn, meent het Gerechtshof Den Haag van niet:[58]

> 'ITPS beroept zich op ongerechtvaardigde verrijking, maar hiervan is geen sprake. Voor zover Parelpark ten onrechte aan Intertrust heeft betaald wat zij aan ITPS moest voldoen, is Parelpark jegens ITPS niet gekweten en kan ITPS Parelpark aanspreken tot betaling. Dat dit van ITPS niet kan worden gevergd of dat Parelpark geen verhaal zou bieden, heeft ITPS niet onderbouwd. In zoverre is geen sprake van verarming. Voor zover Intertrust ten onrechte een bedrag heeft ontvangen van Parelpark dat Parelpark niet verschuldigd was kan Parelpark zich jegens Intertrust beroepen op onverschuldigde betaling en is Intertrust gehouden dit bedrag aan Parelpark terug te betalen. In zoverre is geen sprake van verrijking.'

Hoewel de juridische logica sluitend is – de gedaagde is niet verrijkt omdat hij met de ontvangst van de betaling aansprakelijk is op grond van onverschuldigde betaling jegens de solvent – moet voorzichtigheid worden betracht met het oordeel dat van een verrijking geen sprake is. Als uitgangspunt lijkt het mij juist dat er geen verrijking van C is als hij van A gelden ontvangt die voor B bedoeld zijn. Maar concrete feiten kunnen mogelijk tot een ander oordeel nopen.

Het kan bijvoorbeeld zo zijn, dat de schuldenaar die aan de verkeerde heeft betaald, een verstrooide gast in een restaurant is, die een andere gast voor de ober houdt (en hem daar niet voor mocht houden als bedoeld in artikel 6:34 BW) en hem dientengevolge € 20 toestopt als betaling voor het eten. In dit geval moet worden aangenomen dat de gast, die € 20 ontvangen heeft ten koste van het restaurant is verrijkt, zeker als degene die aan de verkeerde betaald heeft, in de anonimiteit van de stad is opgelost. Laatstgenoemde zal (omdat hij denkt aan het restaurant betaald te hebben) de ontvanger niet aanspreken uit hoofde van onverschuldigde betaling en het restaurant zal degene die met de noorderzon vertrokken is – praktisch, omdat hij verdwenen is – niet alsnog kunnen aanspreken voor het eten. Hier moet aangenomen worden dat de gast die de € 20 heeft aangenomen ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van het restaurant.

Een geval dat in de rechtspraak is voorgekomen is het volgende. De gemeente betaalt in het kader van onteigening een component onteigeningsvergoeding aan de gedaagde, waar eigenlijk de eiser recht op had. De gemeente was in de onjuiste veronderstelling, dat de gedaagde ook voor de eiser optrad. De verrijkingsactie van de eiser jegens de gedaagde slaagt.[59] Terecht in mijn optiek. De visie dat de gedaagde niet verrijkt is, omdat de gemeente de overeenkomst op grond waarvan zij de compensatie betaalde – mogelijk – kan vernietigen wegen (bijvoorbeeld) dwaling of bedrog spreekt niet erg aan.

---

58 Hof Den Haag 15 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3230, r.o. 2.23; Zie ook: Rb. Limburg 5 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6623, r.o. 4.3.

59 Rb Rotterdam 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY3287, *NJF* 2013/18.

Wanneer C gelden van A ontvangen heeft die voor B bedoeld zijn, dan is een verrijkingsactie B-C niet per definitie uitgesloten, ook in gevallen waarin A – in theorie – C kan aanspreken op grond van onverschuldigde betaling.[60]

Iets soortgelijks als in voornoemde voorbeelden geldt in wezen bij het samenspel tussen artikel 6:34 BW en 6:36 BW. Heeft de schuldenaar aan een onbevoegde betaald omdat hij 'op redelijke gronden heeft aangenomen dat de ontvanger der betaling als schuldeiser tot de prestatie gerechtigd was of dat uit anderen hoofde aan hem moest worde betaald', dan kan hij dit aan de schuldeiser tegenwerpen. Deze heeft echter op de voet van artikel 6:36 BW verhaal op degene die de betaling ten onrechte in ontvangst heeft genomen. Het feit dat de schuldenaar die aan de verkeerde betaalt heeft een vordering op grond van onverschuldigde betaling heeft tegen de ontvanger doet – ook dan – daar niets aan af.

Verrijkingsgerelateerde verweren

De gedaagde zal in de regel door een toename van diens vermogen zijn verrijkt in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW. Toch zal hij in sommige gevallen niet bij de vermogenstoename gebaat zijn. In die gevallen kan hij zich verweren met de stelling dat hij ondanks de vermogenstoename niet is verrijkt. Al eerder is het voorbeeld aangestipt waarin iemands onroerende zaak is verbeterd terwijl hij reeds over de sloop van die onroerende zaak heeft gecontracteerd. In een dergelijk geval leidt de verbetering van de onroerende zaak niet zonder meer tot een verrijking van de eigenaar. In de jurisprudentie van de Hoge Raad zijn er voorbeelden te vinden waarin de gedaagde heeft kunnen aantonen dat hij niet is verrijkt ondanks het feit dat diens vermogen technisch is toegenomen. Het zijn steeds de bijzondere omstandigheden van het geval die het verweer doen slagen.

In het geval dat ten grondslag ligt aan het arrest *Staat/Meijer* leidt een betaling door de eiser aan de gedaagde niet tot diens verrijking.[61] Het gaat om het volgende. De Staat betaalt een belastingteruggaaf op een rekening die door Meijer – bevoegd – is uitgesloten krachtens artikel 6:114 lid 1 BW. De reden hiervoor is dat Meijer een conflict had met diens bank. Vlak na de betaling van de belastingteruggaaf op de uitgesloten betaalrekening verlenen Meijer en de bank elkaar over en weer finale kwijting. De bank weigert daarom doorbetaling van de belastingteruggaaf, waarop Meijer de belastingdienst aanspreekt opnieuw te betalen. De ontvanger wenst het bedrag – onder andere op grond van ongerechtvaardigde verrijking – te verrekenen met het bedrag dat hij eerder op de uitgesloten rekening had betaald.

---

60 Wél zou een verrijkingsaanspraak onredelijk kunnen zijn vanwege de doorbreking van de paritas creditorum. Betaalt A vlak voor zijn faillissement aan C hetgeen hij aan B moest betalen, dan heeft A – vanaf de betaling – een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling in zijn vermogen op C. Zou B C aanspreken dan verschaft hij zich aldus een feitelijke preferentie ten opzichte van de overige schuldeisers van A.

61 HR 28 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7207, *NJ* 1998/218, m.nt. H.J. Snijders (De Staat/Meijer).

De Hoge Raad laat het oordeel van het hof, inhoudende dat Meijer door de betaling niet is verrijkt, in stand omdat het betaalde – door diens conflict met de bank – 'in het geheel niet tot' Meijers beschikking is gekomen.[62] Ondanks het feit dat het vermogen van Meijer, technisch gezien, is vermeerderd leidt de storting van de belastingteruggaaf niet tot een verrijking. Het conflict van Meijer met zijn bank, de wederzijdse finale kwijting en het feit dat de belastingteruggaaf geen rol heeft gespeeld bij de finale kwijting, maken dat Meijer door de storting van de belastingteruggaaf op diens betaalrekening niet is verrijkt.

Het arrest *Standard/ING* geeft aanleiding tot een tweede voorbeeld van een verrijkingsgerelateerd verweer dat de gedaagde zou kunnen voeren.[63] Als de eiser de schuld van de gedaagde betaalt, dan hoeft dit niet *mutatis mutandis* tot een verrijking van gelijke hoogte te leiden. In het arrest *Standard/ING* ging het om een geval waarin een bank, zonder een daartoe strekkende opdracht, schulden van haar cliënt voldoet. De bank vordert betaling ten belope van de door de bank betaalde schulden. De Hoge Raad overweegt:[64]

> 'In zodanig geval zal de bank niet kunnen verlangen dat de rekeninghouder zonder meer het op de rekening van de begunstigde bijgeschreven bedrag aan de bank vergoedt. Wel zal de bank op de voet van art. 6:212 BW, voor zover dit redelijk is, vergoeding kunnen verlangen van de schade die zij daardoor heeft geleden, tot het bedrag waarmee de rekeninghouder is verrijkt.'

De betaling van de schuld van de gedaagde door de eiser, zal in de regel een verrijking met een gelijk bedrag met zich brengen. Toch zal de gedaagde in bepaalde gevallen kunnen betwisten dat hij door de schulddelging is verrijkt.

Dit is bijvoorbeeld het geval als het voortbestaan van de schuld die de verarmde eiser heeft voldaan, afhankelijk is van de uitoefening van een wilsrecht van de gedaagde. Vloeit de verbintenis – de gedelgde schuld – voort uit een overeenkomst die zijdens de gedaagde vernietigbaar is, dan hangt het van de verdere omstandigheden van het geval af of de gedaagde is verrijkt. De gedaagde zal in een dergelijk geval soms met succes kunnen betwisten dat hij door de delging van diens schuld is gebaat. Mogelijk is ook, zoals Zwalve heeft betoogd, dat de schuldeiser van de gedaagde (aan wie de eiser de schuld van de gedaagde heeft betaald) failliet is gegaan en dat de gedaagde – door de betaling van de eiser – de mogelijkheid heeft verloren om zijn schuld aan de failliete schuldeiser met een eigen vordering op de failliete schuldeiser te verrekenen.[65] Moet de gedaagde in plaats daarvan aan de

---

62 R.o. 4.2.2.

63 HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6100, *NJ* 2002/118, m.nt. Jac. Hijma (Standard/ING).

64 HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6100, *NJ* 2002/118, m.nt. Jac. Hijma (Standard/ING), r.o. 3.4.1.

65 Zie Zwalve 2002, p. 607. Hij schrijft daar over de zaakwaarnemer die andermans schuld betaalt onder het Romeinse recht, maar de casus zou ook in het hedendaagse verrijkingsecht kunnen spelen.

eiser betalen uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, dan blijft hij met een concurrente vordering zitten op de failliete schuldeiser. Ten slotte merkt Snijders – terecht – op dat de ene crediteur de andere niet is: sommigen hanteren een agressieve inningspolitiek, met anderen valt te praten.[66] Ook dan zal de gedaagde een verweer kunnen voeren met de strekking dat hij niet is verrijkt met het nominale bedrag van de voldane schuld, al zal dit verweer ook in het kader van het redelijkheidsvereiste gevoerd kunnen worden.

5.2.4.2 De ontvangst van een dienst

De aard van de verrijking

In het Nederlandse recht wordt de dienst als verrijkingsfeit aanvaard, zij het dat de ontvangst van een dienst als een vermogenstoename wordt gezien. De inbedding verschilt. Enerzijds zijn er schrijvers die de dienst *zélf* als vermogenstoename aan (lijken te) merken,[67] anderzijds wordt de dienst (kennelijk) geschaard onder uitgaven die de gedaagde zich heeft bespaard.[68] In de DCFR wordt het ontvangen van een dienst als een zelfstandig verrijkingsfeit gezien naast de vermogenstoename en het gebruik van andermans zaak. Het commentaar op de DCFR zegt erover:[69]

> 'The rationale for treating the receipt of a service as an enrichment is that whenever the market recognises a certrain type of performance as valuable, the provider of that performance has necessarily rendered something valuable to the recipient and a transfer of value has taken place.'

De in Nederland gebruikelijke zienswijze dat het ontvangen van een dienst gelijk staat aan een vermogenstoename is onjuist. Uiteraard kan de ontvangst van een dienst *de facto* resulteren in een vermogensvermeerdering. Dit is bijvoorbeeld het geval als de eiser de auto van de gedaagde restaureert of als een aannemer een huis bouwt op de grond van de gedaagde (de bouwactiviteit is als dienst te kwalificeren). Maar een dienst hoeft geenszins tot een vermogensvermeerdering te leiden. Dit is het geval als de dienst bestaat uit – bijvoorbeeld – het geven van een cursus. Met name bij de dienst van de laatste soort ontstaan er problemen als deze worden gelijkgesteld met een vermogenstoename. Wordt namelijk het vermogen van de gedaagde zoals dat na de cursus is, vergeleken met het vermogen van de gedaagde zoals het zonder de cursus zou zijn, dan rolt er geen tastbare verrijking uit de bus.

---

66 Snijders 2001, p. 14.

67 Zie bijvoorbeeld: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/463; M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 3; Koolhoven 2011, p. 68.

68 Zie bijvoorbeeld: Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 311; Van Maanen 2001, p. 15.

69 C. von Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Volume 4,* Munich: Sellier European Law Publishers 2009, p. 4007.

Om dit dogmatische probleem te ondervangen wordt de dienst in dit soort gevallen wel als een besparing van uitgaven aangemerkt.

Dit is het geval in het *Winkelpand*-arrest.[70] Het hof wijst in deze zaak de verrijkingsaansprakelijkheid van de vrouw af, omdat niet vast is komen te staan dat het winkelpand door de verbouwingswerkzaamheden van de man in waarde is gestegen. De Hoge Raad casseert omdat de vrouw ook verrijkt kan zijn als zij zich, dankzij de verbouwingswerkzaamheden van de man, uitgaven ter zake van de verbouwing heeft bespaard. Hetzelfde doet de Hoge Raad in het *Oldtimers*-arrest.[71] In dit arrest worden kosten van stalling van een drietal oldtimers in een garage als een verrijking in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW aangemerkt. Het ging om een geval waarin gedurende een aantal jaren de oldtimers gestald stonden. De gedaagde is volgens de Hoge Raad door de stalling verrijkt doordat de gedaagde stallingskosten heeft bespaard.

In mijn optiek is het zuiverder om niet de *besparing van uitgaven* als de relevante verrijking te zien maar de ontvangst van de dienst zelf. Het is de dienst die in het economische verkeer een waarde vertegenwoordigt, evenals een ingebouwde autoradio dat doet. Het is niet nodig de besparing als een soort 'tussenbepaling' te nemen als er in het concrete geval een dienst voorligt. De besparing als verrijkingscategorie kan dan worden gereserveerd voor andersoortige verrijkingsgevallen.

De omvang van de verrijking

Als de verrijking bestaat uit de ontvangst van een dienst, dan zal de waarde van die verrijking, zoals we hebben gezien, niet goed met een vermogensvergelijking kunnen worden vastgesteld. Het krijgen van een cursus Frans of een knipbeurt bij de kapper levert geen vermogenstoename op. De berekening van de omvang van de verrijking zal geënt moeten zijn op het ontvangen van de dienst zelf zodat de marktwaarde van de dienst het aangewezen criterium is.[72] Hoewel de Hoge Raad geen uitdrukkelijke begrotingsregel geeft, lijkt de Hoge Raad in het *Oldtimer*-arrest inderdaad aan te sluiten bij de marktwaarde van de dienst omdat de Hoge Raad – de zaak zelf afdoende – de verrijkingsactie ter zake van de stallingskosten toewijst voor een bedrag dat gelijk staat met de kosten die de eiser in rekening heeft gebracht.[73]

---

70 HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD4745, *NJ* 2008/481 (Winkelpand).

71 HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO4936, *NJ* 2011/422, m.nt. H.B. Krans (Oldtimers), r.o. 3.5. Daarnaast gaat het in dit arrest om een restauratie, maar dit is minder spannend omdat de restauratie in dit geval heeft geleid tot een waardestijging van de gerestaureerde auto's.

72 Damminga 2014, p. 215. Voor het Engelse recht betoogt Lodder dat de markt de waarde van de dienst bepaald. Lodder 2012, p. 87 en de aldaar aangehaalde vindplaatsen voor tegenwerpingen.; Vgl. C. von Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Volume 4*, Munich: Sellier European Law Publishers 2009, p. 4007.

73 Opmerking verdiend dat de eiser de gedaagde een familiekorting van 30% heeft toegekend.

Verrijkingsgerelateerde verweren
Als de gedaagde een op geld waardeerbare dienst ontvangt, dan is het mogelijk dat de concrete gedaagde niet door de dienst is verrijkt. Dit kan het geval zijn als in de concrete omstandigheden van het geval blijkt, dat hij geen prijs stelt op de dienst. In de casus die ten grondslag ligt aan het hierboven aangehaalde *Oldtimer*-arrest, waar het ging om een verrijking door de stalling van enkele oldtimers, zou dat het geval kunnen zijn als de gedaagde de auto's elders om niet of tegen lagere kosten had kunnen onderbrengen. Dit zou bijvoorbeeld het geval zijn als de gedaagde zelf stallingsruimte heeft. Kan de gedaagde dit hard maken, dan kan hij met vrucht betwisten dat hij door de desbetreffende dienst is verrijkt.[74]

5.2.4.3 Het gebruik van andermans goed

De aard van de verrijking
Een verrijking kan bestaan in het onbevoegde gebruik van andermans zaak. Het is een type verrijking dat in de parlementaire geschiedenis, de literatuur en het DCFR zodanig is aanvaard.[75] Het gebruik van andermans zaak wordt wel aangemerkt als een besparing van uitgaven aan de kant van de gedaagde.[76] Dit is onzuiver omdat datgene wat centraal staat steeds het gebruik van andermans zaak of goed is. Het gebruik markeert en kenmerkt de verrijking; een mogelijke kostenbesparing die uit het gebruik volgt is slechts een afgeleide. 'Gebruik van andermans goed' is alleen besparing omdat dit gebruik van waarde is.

Een goed voorbeeld van een geval waarin het onbevoegde gebruik van een zaak een verrijking in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW oplevert is het *Subway*-arrest.[77] In dit arrest gaat het om een geval waarin Subway een tijdlang als onderhuurder een deel van een bedrijfspand huurt van Easy, die het (gehele) pand op haar beurt huurt van Credit Suisse. Als de huurovereenkomst tussen Easy en Credit Suisse wordt beëindigd, treedt Credit Suisse in onderhandeling met Subway over de verhuur van het pand onder vergelijkbare voorwaarden; gedurende deze onderhandelingen blijft Subway, met toestemming van Credit Suisse, het pand gebruiken. Na een jaar ketsen de onderhandelingen af: Subway wil niet meer betalen voor het pand dan zij eerder aan Easy deed. Credit Suisse vordert, onder andere op grond van ongerechtvaardigde verrijking, een gebruiksvergoeding. De Hoge Raad wijst de vordering toe. Omtrent de verrijking overweegt het rechtscollege het volgende:[78]

---

74 HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO4936, *NJ* 2011/422, m.nt. H.B. Krans (Oldtimers), r.o. 3.5

75 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/463; M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 3; Koolhoven 2011, p. 78; PG Boek 6 p. 831; Damminga 2014, p. 203 en p. 217-218; Linssen 2001, p. 474.

76 Zie bijvoorbeeld: Koolhoven 2011, p. 78-79.

77 HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782, *NJ* 2013/540, m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (Credit Suisse/Subway).

78 R.o. 3.3.

> 'Onder zodanige omstandigheden is voor dit voortgezet gebruik in beginsel een gebruiksvergoeding verschuldigd op de voet van art. 6:212 BW. Degene die het gebruik van de bedrijfsruimte voortzet is daardoor immers verrijkt, omdat het gebruik van andermans bedrijfsruimte in het maatschappelijk verkeer in de regel slechts tegen een vergoeding plaatsvindt, terwijl de onderhuurder is bevrijd van de met zijn wederpartij overeengekomen verplichting de huurprijs te voldoen, door de beëindiging van de overeenkomst van onderhuur.'

Het gebruik van het bedrijfspand geldt als een verrijking in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW. Dat de gebruiker is bevrijd van de betaling van huurpenningen met diens voormalige (onder)verhuurder is – in mijn optiek – niet redengevend voor het oordeel dat het gebruik als verrijking geldt.[79]

De omvang van de verrijking

Hoe moet de waarde van het gebruik van andermans goed of zaak worden bepaald? In het *Subway*-arrest merkt de Hoge Raad het voortgezette gebruik van het bedrijfspand als verrijking aan omdat dit gebruik 'in het maatschappelijk verkeer in de regel slechts tegen een vergoeding plaatsvindt'. Hierbij zou het passen om de verrijking dan ook in beginsel te stellen op de *marktwaarde* van een dergelijk gebruik. Dit is ook de berekeningsmaatstaf die in de DCFR gekozen wordt:[80]

> 'The use of an asset is an enrichment independent of whether this has produced any specific monetary gain or saving for the enriched person. Such matters may be relevant in the context of Art. VII-5:102 (Non-transferable enrichment), in determining the extent of the enriched person's liability if the enriched person is in good faith. Conversely, if the enrichment is in bad faith, the market value of a right to use (and not the actual benefit extracted from it) will provide a benchmark for the quantum of liability.'

De marktwaarde van het gebruik is in mijn optiek de juiste maatstaf om de omvang van de verrijking te bepalen.[81] In de *Subway*-zaak is Subway verrijkt met de marktwaarde van het gebruik van het bedrijfspand. De aansprakelijkheid gaat echter niet verder dan de schade aan de kant van Credit Suisse

---

79 Zie echter: Hof Arnhem-Leeuwarden 21 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1531, r.o. 6.6. (Adelaar/Meubelhal De Snuffelschuur). De gedaagde gebruikt een loods met toestemming van eigenaar X om niet. Nadat X de eigendom op de eiser heeft overgedragen blijft de gedaagde de loods vier jaar lang gebruiken terwijl de eiser stil zit. Het hof overweegt in r.o. 6.6.: 'Allereerst is onduidelijk gebleven waarin de verrijking van Meubelhal c.s. is gelegen. Meubelhal heeft de loods weliswaar om niet kunnen gebruiken, maar zij had de huur van de loods al opgezegd en had de loods al enige tijd met toestemming van de eigenaar om niet gebruikt.' M.i. ten onrechte trekt het hof de verrijking in twijfel. Het hof had – en vond – andere redenen om de verrijkingsaanspraak af te wijzen.

80 C. von Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Volume 4*, Munich: Sellier European Law Publishers 2009, p. 4012.

81 Eenzelfde maatstaf hanteert Damminga, zie: Damminga 2014, p. 240-241. Volgens Linssen moet de verrijking worden begroot op 'een redelijke gebruiksvergoeding, zie: Linssen 2001, p. 589-590.

en zal ook niet verder gaan dan de huur die Subway gedurende de huurperiode aan Easy betaald heeft. Een hoger bedrag dan dit laatste bedrag zou neerkomen op een opgedrongen bestedingspatroon en in deze zaak heeft Credit Suisse – terecht – geen hoger bedrag gevorderd.

Verrijkingsgerelateerde verweren
Als de verrijking bestaat uit het gebruik van andermans zaak, dan zal de gedaagde soms met succes het verweer kunnen voeren dat hij door het gebruik niet is verrijkt. Dit zal het geval zijn als hij aannemelijk maakt dat hij om niet of tegen een lagere prijs een vergelijkbare zaak had kunnen gebruiken.[82] Ook is denkbaar dat hij zich – met succes – op het standpunt stelt, dat hij niets aan het gebruik heeft gehad. In dit laatste geval leidt het gebruik van een zaak niet tot een verrijking in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW.

5.2.4.4 Overname klantenbestand

Aard van de verrijking
Dat een verrijking niet behoeft te bestaan uit een vermogensvermeerdering, blijkt uit de jurisprudentie over huisartsen wier apothekersvergunning is ingetrokken als gevolg van de vestiging van een 'reguliere' apotheker. Deze jurisprudentie is een aanwijzing, dat een toeloop van klanten van de eiser naar de gedaagde, een verrijking van de gedaagde in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW kan opleveren.

In het *Van der Tuuk Adriani/Batelaan*-arrest gaat het om een geval, waarin de komst van een apotheker bewerkstelligt dat een apotheekhoudend huisarts zijn apothekersvergunning verliest, waardoor de klanten van de huisartsenapotheek min of meer zijn gedwongen hun medicijnen te betrekken bij de genoemde apotheker.[83] De verrijkingsactie van de huisarts is toegewezen. Opmerking verdient echter dat het uitgangspunt van het hof, dat de apotheker is verrijkt en de apotheekhoudend huisarts verarmd, in cassatie niet is bestreden. De Hoge Raad merkt dit uitdrukkelijk op.[84] Tegelijkertijd laat de Hoge Raad het oordeel van het hof, dat de verrijking van de apotheker een redelijke grond ontbeert, in stand, hetgeen niet goed denkbaar is indien de overgang van klanten per definitie geen verrijking kan zijn. In de *follow-up* van dit arrest, het arrest *Hulsman/Van der Graaf*,[85] werd de verrijking van Van der Graaf slechts veronderstellenderwijs aangenomen. Maar ook daaruit kan – voorzichtig – worden afgeleid dat een toeloop aan klanten een verrijking kan constitueren. De verrijkingsactie werd in deze zaak overigens afge-

82 Zie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 april 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1510, r.o. 7.14.
83 HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2018, *NJ* 1997/3, m.nt. E.J.H. Schrage (Van der Tuuk Adriani/Batelaan).
84 R.o. 3.2.
85 HR 2 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9765, *NJ* 2001, 319, m.nt. J.B.M. Vranken (Hulsman/Van der Graaf).

wezen. De Hoge Raad liet het oordeel van het hof, dat de (veronderstelde) verrijking van Van der Graaf níét ongerechtvaardigd was, in stand.[86]

Het is mogelijk om niet zozeer de toeloop van de klanten als de verrijking te zien, maar de daaruit voortvloeiende extra winst. Nadeel is dat het verrijkingsfeit dan in de tijd verplaatst wordt van het moment van 'de toeloop' naar het moment dat de apotheker in kwestie daadwerkelijk 'winst' maakt. Het gebeuren dat tot de winst leidt – het verkopen van medicijnen – is niet datgene wat de verrijking mogelijk ongerechtvaardigd maakt (de winst wordt gerechtvaardigd door het contract tussen de apotheker en de patiënt); de angel van de casus zit in de fase daarvoor: de 'overloop' van de klanten.

De overloop van klanten is een atypisch verrijkingsfeit. Van een daadwerkelijke verschuiving van vermogensbestanddelen is geen sprake: er is niet iets uit het vermogen van de eiser in het vermogen van de gedaagde gevloeid.[87] Is het juist dat de overloop van klanten wordt aangemerkt als een verrijking in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW? In mijn optiek is er veel voor te zeggen, omdat een toeloop van klanten voor de meeste ondernemingen van waarde is. Bedacht moet worden dat de vaststelling van de verrijking een neutraal feit is dat het feitelijke toepassingsbereik van de actie bepaalt. Bij een actie die als sluitstuk van het verbintenissenrecht dient past een toepassingsgebied dat niet op voorhand te veel is beknot. De verrijkingsactie zal, in een geval waarin de verrijking bestaat uit een toestroom van klanten, in de regel niet slagen. In een markteconomie waarin vrije concurrentie het uitgangspunt is, zal een verrijking die bestaat uit de toestroom van klanten niet snel – bijna nooit – ongerechtvaardigd zijn. Voor het winnen van andermans klanten is, zoals we in het volgende hoofdstuk zullen zien, geen rechtvaardigingsgrond nodig in de vorm van wilsovereenstemming of een wettelijke bepaling die dit expliciet toelaat. Een dergelijke verrijking is alleen ongerechtvaardigd als er een bijzondere omstandigheid is die de verrijking ongerechtvaardigd doet zijn. In het *Van der Tuuk Adriani/Batelaan*-arrest werd vastgesteld dat het in de branche gebruikelijk was dat apothekers aan door hen verdrongen apotheekhoudende huisartsen vergoedingen betaalden. De rechter heeft met de verrijkingsactie de mogelijkheid om aan zulke omstandigheden recht te doen. Dit kan door het ruime verrijkingsbegrip.

De omvang van de verrijking

De omvang van de verrijking is lastig te bepalen, als het gaat om de *de facto* overname van een klantenbestand. Een klantenbestand zal een zekere marktwaarde hebben. In de zaak *Van der Tuuk Adriania/Batelaan* was er bijvoorbeeld een door apothekers en artsen vastgesteld BACO tarief voorhanden. Dit – na deze zaak afgeschafte – tarief was neergelegd in een overeenkomst tussen de Koninklijke Maatschappij tot bevordering der geneeskunst

86 R.o. 3.5.

87 In deze zin ook Schoordijk: Schoordijk 1996c, p. 250.

en de Koninklijke Maatschappij ter bevordering der pharmacie.[88] In een geval als dit zou hierop aangesloten kunnen worden. Het geval toont slechts aan, dat de begroting afhankelijk is van de specifieke feiten. Een vermogensvergelijking is in dit verband in ieder geval niet altijd informatief; een toeloop van klanten zal niet altijd terugslaan op de waarde van de losse vermogensbestanddelen. Soms zullen er investeringen nodig zijn om de extra klanten te kunnen bedienen. Wellicht dat de rechter hier zijn toevlucht moet zoeken door een analogische toepassing van artikel 6:97 BW: de rechter moet de omvang van de verrijking schatten.

Verrijkingsgerelateerde verweren
Welke verrijkingsgerelateerde verweren zouden kunnen worden aangevoerd? Bestaat de verrijking uit de overloop van klanten dan is in de eerste plaats denkbaar dat de onderneming van de gedaagde de toeloop van klanten niet aankan. Dit is het geval als de onderneming niet berekend is op (veel) meer klanten. Is dit het geval dan kan de gedaagde in mijn optiek met succes betwisten dat hij is verrijkt door de klantentoeloop. Voorts is denkbaar dat de gedaagde zich met succes verweert tegen de verrijkingsactie met de tegenwerping dat hij bezig is met de opheffing van zijn onderneming (zonder de onderneming over te willen dragen). De genoemde verweren tasten de verrijking steeds in de kern aan. Soortgelijke (en andere) verweren kunnen ook een rol spelen in het kader van de aanvullende redelijkheidstoets.

5.2.4.5 Besparing van kosten of uitgaven

Een besparing van uitgaven of kosten kan een verrijking in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW opleveren.[89] In rechtspraak en literatuur wordt vaak aan deze verrijkingsvorm gerefereerd, soms ook – zoals we hierboven zagen – als het in wezen veeleer gaat om de ontvangst van een dienst of het gebruik van andermans goed. In die laatste twee gevallen is de term 'besparing' eerder afleidend dan dat de term aangeeft waar het om gaat. Daarnaast zijn er gevallen waarin de term besparing daadwerkelijk de kern van de verrijking raakt. Het gaat dan om gevallen waarin de gedaagde in de omstandigheden van het geval wordt bevrijd van noodzakelijke uitgaven.

Klassiek is het voorbeeld, waarin de bovenbuurman stookkosten bespaart, doordat de benedenbuurman zijn appartement flink opstookt. De besparing zal als een verrijking gelden,[90] zij het dat deze niet ongerechtvaardigd zal zijn. Gedacht kan ook worden aan de inwoner van een bungalowpark die weigert om – net als het merendeel van de parkbewoners – deel te

88 Zie r.o. 3.1. onder iv.
89 Zie: HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD4745, *NJ* 2008/481 (Winkelpand); HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2329, *NJ* 2010/498 (Proav/Ava); HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO4936, *NJ* 2011/422, m.nt. H.B. Krans (Oldtimers).
90 Kennelijk anders: Schrage 2017, nr. 109.

nemen aan de VvE maar wél profiteert van aangelegde wegen en nutsvoorzieningen.[91] Het kan gaan om de besparing van begrafeniskosten.[92] Gedacht kan voorts worden aan een geval waarin een saneerder en passant een stuk gemeentegrond meepakt, zodat de gemeente zich – in het kader van de herinrichting – in zoverre saneringskosten bespaart.[93] Iets soortgelijks geldt, indien de eiser vervuilde grond afkomstig van de gedaagde verwerkt indien vast staat dat de gedaagde die grond zelf moet verwerken.[94] Als laatste voorbeeld noem ik de constellatie die aan de orde is in het eerder besproken arrest *Bedum/Huizingh*.[95] De sanering van de overheid van de grond van de gelaedeerde neemt diens schade weg, zodat de gelaedeerde de vervuiler van de grond – Huizingh (de laedens) – niet aan hoeft te spreken uit onrechtmatige daad. Hierdoor bespaart Huizingh kosten.

In een geval als het laatstgenoemde is wel vereist dat de aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad bestaat. Illustratief is de zaak *Staat/August de Meijer*.[96] De staat bergt een op de bodem van de Westerschelde gelegen hijskraan die afkomstig is van een rechtsvoorganger van August de Meijer (hierna AdM). De staat vordert de bergingskosten van AdM op grond van onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking. De vordering op grond van onrechtmatige daad slaagt niet omdat AdM alleen jegens de beheerder van de vaarweg (de Staat) verplicht is het wrak te bergen indien 'de gevaren verbonden aan het niet verwijderen van dat voorwerp zo groot zijn dat zij hem redelijkerwijs tot verwijdering noopten'. Dit laatste is in rechte niet vast komen te staan. Volgens de Hoge Raad deelt de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking hetzelfde lot:[97]

> '[I]n een geval als het onderhavige kan ongerechtvaardigde verrijking niet dienen als een zelfstandige grondslag, naast onrechtmatige daad. Van een "verrijking" van AdM, die kan worden aangemerkt als "ongerechtvaardigd", zou immers slechts sprake kunnen zijn als AdM kosten had bespaard doordat zij, hoewel gehouden tot opruiming van het wrak, dit zou hebben nagelaten en eveneens zou hebben nagelaten de vervolgens door de Staat gemaakte kosten te vergoeden. Zou daarentegen geen gehoudenheid van AdM tot opruiming hebben bestaan, dan kan ook geen sprake zijn van kosten die AdM had moeten maken, als de Staat het wrak niet had opgeruimd.'

---

91 Zie over dit soort zaken: Hof Arnhem 2 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX9890, *NJF* 2012/475; Rb. Midden-Nederland 4 maart 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:1377, *NJF* 2015/187. De aanspraak wordt ook wel geënt op de redelijkheid en billijkheid. Zie: Hof Den Haag 6 november 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY2904, *NJF* 2012/517; Hof Den Bosch 9 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2084, *NJF* 2015/338. Waarover par. 8.4.3.4

92 Rb. Amsterdam 14 december 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:8458.

93 Hof Arnhem-Leeuwarden 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7896, *JBO* 2016/74, m.nt. H.J. Bos.

94 Hof Den Bosch 20 januari 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BJ3091, *NJF* 2009/284. Waarover par. 8.4.3.3.

95 HR 25 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7348, *NJ* 2005/413, m.nt. C.J.H. Brunner (Bedum/Huizingh).

96 HR 14 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1482, *NJ* 1995/720, m.nt. M.W. Scheltema (De Staat/AdM).

97 R.o. 3.5.

Doordat in rechte niet is vast komen te staan dat AdM verplicht was om de hijskraan te bergen, staat evenmin vast dat zij kosten bespaard heeft doordat de Staat dat heeft gedaan: AdM is niet bevrijd van 'noodzakelijke' uitgaven. In dit geval kan de verrijkingsactie de onrechtmatige daad niet aanvullen. Zou AdM wel verplicht zijn geweest de hijskraan te bergen, dan zou zij op grond van onrechtmatige daad kunnen worden aangesproken. Maar de feiten hoeven maar iets anders te liggen of een verrijkingsactie komt wel in zicht. Dit zou het geval zijn als (i) AdM jegens de waterwegbeheerder verplicht is de hijskraan te bergen en (ii) een derde de hijskraan bergt. Niet uitgesloten is dan, dat deze derde een verrijkingsactie kan instellen tegen AdM: deze is verrijkt doordat zij bergingskosten heeft bespaard die ze jegens de waterwegbeheerder verplicht zou zijn te maken.

Als de gedaagde bevrijd is van noodzakelijke uitgaven, dan is het niet uitgesloten dat de verrijking evenzeer onder een andere verrijkingscategorie kan worden gebracht. Dit laatste is het geval in het arrest *Proav/Ava*.[98] De gedaagde huurt een loods van eiser. Na wanprestatie van de eiser ontbindt de gedaagde de huurovereenkomst. In deze zaak werd een verrijking van de gedaagde aangenomen omdat in de huurpenningen een bedrag aan verliescompensatie was begrepen. Door de ontbinding was de gedaagde *en passant* bevrijd van de verplichting tot de betaling van de genoemde, in de huurprijs verdisconteerde, verliescompensatie. De Hoge Raad spreekt van een 'besparing'. Dit geval kan evenzeer in één van de andere verrijkingscategorieën gebracht worden. De gedaagde is immers bevrijd van een schuld zodat er sprake is van een toename van de waarde van diens vermogen.

5.2.5 Knelpunten bij de begroting van de verrijking

Bij de bespreking van de verschillende verrijkingstypen is al een begin gemaakt van de beantwoording van de vraag op welke wijze de omvang van de verrijking in een concreet geval moet worden bepaald. Per verrijkingstype is – voor zover mogelijk – een maatstaf geformuleerd waarmee de verrijking in een geldsom kan worden uitgedrukt. Voorts is er bij sommige verrijkingsfeiten een aantal mogelijke verrijkings*verweren* geschetst die de gedaagde zou kunnen voeren indien hij niet door de verrijking is gebaat. Toch zijn er met betrekking tot de omvang van de verrijking nog een aantal concrete problemen die tot enige hoofdbrekens aanleiding kunnen geven. In deze paragraaf worden deze knelpunten thematisch behandeld. In de *slipstream* van de bespreking van de verrijkingseis zal voorts aandacht worden gegeven aan de vermindering van de verrijking.

98 HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2329, *NJ* 2010/498 (Proav/Ava).

5.2.5.1 *Samenloop verschillende verrijkingstypen*

Wordt een verrijking als een toename van het vermogen gedefinieerd, dan is er – althans in theorie[99] – slechts één relevante begrotingsmaatstaf: de omvang van de verrijking moet worden bepaald aan de hand van een vermogensvergelijking. Een probleem is dat de maatstaf, doordat hij leunt op het ruime vermogensbegrip, niet altijd even zuiver is. Het inzicht dat een verrijking in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW, naast de vermogensvermeerdering, andere vormen kan aannemen en dat de verrijking telkens op een andere manier moet worden berekend ondervangt deze onzuiverheid. Een pluriform verrijkingsbegrip leidt echter tot een andersoortige moeilijkheid. Het kan voorkomen dat een specifieke verrijking onder meerdere categorieën valt, zodat verschillende begrotingsmaatstaven voor toepassing in aanmerking komen. Een dienst – de reparatie van een auto, het schilderen van andermans huis, een verbouwing – heeft een marktwaarde, maar kan tegelijkertijd tot een vermogensvermeerdering leiden. Moet de verrijking dan worden begroot op de marktwaarde van de dienst of is de vermogensvermeerdering die het gevolg is van de dienst leidend?[100]

Uit het *Winkelpand*-arrest valt af te leiden dat de stijging van de waarde van het bewerkte goed niet doorslaggevend is als het goed in het geheel niet in waarde is gestegen maar de gedaagde – in de woorden van de Hoge Raad – wél kosten heeft bespaard.[101] Nu de besparing in een geval als dit materiaal en arbeidsloon behelst, impliceert dit arrest dat de omvang van de verrijking gesteld kan worden op de waarde van het verwerkte materiaal en de verkregen dienst. Meer in het algemeen lijkt het mij een goed uitgangspunt dat, als één verrijkingsfeit beantwoordt aan meerdere verrijkingscategorieën, de maatstaf moet worden toegepast die de hoogste verrijking oplevert. Dit hoeft niet problematisch te zijn. Bedacht moet namelijk worden dat de verrijking niet meer dan de *maximale* omvang van de aansprakelijkheid markeert. De daadwerkelijke aansprakelijkheid kan – als de omstandigheden van het geval daar naar zijn – heel wel lager uitvallen.

Een voorbeeld. Als een huis wordt verbouwd, en daardoor de waarde van het huis stijgt met € 50.000 terwijl de waarde van de verbouwingswerkzaamheden € 20.000 bedraagt dan is de verrijking – bestaande uit de waardestijging van het pand – € 50.000. Van hieruit zijn er tenminste drie manieren waarop de aansprakelijkheid op de juiste maat kan worden gesneden. In de eerste plaats gaat de aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking nooit verder dan de schade van de verarmde; in dit voorbeeld zal die rond de € 20.000 liggen. In de tweede plaats moet de verrijking ongerechtvaardigd zijn; voor zover de waardestijging – de verrijking – eerder het gevolg is van de intrinsieke kwaliteit van het gebouw dan van de

99 Vgl. Damminga 2014, p. 204.
100 Vgl. Damminga 2014, p. 203-204.
101 HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD4745, *NJ* 2008/481 (Winkelpand).

verbouwing, dan is dat deel van de verrijking niet ongerechtvaardigd. In de derde plaats is de gedaagde slechts aansprakelijk *voor zover* dit redelijk is; de rechter kan oordelen dat de redelijkheid met zich brengt dat de gedaagde slechts schadevergoeding behoeft te betalen ten belope van de marktwaarde van de verrichte dienst.

5.2.5.2 Voordeel anders dan om niet verkregen; overige nadelen

Het is mogelijk dat tegenover de ontvangst van een voordeel een nadeel staat. Het kan zijn dat het voordeel anders dan om niet is verkregen.[102] Het kan ook zijn dat de verrijkingsgebeurtenis meer in het algemeen nadelige gevolgen met zich brengt.

Is de verrijking anders dan om niet verkregen, dan moet het geval waarin de gedaagde een tegenprestatie heeft verricht *jegens de verarmde* worden onderscheiden van de situatie waarin de gedaagde een tegenprestatie heeft verricht *jegens een ander dan de verarmde*. Is er een 'tegenprestatie' verricht jegens de verarmde dan zal de waarde daarvan in beginsel in mindering op de verrijking gebracht mogen worden. Als – bijvoorbeeld – een man en een vrouw ongehuwd samenwonen en de man geld en arbeidsuren steekt in de verbouwing van het huis van de vrouw dan is – onder omstandigheden – een verrijkingsactie denkbaar ter zake van deze verbouwing na de beëindiging van de relatie.[103] In een dergelijk geval is het evenzeer denkbaar dat een mogelijk stilzwijgende tegenprestatie van de vrouw – bijvoorbeeld: het verschaffen van kost en inwoning – op de verrijking in mindering gebracht mag worden.[104]

Ook als de tegenprestatie is verricht jegens een derde (d.w.z. een ander dan de verarmde) zal de waarde van deze prestatie in beginsel op de verrijking in mindering gebracht mogen worden. Dit is af te leiden uit het arrest *Hulshof/De Haan*.[105] Het ging in dit arrest om een verrijking in de vorm van een op de grond van Hulshof gebouwd vakantiehuis. De Hoge Raad oordeelde dat er alleen plaats voor een verrijkingsvordering is, als er na aftrek van betalingen aan derden nog iets van de verrijking over is. Toch is een pas op de plaats geboden. Is er een tegenprestatie verricht jegens een derde, dan zal de gedaagde die alleen in mindering op de verrijking mogen brengen, als hij op het moment van de tegenprestatie met een verrijkingsactie van de gedaagde geen rekening behoefde te houden.[106] Hoewel dit arrest niet één op één op deze situatie van toepassing is, leid ik dit af uit het arrest *Vermobo/*

102 Koolhoven 2011, p. 82.
103 Zie daarover par. 8.4.6.
104 Overigens is er ook een andere constructie denkbaar. De vrouw heeft in het geschetste geval wellicht een eigen verrijkingsactie ter zake 'van kost en inwoning' die ze met de vordering van de man kan verrekenen.
105 HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1519, *NJ* 2007/451 (Hulshof/De Haan B.V), r.o. 3.3.
106 Vgl. Koohoven 2011, p. 82 en p. 241.

Van Rijswijk.[107] In dit arrest mocht de man na het ontstaan van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking, niet de op de varkensstal betrekking hebbende betaling aan zijn zoon in mindering brengen omdat hij met een verrijkingsactie van de aannemer rekening behoorde te houden.[108] Het gaat er mijns inziens om dat i) de gedaagde wist of behoorde te weten dat er een verrijkingsactie in de lucht hing en ii) deze kennis hem van de tegenprestatie behoord te weerhouden (zie volgende deelparagraaf). Als aan deze twee eisen voldaan is, dan maakt het – mijns inziens – niet uit of de tegenprestatie vóór of na het verrijkingsfeit gedaan is.

Brengt de verrijkingsgebeurtenis naast voordelen ook nadelen met zich, dan moet daar rekening mee worden gehouden bij de begroting van de verrijking. De gedaagde mag door de verrijkingsaansprakelijkheid niet slechter af zijn, dan het geval zou zijn als de verrijking niet had plaats gevonden.[109] Loopt de gedaagde door de verrijking een schenking mis, dan kan de waarde daarvan in beginsel in mindering op de verrijking worden gebracht. Ook kan worden gedacht aan de situatie waarin de gedaagde door de verrijking méér vermogensbelasting heeft betaald, terwijl hij niet meer de mogelijkheid heeft om bezwaar tegen de belastingaanslag in te dienen. De grondslag voor deze nadeeltoerekening kan gevonden worden in een analoge (spiegelbeeldige) toepassing van artikel 6:100 BW.[110] Dit brengt met zich dat – voor zover dit redelijk is – eventuele met de verrijking samenhangende nadelen op de verrijking in mindering gebracht mogen worden.

5.2.5.3 Vermindering van de verrijking

De verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking ontstaat op het moment dat de gedaagde ten koste van de eiser ongerechtvaardigd is verrijkt.[111] Het kan gebeuren dat de verrijking nadien vermindert. Dit is bijvoorbeeld het geval als het verkregene in waarde is gedaald of als de verrijking niet meer in het vermogen van de gedaagde aanwezig is. Zou de gedaagde nu onverkort aansprakelijk zijn, dan zou hij in een slechtere positie komen dan het geval zou zijn geweest zonder de verrijkingsgebeurtenis. Dit is problematisch omdat de verrijkingsaansprakelijkheid geen schuldaansprakelijkheid is. Daarom mag aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking er – in beginsel – niet toe leiden dat de gedaagde er slechter van wordt dan het geval zou zijn als de verrijkingsgebeurtenis niet had plaats gevonden.[112]

---

107 HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, *NJ* 1994/172, m.nt. P. van Schilfgaarde (Vermobo/Van Rijswijk). Technisch gaat het in dit arrest om een vermindering van de verrijking nadat de verrijkingsverbintenis al is ontstaan.

108 HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, *NJ* 1994/172, m.nt. P. van Schilfgaarde (Vermobo/Van Rijswijk), r.o. 3.6.

109 Sagaert 2001, nr. 24.

110 Koolhoven 2011, p. 84.

111 Zie over deze problematiek ook Schrage 2017, nr. 118.

112 Sagaert 2001, nr. 24.

Het uitgangspunt is te vinden in artikel 6:212 lid 2 BW. Een vermindering van de verrijking wordt buiten beschouwing gelaten als de vermindering het gevolg is van een omstandigheid die niet aan de verrijkte kan worden toegerekend. Lid 3 stelt buiten twijfel dat het de verrijkte niet wordt toegerekend als de verrijking is verminderd in een periode waarin hij géén rekening met een verrijkingsactie behoefde te houden. De ratio van deze regel is te vinden in artikel 5:1 lid 2 BW waarin het beginsel tot uitdrukking komt, dat eenieder mag doen met zijn vermogen wat hij wil. Bij de toepassing van artikel 6:212 lid 3 BW moet voorts rekening gehouden worden met uitgaven die de gedaagde zonder diens verrijking niet zou hebben gedaan.

Bij de toepassing van lid 2 en 3 van artikel 6:212 lid 1 BW is vereist dat de verrijking *daadwerkelijk* is verminderd. Als een nagetrokken gebouw door een verzekering is gedekt, dan wordt wel geleerd dat artikel 6:78 BW analogisch moet worden toegepast.[113] Dit artikel regelt het geval waarin een niet toerekenbare tekortkoming de wanprestant een voordeel oplevert die hij niet zou hebben gehad als hij niet in een overmachtssituatie terecht zou zijn gekomen. In mijn optiek is het niet nodig om op artikel 6:78 terug te vallen omdat de vordering op de verzekering (en later de uitkering van de verzekeringspenningen) een verrijking is in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW. De verrijking is niet verminderd, de vorm is veranderd.

Een vermindering van de verrijking kan overigens tot complexe vraagstukken leiden. Wat een 'verminderende omstandigheid' met de omvang van de verrijking doet, hangt sterk af van de aard van de verrijking en de overige omstandigheden van het geval. Bestaat de verrijking uit een gebouw dat door de grond wordt nagetrokken, dan is de situatie betrekkelijk overzichtelijk. Vermindert de waarde van het gebouw met een x-bedrag, dan zal in de regel ook de verrijking met een x-bedrag verminderen. Maar zodra de verrijking een complexere vorm aanneemt, en zodra schadevergoeding in natura mogelijk is, wordt het minder eenduidig. Om dit te illustreren geef ik een casus van Vriesendorp en diens uitwerking daarvan weer:[114]

> 'Stel dat de verrijking het gevolg is van vermenging van twee partijen chemicaliën, toebehorend aan A en B, waarvan de ene als bestanddeel kan worden aangemerkt (art. 5:15 jo. 5:14 lid 1). De ene partij (van A) had op de dag van vermenging een waarvan van € 1000, de andere (van B) een waarde van € 75.000. De waarde van de nieuwe zaak van B bedraagt € 100.000. Hoewel de verrijking van B als gevolg van de vermenging kan worden gesteld op € 25.000, is de schade van A slechts € 1000. Dientengevolge is B gehouden A een bedrag van € 1000 te betalen. Dit wordt niet anders indien de partij van A op een later tijdstip veel meer (bijvoorbeeld € 10.000) waard zou zijn geweest. Dit verandert evenmin als de vermengde partij later een veel grotere waarde krijgt. Als de vermengde partij daarentegen minder waard wordt dan € 75.000 is de verrijking van B verdwenen. In beginsel behoudt A toch zijn schadeclaim van € 1000, tenzij de vermindering niet aan B kan worden toegerekend. Wanneer die partij door bijvoorbeeld het instorten van de markt nog maar € 60.000 waard is, brengt art. 6:212 lid 2 mee dat de oorspronkelijke verrijking van B van € 25.000 geheel buiten beschouwing blijft. In dit geval is er van een schadevergoedingsverplichting voor B jegens A geen sprake.'

113 M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 11.

114 Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 321.

Indien de vermengde partij € 60.000 waard is dan blijft volgens Vriesendorp schadevergoeding geheel achterwege omdat de partij chemicaliën minder waard is dan de partij chemicaliën die B oorspronkelijk had (tenzij de vermindering aan de gedaagde kan worden toegerekend). Hier kan anders over worden gedacht. Voorop staat dat het steeds om een partij chemicaliën van B gaat. Vóór de vermenging heeft hij een onvermengde partij die € 75.000 waard is; na de vermenging heeft hij een vermengde partij die – uiteindelijk, na het instorten van de markt – nog maar € 60.000 waard is. Hier kan niet zonder meer worden gezegd dat de verrijking tot 'nul' gereduceerd is. De vraag wat er na de waardedaling van de partij chemicaliën van de verrijking van B over is, hangt af van de waarde die de onvermengde partij – na het instorten van de markt – zou hebben gehad. Zou die partij € 60.000 of meer waard zijn, dan zou B inderdaad niet verrijkt zijn. Maar als de onvermengde partij chemicaliën in dat geval slechts € 50.000 waard zou zijn, dan is diens verrijking € 10.000 en is hij verplicht de schade van A te vergoeden. Het springende punt is dat B in het laatste geval nog steeds voordeel heeft van de partij chemicaliën die voorheen aan A toekwam. Maar ook in het eerste geval, waarin B niet verrijkt is door de chemicaliën van A, is schadevergoeding nog niet geheel uit zicht. A kan – indien dit technisch mogelijk is – ontmenging en restitutie van 'zijn' chemicaliën vorderen tegen betaling van de kosten van ontmenging. De rechter heeft een discretionaire bevoegdheid om deze vordering toe te wijzen op de voet van de redelijkheidstournure in artikel 6:212 lid 1 BW in combinatie met artikel 6:103 BW.[115]

5.2.5.4 Vermeerdering van de verrijking

In de literatuur wordt terecht opgemerkt dat een verrijking in de loop van de tijd niet alleen kan verminderen, maar evenzeer kan vermeerderen.[116] Aangenomen wordt dat die vermeerdering dan in wezen een nieuwe verrijking is die naar de regel van artikel 6:212 lid 1 BW tot een nieuwe verrijkingsaansprakelijkheid kan leiden.[117] Hoewel deze zienswijze in abstracto juist is, kan deze in concreto tot dogmatische moeilijkheden leiden omdat een verrijking lang niet altijd in één ondeelbaar tijdsmoment ontstaat. Integendeel. Het gebruik van een zaak bijvoorbeeld, strekt zich over een langere periode uit: elk uur neemt de verrijking toe. Maar ook een klassiek natrekkingsgeval kan aan een vergelijkbaar euvel lijden. Een huis komt niet bij toverslag op de grond te staan. Op het moment dat het onvoltooide bouwwerk door de grond wordt nagetrokken kan de grondeigenaar reeds ongerechtvaardigd zijn verrijkt met het onvoltooide bouwwerk. Diens verrijking wordt vervol-

115 Zie par. 5.3.9.

116 T&C Burgerlijk Wetboek, commentaar op artikel 212 Boek 6 BW (Jac. Hijma), nr. 6.; M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 11.

117 T&C Burgerlijk Wetboek, commentaar op artikel 212 Boek 6 BW (Jac. Hijma), nr. 6.; M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 11.

gens per nagetrokken baksteen groter. Nu lijkt het mij niet aansprekend om in het geval van 'gebruik' en in het geval van 'natrekking' aan te nemen dat er talloze kleine verrijkingsverbintenissen ontstaan (met elk een andere verjaringstermijn). Het zal er in mijn optiek voor moeten worden gehouden dat er ter zake van één verrijkingsgebeurtenis één verrijkingsverbintenis ontstaat. Wanneer een gebeurtenis als één gebeurtenis te gelden heeft, is een kwestie van waardering. Treedt er een nieuwe gebeurtenis in, dan is dat een nieuw verrijkingsfeit dat op artikel 6:212 lid 1 BW moet worden getoetst. Eén en ander lijkt mij overigens ook de strekking van de voormelde opvatting in de literatuur.

5.3 Schade

5.3.1 Inleiding

Anders dan de verbintenis uit onverschuldigde betaling, die op grond van artikel 6:203 BW strekt tot ongedaanmaking, strekt de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking primair tot *schadevergoeding*.[118] De ongerechtvaardigd verrijkte gedaagde moet, voor zover dit redelijk is, de schade van de verarmde eiser vergoeden tot maximaal het bedrag waarmee hij ten koste van de eiser ongerechtvaardigd is verrijkt. Dit betekent dat de gedaagde alleen op de voet van artikel 6:212 lid 1 BW aansprakelijk is, als door de eiser schade is geleden die in verband met de ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde kan worden gebracht. Schade is daarmee een van de vereisten voor aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking. In deze paragraaf staat de vraag centraal, hoe het schadevereiste uit artikel 6:212 lid 1 BW moet worden opgevat. Daarbij zullen we zien, dat er in de literatuur kritiek is geformuleerd op dit schadevereiste. De grief is met name, dat een algemene verrijkingsactie in het teken behoort te staan van de ongedaanmaking van een ongerechtvaardigde verrijking, in plaats van het vergoeden van de door de eiser geleden schade. En passant zal op deze kritiek worden ingegaan.

118 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/462; M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 7; Hartlief 2012, nr. 16; Wissink 2002, p. 40. Verderop zullen we echter zien, dat de strekking van de schadevergoedingsverbintenis, is gelegen in het ongedaan maken van een ongerechtvaardigde verrijking. Zie par. 5.3.

5.3.2 De vereiste schade

5.3.2.1 Algemeen

De eiser moet *schade* hebben geleden. Ditzelfde wordt ook wel zo aangeduid dat de eiser verarmd moet zijn.[119] Hier zien we eigenlijk al een zekere spanning. Vanuit een wettelijk oogpunt is het het meest zuiver om van *schade* te spreken, omdat dit een kernbegrip in het vermogensrecht is waar een afzonderlijke regeling aan is gewijd. Vanuit een meer teleologisch/taalkundig oogpunt is het wellicht zuiverder om van verarming te spreken, omdat verarming het tegenovergestelde – de keerzijde – van de opgetreden verrijking is.

Helemaal neutraal is de aanduiding van het vereiste ondertussen niet. Schade is een juridisch geladen begrip. Zou de wet het woord 'verarming' hebben gebruikt, dan zou het schadevergoedingsrecht niet, of slechts naar analogie, op de verrijkingsactie van toepassing zijn. Nu is de verrijkingsactie – hoe we dat ook waarderen – tevens een schadevergoedingsactie. Anders dan in de rest van het boek (waar ook de term verarming gebruik wordt) zal hier dan ook consequent over schade gesproken worden omdat hier de juridisch-technische vraag centraal staat, wat schade in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW betekent.

Waaraan kan worden gedacht bij schade in een verrijkingsrechtelijke context? In mijn optiek zijn de schadeposten die in het verrijkingsrecht voor vergoeding in aanmerking komen dezelfde als voor andere aansprakelijkheidsgronden (zij het dat de verrijking als limiet geldt).[120] In de literatuur wordt met name de vermogensvermindering (vermogensschade) genoemd als schadepost.[121] Dit zal inderdaad het vaakst voorkomen. Daarbij wordt gedacht aan de afname van de activa – het verlies van geld en goed – of een toename van schulden.[122] Vermogensschade kan voorts bestaan uit gederfde winst (dat niet noodzakelijk met een afname van de activa of een toename van de passiva hoeft samen te vallen).

---

119 Zie bijvoorbeeld: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/463; Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 312, M.W. Scheltema, in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 4; Schrage 2017, nr. 122 e.v.; Van Maanen 2001, p. 13-15; Wissink 2002, p 13 (en op verschillende andere plaatsen in het preadvies).

120 Iets anders is dat letsel- of overlijdensschade niet of nauwelijks zal voorkomen, maar áls het voorkomt, dan komt in mijn optiek ook zulke andersoortige schade dan vermogensschade voor vergoeding in aanmerking. In dit verband kan met name gedacht worden, aan de in hoofdstuk 10 besproken delictuele verrijkingsaansprakelijkheid op grond waarvan de gedaagde – in het verlengde van de in de wet geregelde risicoaansprakelijkheden –aansprakelijk kan zijn voor een rechtmatige gevaarzetting.

121 Scheltema, in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 4; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/463; Hartlief 2012, nr. 19.

122 Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 312; Van Maanen 2001, p. 12. Hartlief 2012, nr. 19; zie voor een nader overzicht van concrete schadeposten Koolhoven 2011, p. 48-60.

Geregeld zal de schade als te nemen horde geen moeilijkheden van theoretische aard opleveren (qua stelplicht en bewijslast kan het schadevereiste uiteraard wél een lastige klip zijn).[123] Verbouwt een huurder het huis van de verhuurder, dan komen de verbouwingskosten als schadepost in aanmerking. Betaalt de eiser de schuld van de gedaagde en wenst hij de gedaagde aan te spreken op grond van ongerechtvaardigde verrijking, dan is het door de eiser betaalde bedrag zijn schade.

In sommige gevallen levert het schadevereiste meer moeilijkheden op. Heeft de eiser schade geleden die veel vrije tijd heeft gestoken in de verbouwing van de woning van de gedaagde waarmee hij of zij voorheen samen heeft gewoond? In de rechtspraak is uitgemaakt, dat dit alleen zo is, indien de eiser de uren te gelde had kunnen maken met betaald werk elders.[124] In de lagere rechtspraak is het omstreden of deze 'strenge' toets óók geldt, indien de eiser – feitelijk – heeft gewerkt in de onderneming van de eiser in het kader van een affectieve relatie.[125] In mijn optiek verdient het de voorkeur in een dergelijk geval wél schade aan te nemen. Als de eiser in het bedrijf van de levenspartner werkt, moet – onder normale omstandigheden – worden aangenomen dat hij ook terecht zou hebben gekund op de arbeidsmarkt.[126] Bovendien kan – zoals we hieronder zullen zien – meer fundamentele kritiek worden geuit op het criterium van de alternatieve aanwendbaarheid.

5.3.2.2 Meerpartijenverhouding

Van Maanen heeft nog op het volgende probleem gewezen.[127] Heeft de eiser schade als hij op een ander dan de verrijkte gedaagde een vordering heeft? Kan aannemer Quint, bijvoorbeeld, Heinrich te Poel aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking voor een winkelpand dat hij op diens grond heeft gebouwd, wanneer hij een vordering op zijn contractuele

123 Zie bijvoorbeeld. Rb. Zutphen 11 april 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW9378, r.o. 3.4. Een verrijkingsaanspraak van een energieleverancier wordt afgewezen, omdat de maatschappij niet inzichtelijk wilde maken wat de kostprijs van de geleverde energie is en aldus – volgens de rechtbank – onvoldoende had gesteld. De eiser had er overigens beter aan gedaan een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling in te stellen, op grond waarvan schade géén vereiste is. Zie bijvoorbeeld: Hof Den Bosch 27 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4293. Zie over samenloop ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling: par. 8.3.1.

124 HR 11 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC1957, *NJ* 1986/622, m.nt. W.C.L. van der Grinten (Baartman/Huijbers); Hof Leeuwarden 27 maart 2002, ECLI:NL:GHLEE:2002:AF3668, *NJ* 2002/575.

125 Wél schade is aangenomen in: Hof Den Bosch 3 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW0990, *JPF* 2013/29, m.nt. B.E. Reinhartz. Zie echter: Rb. Assen 20 juni 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BW9881 die van oordeel is, dat de vrouw die jarenlang in het boerenbedrijf van haar wederhelft heeft gewerkt geen schade heeft geleden. Zie daarover: par. 8.4.6.

126 Zie Schrage 2017, nr. 122 en het aldaar vermelde Franse precedent.

127 Van Maanen 2001, p. 13-15; Engelhard & Van Maanen 1998, p. 13; Van Maanen 2001b, p. 490-491. Zie voor een toepassing: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1991

wederpartij – Hubertus te Poel – heeft?[128] Van Maanen heeft betoogd dat dit niet het geval is omdat aannemer Quint geen schade heeft geleden: voor de bouw van het winkelpand heeft hij immers een vorderingsrecht verkregen op Hubertus te Poel, zodat hij er – althans in beginsel – per saldo niet op achteruit is gegaan.[129]

Wissink heeft Van Maanen – in mijn optiek overtuigend – bestreden.[130] De door Van Maanen verdedigde zienswijze is volgens Wissink alleen mogelijk als aan de verrijkingsactie een andere – meer subsidiaire – status wordt toegeschreven dan aan de overige bronnen van verbintenissen.[131] In het kader van de onrechtmatige daad kan evenmin worden gezegd, dat iemand geen schade heeft omdat hij voor dezelfde schade een aanspraak heeft uit ongerechtvaardigde verrijking tegenover een derde. Waarom zou dit omgekeerd dan wel mogelijk zijn? De Hoge Raad geeft er in het *Setz/Brunings*-arrest blijk van, dat het enkele feit dat de eiser ook een vordering uit wanprestatie tegenover een derde heeft, niet noodzakelijk aan de verrijkingsaansprakelijkheid van de gedaagde in de weg hoeft te staan.[132]

Een vergelijkbaar oordeel gaf de Hoge Raad in *Prowi Project en Winkelinterieurs/Doli beheer – Lido beheer c.s.*[133] Wanneer de gedaagde ten onrechte vorderingen int, die aan de eiser toebehoren, dan is – ook als de schuldenaren niet bevrijdend aan de gedaagde hebben betaald en de eiser dus een vordering op hen behoudt – niet uitgesloten dat de eiser schade heeft geleden. 'Het feit', zo overweegt de Hoge Raad, 'dat die schuldenaren reeds betalingen hebben verricht, doet immers dusdanig voor de hand liggen dat de curator moeilijkheden zal ondervinden bij het alsnog innen van de vorderingen, met de kans dat die vorderingen niet meer (volledig) kunnen worden geïnd, dat een andersluidend oordeel motivering behoeft.'[134]

Zoals bij de bespreking van artikel 6:100 BW echter zal blijken, kan er wel enige betekenis worden toegekend aan het feit, dat de eisende partij een vordering heeft op een ander dan de gedaagde verrijkte.

5.3.2.3 Problematische gevallen

Er zijn gevallen, waarin het schadevereiste aan aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking in de weg ligt of waarin het schadevereiste (op het eerste gezicht) aan aansprakelijkheid in de weg lijkt te liggen.

---

128 Vrij naar: HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, *NJ* 1959/548, m.nt. D.J. Veegens (Quint/Te Poel).

129 Deze redenering wordt toegepast in: Rb. Arnhem 15 juli 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ6227, *NJF* 2009/410, r.o. 4.5.

130 Wissink 2002, p. 33-36.

131 Zie over de subsidiariteit: par. 4.3.3.

132 HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7249, *NJ* 1997/719, m.nt. Jac Hijma (Setz/Brunings), r.o. 3.4.2.

133 HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ0517, *RvdW* 2013/480 (Prowi Project/Doli beheer).

134 Zie r.o. 3.6.

Zonder de pretentie van volledigheid, kan gedacht worden aan de volgende gevallen.

(i) Kwestieus is, of de eiser schade heeft geleden indien de gedaagde onbevoegd gebruik heeft gemaakt van een zaak of recht van de eiser, in een geval waarin de eiser níet van plan was de zaak of het recht te gebruiken of te exploiteren. Als de waarde van de zaak of het recht niet verminderd is, dan lijkt er *prima facie* geen schade te zijn. Het vermogen van de eiser is dan immers niet verminderd. Artikel 6:104 BW – op grond waarvan de schade bij onrechtmatige daad en wanprestatie kan worden begroot op de winst – biedt geen remedie omdat voor die bepaling vereist is, dat er in ieder geval enige schade moet zijn aan de kant van de eiser.[135] Illustratief is het geval waarin de eigenaar van een aantal meerpalen moest meemaken dat de gedaagde jarenlang – bedrijfsmatig – diens duwbakken aan zijn meerpalen had aangemeerd. Zowel de vordering op grond van onrechtmatige daad als die op grond van ongerechtvaardigde verrijking slaagde niet. De eigenaar van de meerpalen kon niet aantonen dat hij schade had geleden.[136]

(ii) Iets soortgelijks geldt, indien de eiser een inbreuk maakt op het recht van de gedaagde en de eiser daardoor winst maakt die in geen verhouding staat met de schade die de eiser door de inbreuk heeft geleden. Een boulevardblad schendt het portretrecht van de eiser en ziet – dankzij de bijdrage over de eiser – de oplage stijgen en daarmee de winst.[137] De verrijkingsactie (of de onrechtmatige daad) slaagt hier slechts voor zover de eiser schade hard kan maken. De schade kan in het kader van artikel 6:104 BW (bij de vordering uit hoofde van onrechtmatige daad) niet altijd worden begroot op de volle winst, omdat de winst de schade niet in aanmerkelijke mate mag overtreffen.

(iii) Een ander geval is een casus waarin op de eiser tegen een 'aanneemsom' van € 100.000 een moordaanslag is gepleegd.[138] Uiteraard zal de gedaagde aansprakelijk zijn voor het door de eiser geleden letsel. Ook smartengeld zal dan in beeld zijn. Maar daarbovenop zal de eiser geen verrijkingsactie hebben ter zake van de door de gedaagde ontvangen premie. Die claim stuit af op het schadevereiste. Hier zal artikel 6:104 BW in het geheel geen soelaas bieden om naast de letselschade de winst af te romen.

Dit soort gevallen, waarin verrijkingsaansprakelijkheid door de vereiste schade níet of moeilijk kan worden geconstrueerd, hebben ertoe geleid dat verschillende auteurs hun vraagtekens hebben geplaatst bij de legitimiteit

135 Asser/Sieburgh 6-II 2017/105; HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1202, *NJ* 1995/421, m.nt. Brunner (De maatschap Waeyen-Scheers/Naus), r.o. 3.4; HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, *NJ* 2015/33, m.nt. T. Hartlief (Setel N.V./AVR Holding N.V.), r.o. 3.3.2; HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *NJ* 2015/32, m.nt. T. Hartlief (Doerga/Ymere), r.o. 3.6.

136 Rb. Oost-Brabant 8 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:2854, *NJF* 2016/348, r.o. 4.3.

137 Daarover: Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 312; Schoordijk 1977, p. 32; Linssen 2001, p. 595 e.v.

138 Voorbeeld gevonden bij Van Boom 2002, p. 106.

van het schadevereiste. Voordat de vraag zal worden beantwoord wat de verrijkingsactie ex artikel 6:212 BW (en het overige vermogensrecht) voor de zojuist aangestipte gevallen te bieden heeft, wordt eerst aandacht geschonken aan deze kritiek.[139]

5.3.3 Een omstreden vereiste

In een zeer erudiete, breed opgezette rechtsvergelijkende beschouwing, betoogt Linssen dat het schadevereiste geschrapt zou moeten worden.[140] Volgens hem zou het verrijkingsrecht niet om schadevergoeding moeten draaien. Linssen schrijft:

> 'Door de schade-eis wordt […] ten onrechte voorbij gegaan aan de volstrekt verschillende functies van het verrijkings- en het schadevergoedingsrecht. In het schadevergoedingsrecht gaat het om de vermogenspositie van de schuldeiser. Zijn nadeel dient gecompenseerd te worden. In het verrijkingsrecht gaat het niet om het nadeel van de schuldeiser, maar om het voordeel aan de zijde van de schuldenaar. Dit voordeel dient aan de schuldeiser te worden terug- en/ of afgegeven, omdat het objectief bezien aan hem en niet aan de schuldenaar toebehoort.'[141]

Het komt er volgens hem op aan of de gedaagde – *sine causa* – rechten of bevoegdheden heeft verkregen, gebruikt, uitgeoefend of geëxploiteerd die exclusief toebehoren of voorheen toebehoorden aan de rechthebbende (de eiser).[142] Is dat het geval, dan behoort de eiser een aanspraak te hebben uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, ongeacht het antwoord op de vraag of hij ook schade heeft geleden. Daarbij denkt hij niet alleen aan het onbevoegde gebruik van andermans zaak,[143] maar ook aan de schending van persoonlijkheidsrechten,[144] het oneigenlijk gebruik van bedrijfsgeheimen,[145] sommige gevallen van contractsbreuk,[146] enzovoorts.[147] Thans staat het schadevereiste volgens Linssen aan een deugdelijk systeem van voordeelsafgifte in de weg. In de huidige staat van artikel 6:212 lid 1 BW, kan er in de visie van Linssen (zoals we nog zullen zien) – door het schadevereiste – in geen van de hierboven als problematisch opgevoerde gevallen verrijkingsaansprakelijkheid worden aangenomen.[148]

---

139 Zie over deze discussie ook Schrage 2017, nr. 124.
140 Linssen 2001, p. 494 en p. 536-537.
141 Linssen 2002, p. 66-67.
142 Linssen 2001, p. 494 en p. 544-545
143 Linssen 2001, p. 589-591.
144 Linssen 2001, p. 595-601.
145 Linssen 2001, p. 591-595.
146 Linssen 2001, p. 606 e.v.
147 Zie voor een schat aan verdere voorbeelden: p. 585-628.
148 Zie daarover par. 5.3.5.

Van Boom schat de mogelijkheden van het schadevergoedingsrecht ruimer in dan Linssen,[149] maar ook hij is van mening dat er soms – afhankelijk van de strekking van de geschonden norm – behoefte kan bestaan aan wat hij noemt 'verarmingsoverstijgende' verrijkingsafdracht.[150] Met name als de gedaagde opzettelijk een norm schendt. Van Boom noemt – naast vele andere voorbeelden – het geval waarin iemand in de boulevardpers zodanig beledigd is, dat dit een onrechtmatige daad van 'het blad' oplevert.[151] Het is dan kiezen tussen twee kwaden: of de eiser krijgt een groter bedrag dan zijn daadwerkelijke geleden schade, of de gedaagde – de dader – houdt iets aan zijn afkeurenswaardige gedrag over.[152] Van Boom kiest voor het eerste alternatief.

Verder is verarmingsoverstijgende verrijkingsafdracht volgens Van Boom soms 'verkieslijker' uit het oogpunt van preventie. In gevallen waarin de gedaagde een zaak van een ander gebruikt, acht hij het – zoals we nog zullen zien (en anders dan Linssen) – mogelijk dat de schade wordt begroot op een redelijke gebruiksvergoeding. Alleen dit gaat niet altijd ver genoeg. Als de gedaagde slechts een gebruiksvergoeding boven het hoofd hangt, dan is het voor hem voordelig om niet te contracteren en stiekem andermans zaak of recht te gebruiken. In het slechtste geval moet hij immers de reguliere prijs betalen en in het voor hem beste geval helemaal niets. Een vergoeding van de gemaakte winst kan vanuit een oogpunt van preventie aangewezen zijn, aldus nog steeds Van Boom.[153]

De argumenten die Linssen en Van Boom aanvoeren voor de schrapping van het schadevereiste zijn aansprekend. Daar komt bij, dat schrapping van het schadevereiste past bij de aanvullende functie van de verrijkingsactie. Thans is het mogelijk, dat iemand ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander in omstandigheden waarin ongedaanmaking van die verrijking op zichzelf redelijk zou zijn als bedoeld in artikel 6:212 lid 1 BW, zonder dat de eiser daadwerkelijk een verrijkingsaanspraak toekomt vanwege het feit dat hij géén schade heeft geleden. Een bepaalde inpassingstechniek van de wetgever – de aansluiting bij het schadevergoedingsrecht bij de vormgeving van de verrijkingsactie – leidt goed bezien tot een potentiële verrijkingsrechtelijke leemte, in die zin dat het vermogensrecht in bepaalde gevallen een ongerechtvaardigde verrijking van de een ten koste van de ander laat voortbestaan. In mijn optiek zou de wetgever het schadevereiste daarom uit het BW kunnen schrappen.

Het is echter een rechtspolitieke keuze, die aan de wetgever is voorbehouden.[154] Niet kan met Damminga worden gezegd, dat artikel 6:212 lid 1 BW zo gelezen kan worden, dat het schadevereiste er vooral toe dient om

149 Van Boom 2002, p. 80-81.
150 Van Boom 2002, p. 76 e.v.
151 Van Boom 2002, p. 109.
152 Van Boom 2002, p. 81.
153 Van Boom 2002, p. 105.
154 Van een echte weeffout kan niet gesproken worden. Zie Van der Linden 2017, p. 253.

aan te wijzen wie als eisende partij op kan treden, zonder dat de eis enige echte schade vereist.[155] Zodra het voordeel, zoals dat door de gedaagde is behaald, afkomstig is uit het vermogen van de eiser, is volgens Damminga aan het schadevereiste voldaan ongeacht het werkelijk geleden nadeel. Dit is niet goed verdedigbaar,[156] ook niet als het toepassingsbereik van de actie, zoals Damminga bepleit, wordt beperkt tot schending van exclusieve rechtsposities. De wetgever laat niet per ongeluk en zonder verdere betekenis het woord 'schade' vallen, nu dit één van de kernbegrippen van het burgerlijk recht is, waar bovendien een eigen regeling (6:95-6:110 BW) aan is gewijd.[157]

Dat ongerechtvaardigde verrijking als bron van verbintenissen is geplaatst binnen het schadevergoedingsrecht heeft ondertussen ook aantrekkelijke kanten. Enerzijds bieden de bijzondere regels van het schadevergoedingsrecht de gedaagde een aantal concretere – meer gearticuleerde – aanknopingspunten om zich tegen een verrijkingsaanspraak van de eiser te verweren dan het – abstracte – redelijkheidsvereiste dat doet.[158] Anderzijds biedt artikel 6:103 BW de rechter ruime mogelijkheden om de aansprakelijkheid zo vorm te geven, dat zowel recht wordt gedaan aan het belang van de eiser, als dat van de gedaagde. Verderop zal op deze punten nader worden ingegaan.[159]

5.3.4 Strekking verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis

Thans maakt het schadevereiste deel uit van de verrijkingsregeling en zullen we moeten omgaan met de grenzen die deze eis stelt. De vraag kan echter worden gesteld, waar deze grenzen precies lopen. Hier is het niet vruchtbaar om, met Linssen, de tegenstelling tussen het verrijkingsrecht en het schadevergoedingsrecht te onderstrepen.[160]Bedacht moet namelijk worden, dat de aard van de aansprakelijkheid, van invloed kan zijn op de wijze waarop de regels en beginselen van het schadevergoedingsrecht moeten worden toegepast.[161] Voordat de opgesomde moeilijke gevallen besproken worden,[162] is het goed stil te staan bij de strekking van de verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis.

Doorgaans strekt een schadevergoedingsverbintenis ertoe om de benadeelde zoveel mogelijk in de situatie te brengen, waarin hij zou verkeren als de normschending nooit zou hebben plaatsgevonden.[163] Daarom heeft de

155 Damminga 2014, p. 210-211.
156 In gelijke zin: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/462.
157 De wetgever verklaart de regels van het schadevergoedingsrecht expliciet op de verrijkingsverbintenis van toepassing, zie: PG Boek 6, p. 831.
158 Zie par. 5.3.6-5.3.10
159 Zie par. 5.3.9.
160 Zie het begin van de vorige paragraaf.
161 Asser/Sieburgh 6-II 2017/6; Lindenbergh 2014, nr. 24.
162 Zie par. 5.3.5.
163 Asser/Sieburgh 6-II 2017/31; Lindenbergh 2014, nr. 10.

benadeelde in de regel recht op *volledige* schadevergoeding.[164] Het is een vertrekpunt dat vervolgens door de regels van artikel 6:95 BW tot en met 6:110 BW op punten wordt genuanceerd. De verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking heeft echter van meet af aan een andere strekking. De aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking berust, zoals Hartkamp uiteen heeft gezet, niet – althans niet per definitie – op een gebeurtenis waarin er een norm is geschonden die tot de schade heeft geleid, maar op de toestand dat de gedaagde ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de eiser.[165] De verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis strekt ertoe, die toestand – de ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser – ongedaan te maken. Schadevergoeding is het middel, ongedaanmaking van de ongerechtvaardigde verrijking – restitutie – het doel.[166] Het beginsel van volledige vergoeding geldt daarom *níet* voor de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking.[167] Enerzijds gaat de schadevergoedingsplicht nimmer de omvang van de verrijking te boven. Anderzijds wordt de ongerechtvaardigd verrijkte gedaagde slechts veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding voor zover dit redelijk is.

Naast dit normatieve verschil, is er een meer feitelijk verschil tussen aansprakelijkheid op grond van (bijvoorbeeld) artikel 6:162 BW en artikel 6:212 BW. In een doorsnee geval uit het aansprakelijkheidsrecht is er in de regel sprake van schade in absolute zin. Er is een huis ingestort. Eén van de twee, de eiser óf de gedaagde, draagt de schade (of zij moeten elk een gedeelte dragen in het kader van – bijvoorbeeld – eigen schuld). Bij een geval van ongerechtvaardigde verrijking is er echter niet alleen sprake van 'een min' (schade) aan de kant van de eiser, maar – per definitie – ook van 'een plus' (een verrijking) aan de kant van de gedaagde. De eiser bouwt een woning op de grond van de gedaagde; de gedaagde lijdt schade (hij verliest 'een huis') maar de eiser is erop vooruitgegaan (hij is eigenaar geworden van het huis dat de eiser 'verloren' heeft). De vraag is hoe het schadevergoedingsrecht met deze 'plus' moet omgaan en wat de betekenis is van het doel van de verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis (ongedaan maken van een ongerechtvaardigde verrijking) voor de leerstukken van het schadevergoedingsrecht. Deze vragen komen nu aan de orde.

---

164 Asser/Sieburgh 6-II 2017/32; Lindenbergh 2014, nr. 11; Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding (Hartlief), nr. 196; Klaassen 2017, nr. 6.

165 Hartkamp 2001, p. 314-315.

166 Vgl. Hartkamp 2001, p. 315: 'Het a-typischkarakter van die schadevergoedingsgrond is waarschijnlijk gelegen in het feit dat de ongerechtvaardigde verrijking "eigenlijk" geen grond voor schadevergoeding, maar voor ongedaanmaking van een verrijking is; in geen ander land dan Nederland (óók niet in Frankrijk, waar men wèl een verarming eist) wordt zij als een schadevergoedingsregeling gezien.'.

167 Lindenbergh 2014, nr. 12.

5.3.5 Vaststelling en begroting van schade

Over het algemeen zullen gevallen van ongerechtvaardigde verrijking niet anders behandeld hoeven te worden dan andere gevallen van zuivere vermogensschade. Zoals we hebben gezien, zijn er echter verschillende gevallen van ongerechtvaardigde verrijking, waarin het schadevereiste in ieder geval *prima facie* in de weg lijkt te staan aan een bevredigende oplossing. Het is nu tijd om deze gevallen te analyseren. Daarbij kan rekening worden gehouden met het doel en het bijzondere karakter van de verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis.

5.3.5.1 Gebruik andermans zaak of recht

De eerste groep gevallen betreft de situatie, waarin de gedaagde onbevoegd een zaak of recht van de eiser heeft gebruikt of geëxploiteerd. Hoe moet het oordeel van de Rechtbank Oost-Brabant worden gewaardeerd, dat de eigenaar van de meerpalen geen aanspraak op grond van ongerechtvaardigde verrijking (of onrechtmatige daad) heeft jegens degene die een tijdlang – ongevraagd – diens duwbakken op zijn meerpalen heeft aangemeerd, vanwege de omstandigheid dat de eigenaar door het onbevoegde gebruik geen schade heeft geleden?[168] En wat, als de gedaagde een vakantiehuis van de eiser heeft gekraakt en het huis in keurige staat heeft achtergelaten en de eiser niet van plan was het te exploiteren of anderszins te gebruiken?[169] Moet dan worden gezegd dat de eiser geen schade heeft geleden en dat hem een verrijkingsaanspraak moet worden ontzegd? Hoe moet, meer in het algemeen, worden omgegaan met gevallen, waarin de gedaagde onbevoegd en ongevraagd gebruik heeft gemaakt van de zaak of het recht van de eiser?

In de literatuur is er een stroming, die leert dat de schade in dit soort gevallen op een abstracte wijze mag worden begroot.[170] De stroming sluit aan bij de in artikel 6:97 BW neergelegde regel, op grond waarvan de rechter de schade moet begroten op een wijze die met de aard van de schade in overeenstemming is. De rechter is daarbij de vrijheid toegekend, om de schade abstract vast te stellen als dit passend is.[171] Geabstraheerd wordt dan van de omstandigheid dat iemand zijn zaak of recht niet kón exploiteren (bijvoorbeeld vanwege een slechte markt) of van de omstandigheid dat de rechthebbende (om wat voor reden dan ook) de zaak of het recht niet wilde exploiteren. De rechthebbende wordt de vergoeding gegund die hij zou hebben ontvangen indien de gedaagde met hem zou hebben gecontracteerd.

---

168 Rb. Oost-Brabant 8 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:2854, *NJF* 2016/348, r.o. 4.3.

169 Voorbeeld ook gebruikt door Damminga. Zie Damminga 2014, p. 178.

170 De nu volgende passages over het gebruik van andermans zaak of recht zijn grotendeels ontleend aan een eerdere publicatie van mijn hand. Zie: Van der Linden 2017, p. 248-252. Op zijn beurt was dit artikel overigens geïnspireerd op het manuscript van dit boek.

171 Klaassen 2017, nr. 10.2; S.D. Lindenbergh in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:97 BW, aant. 27; Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding (Hartlief), nr. 206.

Dat er in wezen geen concrete schade is, wordt op de koop toegenomen. Het is een oplossing die door Schoordijk is aangedragen,[172] al lijkt ook de geestelijk vader van de Nederlandse algemene verrijkingsactie – Bregstein, die in 1927 op 'Ongegronde vermogensvermeerdering' promoveerde – van hetzelfde gevoelen.[173]

In zijn preadvies heeft Van Boom deze zienswijze indringend voor het voetlicht gebracht:[174]

> 'Een autohuurder die de gehuurde auto zonder toestemming nog een dag langer onder zich houdt, is in die opvatting (ten minste) een gebruikelijke vergoeding verschuldigd. Gesteld dat de huurder betaling daarvan weigert met het verweer dat de auto toch niet zou zijn verhuurd en er in zoverre dus geen inkomsten zijn misgelopen, dan zeggen we – zelfs als dit verweer feitelijk juist is – toch niet tegen de verhuurder: "inderdaad, u heeft geen schade, en ontvangt dus niets"? Integendeel, dan abstraheren we van dat gegeven en stellen we de schade op het redelijke huurtarief. Enerzijds omdat de schade wordt vastgesteld aan de hand van vergelijking met de situatie waarin de profiteur wél had gecontracteerd en anderzijds omdat we binnen art. 6:95 BW e.v. mogen abstraheren van dergelijke omstandigheden.'

Enkele jaren geleden is er een arrest gewezen dat in de verte aan het voorbeeld van Van Boom doet denken. Het gaat om het *Subway*-arrest, waarin een Subway-filiaal met Credit Suisse onderhandelde over een huurovereenkomst met betrekking tot een aan Credit Suisse toebehorend pand. Tijdens de onderhandelingen maakte Subway al gebruik van het pand, doordat Subway eerder onderhuurder van Easy was, die het pand op haar beurt van Credit Suisse huurde. Toen de onderhandelingen tussen Credit Suisse en Subway na circa elf maanden afketsten en de laatste het pand moest verlaten, stelde Credit Suisse een verrijkingsactie in voor het gebruik van het pand tijdens de onderhandeling. Het hof wees de vordering af omdat Credit Suisse geen concrete schadeposten had aangedragen. De Hoge Raad casseerde:[175]

> 'De eigenaar van de bedrijfsruimte lijdt door dat voortgezet gebruik schade, ook als hij niet elders vervangende bedrijfsruimte hoeft te huren en hij niet door dat gebruik is verhinderd de ruimte aan een derde te verhuren. Gelet op de analogie met de gevallen die zijn geregeld in de art. 7:225 en 7:230a BW, past het immers in het stelsel van de wet de schade van de eigenaar in het onderhavige geval naar objectieve maatstaven te berekenen.'

In *Subway* was Credit Suisse van plan om het pand te verhuren. De bank lijdt schade indien de onderhandelingen zonder resultaat voortduren en de wederpartij ondertussen het pand bezet houdt. De vraag is of de abstracte

---

172 Schoordijk 1977, p. 32; Schoordijk 1986, p. 13.

173 Bregstein 1927, p. 217. Hij is er kort over: 'Echter moeten wij in het kosteloos bewonen van een huis door een derde weer een zuivere vermogensvermindering zien voor den eigenaar: dus ook hier behoort een verrijkingsactie te slagen, ook al had de eigenaar anders toch niet elders verhuurd.'

174 Van Boom 2002, p. 103-104.

175 HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782, *NJ* 2013/540, m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (Credit Suisse/Subway), r.o. 3.3.

schadeberekening, zoals gehanteerd in dit arrest, óók is toegestaan, indien de gedaagde de zaak of het recht van de eiser heeft gebruikt, terwijl de eiser de zaak op het moment van de inbreuk *níet* van plan was te gebruiken of te exploiteren.

Linssen zou daar vermoedelijk geen voorstander van zijn. Abstracte schadebegroting is volgens hem, in een geval waarin de rechthebbende niet van plan was zijn recht te exploiteren 'dogmatisch niet te onderbouwen resultaatsvoetbal' die de 'bandbreedtes' van het schadevergoedingsrecht te buiten zou gaan.[176] Er wordt immers van uitgegaan dat zowel de eiser als de gedaagde, bereid zouden zijn geweest om over het gebruik te contracteren. Is aantoonbaar dat de eiser dit niet wilde, dan is er sprake van een fictie.[177] Anderzijds is zijn bezwaar dat een dergelijke abstracte begroting in strijd is met het uitgangspunt dat er alleen ruimte is voor een abstracte schadebegroting als er daadwerkelijk schade is.[178] Als de eiser niet van plan was de zaak te gebruiken of te exploiteren dan lijdt hij, aldus Linssen, geen schade. 'Abstraheren' mag, volgens Linssen, niet neerkomen op het 'ecarteren' van het schadevereiste.[179] Volgens Linssen moet de gewenste oplossing, zoals we hebben gezien, niet worden gezocht in een abstracte begrotingswijze, maar in de *schrapping* van het schadevereiste door de wetgever.[180]

5.3.5.2 Begrotingsmaatstaf bij onbevoegd gebruik

Heeft Linssen gelijk en gaat de abstracte schadebegroting in de gevallen waar wij het oog op hebben de bandbreedtes van het schadevergoedingsrecht te buiten?

De vraag moet mijns inziens ontkennend worden beantwoord. Bedacht moet worden, dat de wijze waarop de regels en beginselen van het schadevergoedingsrecht moeten worden toegepast, zoals eerder opgemerkt, mede afhankelijk is van de aard van de aansprakelijkheid.[181] Anders dan het geval is bij onrechtmatige daad of wanprestatie, gaat het bij de verrijkingsaansprakelijkheid niet om de vergoeding van onrechtmatig veroorzaakte schade. Doel van de verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis is het ongedaan maken van de ongerechtvaardigde verrijking.[182] Dit werkt door in de wijze waarop de schade moet worden vastgesteld.

---

176 Linssen 2001, p. 535.
177 Linssen 2001, p. 482.
178 Linssen 2001, p. 482 en p. 330-332 en de aldaar geciteerde rechtspraak. Kritisch op dit punt: Van Boom 2002, p. 81, noot 26 en de aldaar vermelde rechtspraak.
179 Zie Linssen 2001, p. 330, titel tussenkopje.
180 Linssen 2001, p. 536 e.v.
181 Asser/Sieburgh 6-II 2017/6; Lindenbergh 2014, nr. 24.
182 Vgl. Hartkamp 2001, p. 315: 'Het a-typischkarakter van die schadevergoedingsgrond is waarschijnlijk gelegen in het feit dat de ongerechtvaardigde verrijking "eigenlijk" geen grond voor schadevergoeding, maar voor ongedaanmaking van een verrijking is; in geen ander land dan Nederland (óók niet in Frankrijk, waar men wèl een verarming eist) wordt zij als een schadevergoedingsregeling gezien.'

Ik doel op het volgende. Om de schade vast te stellen moet de werkelijke situatie waarin de eiser zich bevindt, vergeleken worden met de hypothetische situatie waarin de eiser zich zou bevinden, wanneer de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust zich niet zou hebben voorgedaan.[183] Het is in dit verband verhelderend de vaststelling van de schade bij gederfd gebruik door zaaksbeschadiging te vergelijken met de wijze waarop in het aanvullende verrijkingsrecht met het schadevereiste om kan worden gegaan.

Gaat het om gederfd gebruik bij *onrechtmatige zaaksbeschadiging*, dan moet worden bezien hoe de situatie van de gelaedeerde zou zijn geweest, als de onrechtmatige daad niet zou hebben plaatsgevonden. Is de zaak van de eiser een tijd lang beschadigd geweest door een onrechtmatige gedraging van de gedaagde, dan moet de werkelijke toestand van de eiser vergeleken worden met de situatie waarin de onrechtmatige gedraging niet zou hebben plaatsgevonden. Was de eiser niet van plan zijn zaak te gebruiken of te exploiteren, dan lijdt hij geen extra schade door het gederfde gebruik.[184] De onrechtmatige gedraging laat zich op één manier wegdenken. Gaat het echter om een situatie waarin de gedaagde *ongerechtvaardigd is verrijkt* doordat hij onbevoegd het vakantiehuis van de eiser heeft gebruikt, dan zijn er in potentie twee hypothetische situaties waarmee de werkelijke situatie van de eiser vergeleken kan worden.

We kunnen de werkelijke situatie van de eiser vergelijken met de situatie waarin de zaak of het recht in het geheel niet zou zijn gebruikt. Dan is er geen schade aanwijsbaar: zowel in de (werkelijke) situatie, waarin de gedaagde het vakantiehuis van de eiser gebruikt heeft, als in de hypothetische situatie, waarin dit niet het geval is, ziet het vakantiehuis er hetzelfde uit. Was de eiser niet van plan om het huisje te verhuren dan heeft hij geen schade.

Maar de ongerechtvaardigde verrijking kan ook op een andere manier worden weggedacht. In de hypothetische situatie, waarmee de werkelijke situatie van de eiser vergeleken wordt, kan ook het ongerechtvaardigde karakter van de verrijking worden weggedacht. De situatie waarin de eiser zich na het onbevoegde gebruik bevindt, wordt dan vergeleken met de situatie, waarin de eiser zich zou bevinden indien de gedaagde over het gebruik zou hebben gecontracteerd.[185] Vanuit dit perspectief is de schade van de eiser de contractprijs die hij van de gedaagde had kunnen bedingen.

---

183 Asser/Sieburgh 6-II 2017/31. En zie bijvoorbeeld: HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830, *NJ* 2013/48 (Griffioen/De Groot), r.o. 3.5.

184 Gebruiksderving door zaaksschade pleegt concreet te worden begroot, zie: Salomons 1993, nr. 21 onder b. Zie verder S.D. Lindenbergh in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:96 BW, aant. 2.4.2 en 2.4.8 en de aldaar vermelde rechtspraak en literatuur.

185 Dit is de hypothetische situatie waarmee Van Boom de werkelijke positie van de eiser vergelijkt. Zie Van Boom 2002, p. 106.

In het licht van het doel van de verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis – het ongedaan maken van een ongerechtvaardigde verrijking – verdient de laatste methode de voorkeur.[186] Bovendien ligt de hypothetische situatie waarmee de werkelijke situatie van de eiser vergeleken wordt, dichter bij de werkelijke situatie. De gedaagde héέft de zaak of het recht van de eiser gebruikt.

Maar moet niet met Linssen (en kennelijk de rechtbank Oost-Brabant) worden gezegd, dat het een fictie is om aan te nemen dat de eiser schade geleden heeft? Dit is niet het geval. Kraakt de gedaagde ten behoeve van zijn vakantie het vakantiehuis van de eiser, dan toont dit in ieder geval aan dat er in ieder geval één persoon interesse had in het vakantiehuis. Het verweer dat de eiser het huis vanwege een slechte markt niet kón verhuren zou daarom niet sterk zijn. Hetzelfde geldt voor het verweer dat de eiser zijn huis voorheen nooit heeft willen verhuren. Nog los van het feit dat de eiser de kans om erover na te denken is ontnomen, zou het feit dat hij zijn huis niet zou willen verhuren, betekenen dat het exclusieve privégebruik van zijn vakantiewoning hem méér waard is dan de eventuele huurpenningen. Wanneer de eiser kennisneemt van het onbevoegde gebruik, dan wordt hij geconfronteerd met het feit dat de gedaagde gebruik heeft gemaakt van zijn zaak, hetgeen iets is waar normaal gesproken voor betaald wordt. Goed bezien derft de eiser winst.

Er is bovendien een zekere analogie te trekken met het arrest *Plas/Valburg* waarin de Hoge Raad uitmaakte, dat de onderhandelingen – in uitzonderlijke omstandigheden – zo ver gevorderd kunnen zijn, dat de wederpartij van de afbrekende partij recht heeft op het positieve contractsbelang vanwege het totstandkomingsvertrouwen.[187] In het geval van onbevoegd gebruik is er, uiteraard, geen totstandkomingsvertrouwen. Maar er doet zich wel een situatie voor waarin de gedaagde, had behoren te contracteren voor het gebruiksgenot dat hij ontvangen heeft. Waarom zou iemand die totstandkomingsvertrouwen bij zijn wederpartij in het leven heeft geroepen wél een vergoeding van het positieve contractsbelang verschuldigd kunnen zijn en iemand die willens en wetens een overeenkomst vermijdt door gebruik te maken van andermans goed níet?

186 Zou een gebruiksgeval kwalificeren als een onverschuldigde betaling – dit zou het geval kunnen zijn als er sprake is van een vernietigde huurovereenkomst – dan kan er op grond van art. 6:203 lid 3 jo. 6:210 lid 2 een verplichting tot waardevergoeding ontstaan zonder dat vereist is dat de betaler schade heeft geleden. Zie daarover: Boeve 2016, p. 332-333. Een geval van onbevoegd gebruik, kwalificeert echter lang niet altijd als een onverschuldigde betaling. Het voorbeeld van de meerpalen illustreert dit.

187 HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405, *NJ* 1983/723, m.nt. C.J.H. Brunner (Plas/Valburg); HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, *NJ* 2005/467 (CBB/JPO).

5.3.5.3 Abstracte begroting niet altijd toelaatbaar

Heeft de Hoge Raad met *Subway* ruim baan gegeven aan een abstracte schadebegroting voor alle gevallen van ongerechtvaardigde verrijking?[188] Die vraag moet ontkennend worden beantwoord. De Hoge Raad geeft een begrotingsregel voor het geval dat daar aan de orde is en zoekt expliciet aansluiting bij artikel 7:225 en 7:230a BW. Die bepalingen gaan over de situatie dat de huurder na de huurperiode gebruik maakt van de door hem gehuurde zaak. De Hoge Raad veralgemeniseert, zo blijkt uit latere rechtspraak, de ruimhartige begrotingswijze niet. In *Van de Booren-/Grenkefinance* is de Hoge Raad namelijk van oordeel, dat het geval waarin een LCD-scherm een aantal jaren bij de 'lessee' blijft nadat de leaseovereenkomst (toch) niet tot stand gekomen is, wezenlijk verschilt van *Subway* en op eigen merites moet worden beoordeeld. Voor een analogie met artikel 7:225 BW is dan geen plaats.[189]

Dat de Hoge Raad de abstracte schadeberekening niet veralgemeniseert is terecht. Hiervoor is weliswaar betoogd, dat de abstracte schadebegroting óók verdedigbaar is in een geval waarin de gedaagde onbevoegd en ongevraagd de zaak of het recht van de eiser gebruikt, maar er zijn grenzen. Het spreekt bijvoorbeeld niet aan om de situatie waarin de totstandkoming van een koopovereenkomst niet gelukt is (de werkelijke situatie), te vergelijken met de situatie waarin de verkoper zich zou bevinden indien de koper over het *gebruik* zou hebben gecontracteerd (de hypothetische situatie). Het is de gedaagde immers nooit om het enkele gebruik gegaan, maar om de eigendomsverkrijging.[190] In dat geval is de hypothetische situatie, waarmee de werkelijke situatie van de verkoper wordt vergeleken, een zuivere fictie. De verkoper zal op een andere manier moeten aantonen dat hij schade heeft geleden als hij inderdaad schade geleden heeft. Voor vernietiging of ontbinding zal iets vergelijkbaars gelden. De verkoper kan alleen een vergoeding voor het gebruik vragen, indien hij concrete schade geleden heeft (en indien daarnaast – uiteraard – aan de overige vereisten van artikel 6:212 lid 1 BW voldaan is).

Zelfs in een geval van onbevoegd gebruik, kan een abstracte schadeberekening niet passend zijn. In een geval waarin de gedaagde – met toestemming van eigenaar X – om niet een loods gebruikt en dit blijft doen nadat X de eigendom heeft overgedragen aan de eiser wijst het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden een abstracte schadeberekening terecht af.[191] Enerzijds is de gedaagde de loods gaan gebruiken met toestemming van de toenmalige eigenaar, terwijl de opvolgend eigenaar van het gebruik wist of behoorde te

188 Damminga denkt van wel, zie: Damminga 2014, p. 210.

189 HR 27 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:996, *NJ*, 2017/312, m.nt. Jac. Hijma (Van de Booren/Grenkefinance), r.o. 3.4.2-3.4.3.

190 De schade van de verkoper moet begroot worden, door de totstandkoming van de later vernietigde koopovereenkomst weg te denken.

191 Zie: Hof Arnhem-Leeuwarden 21 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1531, r.o. 6.6. Wél kiest het hof deels andere gronden de schade af te wijzen.

weten. Anderzijds was de eiser een projectontwikkelaar die de loods wenste te slopen. Een schadeberekening waarbij bezien wordt, hoeveel de gedaagde voor het gebruik zou moeten contracteren indien hij met de eiser zou hebben gecontracteerd is in een dergelijk geval een ontoelaatbare fictie.

5.3.5.4 Abstracte schadebegroting bij verrichte arbeid

Zoals we hebben gezien hanteert de Hoge Raad bij de vraag of iemand door het verrichten van arbeid schade heeft geleden (vanwege het verlies aan tijd) het criterium van de alternatieve aanwendbaarheid. In het bekende arrest *Baartman/Huijberts* werd de vordering van de eiser die het huis van de gedaagde verbouwd had, door het hof afgewezen omdat hij niet kon aantonen dat hij schade had geleden. Volgens het hof leidt het verlies van vrije tijd alleen tot schade, als de eiser kan aantonen dat hij in dezelfde tijd elders betaald werk had kunnen verrichten. Dit was in deze zaak niet het geval, omdat de eiser een uitkering trok. Dit oordeel geeft, aldus de Hoge Raad, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.[192]

De Hoge Raad kiest in het arrest voor een *concrete* schadeberekening:[193] bezien is hoeveel schade de eiser daadwerkelijk in zijn vermogen heeft geleden door de verbouwingswerkzaamheden. Het verlies aan vrije tijd leidt zo bezien alleen tot een schadepost, als hij in de geïnvesteerde tijd betaald werk had kunnen doen. Dit subjectieve criterium van de 'alternatieve aanwendbaarheid' is in de literatuur – met name door Breedveld-de Voogd en Van Duijvendijk-Brand – bestreden.[194] Met recht in mijn optiek. Bij de strekking van de verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis – waarin de schadevergoeding het middel is om een ongerechtvaardigde verrijking ongedaan te maken – past een meer objectieve begrotingswijze.

In mijn optiek hoeft het criterium van de alternatieve aanwendbaarheid niet geheel losgelaten te worden. Het criterium kan worden geobjectiveerd. Bij de vraag of de eiser schade heeft geleden, moet niet naar de persoon van de eiser worden gekeken, maar naar de aard van de werkzaamheden. Bregstein schrijft:[195]

> 'Volgens heersende maatschappelijke opvattingen vormt arbeidskracht een element van ons vermogen, d.w.z. vertegenwoordigt economische waarde. Zij staat in dat opzicht volkomen gelijk met de eigendom van 100 ton tarwe. Hieruit volgt naar mijn meening, dat het enkele bewijzen van diensten, die normaliter belooning verdienen, reeds een actie uit verrijking rechtvaardigt, ongedacht de vraag of men, indien die diensten verricht waren, deze wel elders productief had gemaakt.'

192 HR 11 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC1957, *NJ* 1986/622, m.nt. W.C.L. van der Grinten (Baartman/Huijbers), r.o. 3.2.

193 C.G. Breedveld-de Voogd 1987, p. 891; Van Duijvendijk-Brand 1990, p. 67.

194 C.G. Breedveld-de Voogd 1987, p. 891; Van Duijvendijk-Brand 1990, p. 69.

195 Bregstein 1927, p. 216. Ook aangehaald door: C.G. Breedveld-de Voogd 1987, p. 891; Van Duijvendijk-Brand 1990, p. 69. Zie ook Mellema-Kranenburg 2009, p. 112.

Zouden vergelijkbare werkzaamheden gewoonlijk tegen betaling geschieden, dan moet aangenomen worden dat de eiser in zoverre schade heeft. De hobbyklusser die voor een bouwklus van één werkweek drie maanden (of langer) nodig heeft, zal – als het op verlies aan vrije tijd aankomt – een schadepost kunnen opvoeren van één werkweek op basis van een redelijk loon. Een hogere schade kan alleen worden aangenomen als de eiser concreet meer schade heeft geleden, bijvoorbeeld doordat hij onbetaald verlof heeft opgenomen om het huis van de gedaagde onderhanden te nemen. In dit laatste geval gaat het om een subjectieve toepassing van het criterium van de alternatieve aanwendbaarheid.

Aan het criterium van de alternatieve aanwendbaarheid is zonder meer voldaan als de eiser structureel werkzaam is geweest in het bedrijf van de gedaagde, zoals in het geval dat voor het Gerechtshof 's Hertogenbosch is gekomen.[196] In mijn optiek is het bewijs dat de eiser zijn arbeid elders te gelde had kunnen maken – behoudens bijzondere omstandigheden – met de werkzaamheden in het bedrijf van de gedaagde gegeven.[197]

5.3.5.5 De resterende gevallen

Zoals hierboven is betoogd, kan bij de invulling van het schadevereiste rekening worden gehouden met de aard van de verrijkingsaansprakelijkheid. Dit betekent niet dat het schadevereiste steeds naar bevind van zaken kan worden opgerekt. Soms staat het schadevereiste daadwerkelijk in de weg aan verrijkingsaansprakelijkheid op de voet van artikel 6:212 lid 1 BW.

Een geval dat in de literatuur verschillende malen aan de orde is gekomen, is dat waarin de gedaagde – een boulevardblad – het portretrecht van de eiser schendt, terwijl als gevolg van de reportage de afzet van het gewraakte nummer de normale verkoop aanzienlijk overtreft hetgeen tot een extra omzet van, zeg, € 100.000 leidt.[198] Hier kan niet worden gezegd dat de schade van de eiser € 100.000 is.[199] De eiser zal genoegen moeten nemen met een abstract te berekenen gebruiksvergoeding voor het gebruiken van het portret, dat – vermoedelijk – veel lager zal liggen dan € 100.000. De maatstaf is zojuist aan de orde gekomen. Daarbij zou een onverwacht hoge winst meegenomen mogen worden bij de vaststelling van de gebruiksvergoeding; hoe beter de verkoop, des te meer zou het blad over hebben gehad voor het portret indien zij met de gerechtigde had gecontracteerd. Indien het handelen van het boulevardblad tevens jegens eiser onrechtmatig is, dan is het

196 Hof Den Bosch 3 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW0990, *JPF* 2013/29, m.nt. B.E. Reinhartz. Zie echter: Rb. Assen 20 juni 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BW9881. In dit laatste vonnis wordt de verrijkingsvordering van de vrouw, die een tijdlang in het boerenbedrijf van de man heeft gewerkt, afgewezen.

197 Het hof schat in het bovengenoemde arrest *ex aequo et bono*. Zie r.o. 7.11.

198 Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 312; Schoordijk 1977, p. 32; Linssen 2001, p. 595 e.v.

199 Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 312.

onder omstandigheden mogelijk om de schade te begroten op de genoten winst op de voet van artikel 6:104 BW. Maar ook dan zijn er grenzen.

In het geval waarin een huurmoordenaar een € 100.000 krijgt om de eiser uit te schakelen, kan de eiser dit bedrag niet met succes uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking vorderen.[200] Als de aanslag wordt verijdeld lijdt hij in het geheel geen schade. Wordt de aanslag uitgevoerd en raakt de eiser daarbij gewond dan moet diens letselschade ter zake van de aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad concreet worden berekend; de door de huurmoordenaar ontvangen € 100.000 speelt daarbij geen rol van betekenis. Hetzelfde geldt voor de billijke vergoeding voor immateriële schade op de voet van artikel 6:106 BW. Lijdt de gedaagde minder schade dan € 100.000 dan blijft de gedaagde in zoverre ongerechtvaardigd verrijkt achter. Een abstracte verrijkingsrechtelijk georiënteerde schadeberekening kan hier in het geheel geen uitkomst bieden.

De spion die zijn memoires schrijft en daarbij staatsgeheimen prijsgeeft kan, naar Nederlands recht, niet worden aangesproken op grond van artikel 6:212 lid 1 BW indien de staat géén concreet aantoonbare schade lijdt.[201]

Hetzelfde heeft te gelden voor een gedaagde (werknemer) die bij de gunning van een opdracht steekpenningen aanneemt.[202] Als de werkgever geen schade lijdt, dan kan de werkgever die steekpenningen niet op grond van ongerechtvaardigde verrijking opvorderen.

Het recht biedt in deze gevallen, zoals in het hoofdstuk over het verrijkingsbeginsel is betoogd,[203] echter een zekere ruimte om de gevallen tot een bevredigende oplossing te brengen. Heeft het verrijkingsfeit zich voorgedaan in het kader van een overeenkomst tussen de eiser en de gedaagde, zoals het geval is bij de geheim agent en de werknemer die steekpenningen aanneemt, dan kan in mijn optiek uit de aanvullende redelijkheid en billijkheid ex 6:248 lid 1 BW, de verplichting voortvloeien dat de gedaagde het voordeel moet afdragen aan de eiser. Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt – het principe dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag – kleurt de redelijkheid en billijkheid dan in. In mijn optiek is dit een alleszins begaanbare weg, temeer omdat het schadevereiste – wellicht – als een minder juiste keuze van de wetgever gezien kan worden.

Heeft het verrijkingsfeit zich niet voorgedaan in het kader van een overeenkomst tussen de eiser en de gedaagde, dan biedt, zoals Damminga reeds eerder heeft betoogd,[204] artikel 6:1 BW in relatie tot de *Quint/Te Poel*-formule een mogelijke uitkomst. De verrijkingsaanspraak moet dan – net als andere verbintenissen die geen grondslag hebben in de wet- passen in het stelsel

200 Voorbeeld gevonden bij: Van Boom 2002, p. 106.
201 Vrij naar: House of Lords, 27 juli 2000, Attorney General v Blake, 2000 WL 989475. Zie over deze zaak o.a. Linssen 2001, p. 606; Van Boom 2002, p. 107.
202 Vrij naar: HR 25 maart 1926, *NJ* 1926/777. Daarover: Damminga 2014, p. 198.
203 Zie par. 2.8.4.
204 Damminga 2014, p. 195-200.

van de wet en aansluiten bij wel in de wet geregelde gevallen.[205] In de meest krasse gevallen zal deze weg begaanbaar zijn. Zeker omdat, zoals Linssen heeft opgemerkt, de wetgever niet heeft gemotiveerd waarom schade een grens van verrijkingsaansprakelijkheid behoort te zijn.[206] Hoe groot die ruimte is, zal echter afhangen van het antwoord op de vraag, hoe ver de rechter hier zou willen gaan. De weg van *Quint/Te Poel* zal ongetwijfeld nauwer zijn, dan de weg die artikel 6:212 lid 1 BW zou bieden, als de bepaling geen schade zou vereisen. In mijn optiek mag de rechter ruimhartig zijn, vanwege de gedachte dat iemand niet zomaar mag profiteren van zijn onrechtmatige gedrag.[207]

5.3.6 Redelijke toerekening

De vaststelling en begroting van de schade in een verrijkingsrechtelijke context is nu behandeld. Thans wordt bezien hoe enkele andere leerstukken uit het schadevergoedingsrecht moeten worden toegepast in het kader van artikel 6:212 lid 1 BW. Op bepaalde punten zullen de bijzondere regels meerwaarde hebben. Soms ligt die meerwaarde in de nadere articulatie van de norm, soms is de meerwaarde fundamenteler van aard.

Een belangrijk leerstuk op het kruispunt van het schadevergoedingsrecht en het aansprakelijkheidsrecht is de leer van de redelijke toerekening van artikel 6:98 BW. De laedens is alleen aansprakelijk voor de schade van de gelaedeerde, als deze schade in een oorzakelijk verband staat met de gebeurtenis waarop diens aansprakelijkheid berust. Vereist is (de waarschijnlijkheid van) een *condicio sine qua non* verband. Zou de schade ook zijn ontstaan zonder de gewraakte gebeurtenis? Is het antwoord bevestigend, dan ontbreekt het *condicio sine qua* non verband; is het antwoord ontkennend, dan is het *condicio sine qua non* verband aanwezig. Probleem is, dat het *condicio sine qua non* verband een *feitelijk* en verder niet gedifferentieerd criterium is, dat (meestal) te ruim is: elke gebeurtenis heeft in de regel een oneindige keten van gebeurtenissen tot gevolg, zodat het gevaar dreigt dat de omvang van de aansprakelijkheid te ruim wordt getrokken.[208] Artikel 6:98 BW – de toerekening naar redelijkheid – biedt een normatieve toets, waarmee als het ware de schadelijke gevolgen kunnen worden geselecteerd die redelijkerwijs aan de aansprakelijke persoon kunnen worden toegerekend.[209] Artikel 6:98 BW luidt als volgt:

> 'Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.'

---

205 HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, *NJ* 1959/548, m.nt. D.J. Veegens (Quint/Te Poel).

206 Linssen merkt fijntjes op, dat hij de ratio legis van het schadevereiste van art. 6:212 lid 1 BW nergens heeft kunnen aantreffen. Zie: Linssen 2002, p. 66.

207 Zie Schrage 2017, nr. 123 en de aldaar vermelde Engelse rechtspraak.

208 Asser/Sieburgh 6-II 2017/50.

209 Asser/Sieburgh 6-II 2017/50; Klaassen 2017, nr. 18-19; Lindenbergh 2014, nr. 13.

Kort gezegd vormt artikel 6:98 BW de noodzakelijke brug van een grof feitelijk causaal verband (het CSQN-verband) naar een genuanceerd juridisch causaal verband. De vraag kan worden gesteld of deze 'brug' ook nodig is voor de aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking.

Die vraag kan voor de meeste gevallen van ongerechtvaardigde verrijking ontkennend worden beantwoord. Artikel 6:212 lid 1 BW eist geen *condicio sine qua non* verband tussen de verrijking en de schade, zodat de nuancering van artikel 6:98 BW niet steeds mogelijk en/of nodig is.[210] Hartkamp verwoord het aldus – zoals we eerder hebben gezien – dat de aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking niet zozeer de aansprakelijkheid voor de nadelige gevolgen van een bepaalde gebeurtenis is (waar het CSQN-verband het startpunt is); de aansprakelijkheid betreft veeleer de toestand dat de aansprakelijke persoon ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de eiser.[211]

Toch kan artikel 6:98 BW soms ook op een geval van ongerechtvaardigde verrijking van toepassing zijn. Wij kunnen denken aan het geval waarin de gedaagde ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de eiser doordat hij een wettelijke norm heeft geschonden,[212] aan een geval waarin de gedaagde ongerechtvaardigd is verrijkt omdat hij heeft geprofiteerd van andermans wanprestatie[213] en aan het geval dat de gedaagde uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking aansprakelijk is voor een rechtmatige gevaarzetting.[214] In dit soort gevallen kan artikel 6:98 BW worden toegepast zoals de bepaling wordt toegepast in het overige buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.

5.3.7 Voordeelstoerekening

'Heeft', zo bepaalt artikel 6:100 BW, 'een zelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel opgeleverd, dan moet, voor zover dit redelijk is, dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening worden gebracht.'[215] In het verrijkingsrecht is deze bepaling met name interessant in meerpartijenverhoudingen.[216]

---

210 Hartkamp 2001, p. 314-315, anders Koohoven 2011, p. 99.
211 Hartkamp 2001, p. 314-315.
212 Zie par. 10.6.2.
213 Zie par. 10.6.3.
214 Zie par. 10.6.4.
215 Zie daarover: Asser/Sieburgh 6-II 2017/99 .e.v. Het is volgens Lindenbergh één van de beginselen van het schadevergoedingsrecht, zie: Lindenbergh 2014, nr. 14. Zie voor een voorbeeld in verrijkingsrechtelijke context (al wordt 6:100 niet genoemd): Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 mei 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1832.
216 Hartkamp wijst op artikel 6:100 BW als hij stelt dat nader onderzoek naar de verrijkingsrechtelijke invulling van het schadevergoedingsrecht wenselijk is, zie: Hartkamp 2001, p. 315; Koolhoven stipt de bepaling aan, zie Koolhoven 2011, p. 64-65.

Zoals we hiervoor hebben gezien,[217] doet het feit dat de verrijkingsschuldeiser een vordering heeft tegen een ander dan de verrijkte, niet noodzakelijk af aan het feit dat de eiser schade heeft geleden. Het volgt uit het *Setz/Brunings*-arrest.[218] De omstandigheid dat een aannemer een vordering heeft op zijn contractuele wederpartij, staat niet per definitie in de weg aan een verrijkingsactie van de aannemer op de grondeigenaar op wiens grond hij het bouwwerk geplaatst heeft. Wordt de weg van de verrijkingsactie in dit soort gevallen met behulp van de door Van Maanen bepleite verarmingstechniek categorisch afgesloten,[219] dan dreigt het kind met het badwater te worden weggespoeld omdat de verrijkingsactie dan steeds – los van de concrete omstandigheden van het geval – wordt afgewezen. Dat past niet bij een bron van verbintenissen die het vermogensrecht aan beoogt te vullen om onvoorziene gevallen van een oplossing te voorzien.

Wat in mijn optiek wél kan, is dat de vordering van de aannemer op contractspartij A meegenomen wordt in het kader van de voordeelsverrekening op de voet van artikel 6:100 BW. Op basis van dit artikel kan de waarde van de vordering in mindering worden gebracht op het schadebedrag, maar alleen *voor zover dit redelijk* is. In het kader van deze redelijkheidstoets kan wél rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval. Zijn er, in het gegeven voorbeeld, géén bijzonderheden in de verhouding tussen de aannemer en diens contractuele wederpartij, dan is goed verdedigbaar dat op grond van artikel 6:100 BW aangenomen moet worden dat de aannemer geen schade heeft, omdat hij een vordering heeft op zijn contractuele wederpartij die de schade dekt. Een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt via het redelijkheidsvereiste uit art. 6:212 lid 1 BW. Als er geen bijzonderheden zijn, zou betoogd kunnen worden, dat het onredelijk is indien de aannemer de grondeigenaar aanspreekt.

5.3.8 Eigen schuld

5.3.8.1 Algemeen

Op grond van artikel 6:101 BW lid 1 BW wordt van het uitgangspunt afgeweken dat de benadeelde de schade van de benadeelde volledig moet vergoeden indien de schade mede het gevolg is van omstandigheden die aan de benadeelde kunnen worden toegerekend. Zijn dergelijke omstandigheden aanwezig, dan wordt de schade over de benadeelde en de aansprakelijke persoon verdeeld op de voet van een tweeledige maatstaf.[220] Eerst (in de

217 Zie par. 5.3.2.2.

218 HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7249, *NJ* 1997/719, m.nt. Jac Hijma (Setz/Brunings), r.o. 3.4.2.

219 Zie daarover par. 5.3.2.2.

220 Zie bijvoorbeeld: Asser/Sieburgh 6-II 2017/114; J. Spier, *Schadevergoeding: algemeen, deel 3 (Mon. NBW B36)*, Deventer: Kluwer 1992, nr. 6-7; *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding* (Hartlief), nr. 227.

1e fase) wordt gekeken naar de wederzijdse causaliteit; de schade wordt verdeeld in 'evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen'; dit vormt het uitgangspunt. Daarna (in de 2e fase) wordt bezien of de billijkheid tot een andere verdeling noopt vanwege de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden; op basis hiervan kan de schadevergoedingsverbintenis geheel in stand blijven, geheel vervallen of uitkomen op elke procentuele verdeling die daar tussenin zit.

De vraag is of de verrijkte gedaagde zich met vrucht op eigen schuld van de eiser kan beroepen. Los van de vraag of naast het redelijkheidsvereiste behoefte is aan een bepaling als artikel 6:101 lid 1 BW, is de vraag gerezen of de eigen schuld-regeling überhaupt bij een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking van toepassing is.

Hartkamp wijst erop dat een letterlijke toepassing van artikel 6:101 lid 1 BW tot onjuiste resultaten leidt omdat de bepaling een causale maatstaf bevat (de primaire maatstaf is de zogenoemde wederzijdse causaliteit).[221] Niet zelden zal de verarmde eiser zélf, zij het ongewild, zijn verarming hebben bewerkstelligd terwijl de verrijkte gedaagde alleen maar 'ontvangen' heeft zonder dat daar zijn doen of nalaten aan ten grondslag ligt. Hartkamp wijst op het voorbeeld waarin de bank, zonder opdracht daartoe, een schuld van zijn cliënt voldoet. Als artikel 6:101 lid 1 BW in dit soort gevallen woordelijk wordt toegepast dan, zo merkt Hartkamp op, leidt de wederzijdse causaliteit tot een verdeling waarin de eiser zijn schade zelf te dragen heeft. Volgens Hartkamp is een correctie op grond van de billijkheid mogelijk, maar kunstmatig omdat de behoefte aan correctie niet zozeer besloten liggen in de omstandigheden van het geval als wel in de aard van de aansprakelijkheid. Het alternatief is volgens Hartkamp om artikel 6:101 lid 1 buiten toepassing te laten als het gaat om verrijkingsgevallen.[222]

In mijn optiek kan artikel 6:101 lid 1 BW niet zomaar buiten toepassing worden gelaten, omdat dit nu eenmaal een geldende regel van het schadevergoedingsrecht is. Doet de gedaagde er een beroep op ter afwering van diens aansprakelijkheid, dan moet dit verweer op zijn merites worden beoordeeld. Het zou onaanvaardbaar zijn als hij zijn verweer heeft aangekleed als een eigen schuld-verweer en hij vanwege de bijzondere aard van de verrijkingsaansprakelijkheid nul op het rekest krijgt.[223] Wél is het zo, dat het verweer niet snel zal slagen omdat het vaak zal afstuiten op de billijkheidscorrectie. Hartkamp noemt dit 'kunstmatig'. In mijn optiek is het de consequentie van het gegeven dat het burgerlijk wetboek één uniform, maar flexibel, schadevergoedingsrecht kent, dat van toepassing is op de atypisch

221 Hartkamp 2001, p. 315.
222 Hartkamp 2001, p. 315.
223 Overigens zal de soep niet altijd zo heet worden gegeten, het is mogelijk om het beginsel van art. 6:101 lid 1 BW toe te passen in het kader van het redelijkheidsvereiste van art. 6:212 lid 1 BW. Zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem 4 mei 2010, *NJF* 2010/227.

verrijkingsactie (de billijkheidscorrectie van artikel 6:101 is één van de verschijningsvormen van deze flexibiliteit). Het doel van de verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis is anders dan de andere verbintenissen die strekken tot schadevergoeding. Het eigen schuld-leerstuk is normaliter een uitzondering op de regel dat de eenmaal aansprakelijke persoon de volledige schade moet vergoeden. Wordt dit leerstuk daarentegen toegepast op ongerechtvaardigde verrijking, dan vormt het een uitzondering op de ongedaanmaking van de ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde.

Het grote gewicht van de billijkheidscorrectie is daarom goed verklaarbaar (en niet direct kunstmatig). De primaire verdelingsmaatstaf (de wederzijdse causaliteit) werkt inderdaad niet goed in een geval van ongerechtvaardigde verrijking, dat is duidelijk. Niet zelden zal de eiser diens verarming geheel aan zichzelf te wijten hebben (100%) terwijl de verrijkte gedaagde er geen hand in gehad heeft (0%). Dat op die enkele grond de eiser de schade moet dragen is niet aansprekend.[224] Dit kan aan de hand van de ratio van artikel 6:101 lid 1 BW worden verhelderd. De ratio van de eigen schuldregel is volgens Hartkamp & Sieburgh dat de schade die iemand door eigen schuld veroorzaakt zélf moet dragen en dat de door de dader onrechtmatig veroorzaakte schade door hem moet worden vergoed.[225] De *nadelige gevolgen* van een gebeurtenis worden over de eiser en de gedaagde verdeeld.

Zoals wij echter eerder hebben gezien, verschilt een geval van ongerechtvaardigde verrijking van een geval van het reguliere aansprakelijkheidsrecht doordat er in een verrijkingsgeval vanuit een partijneutraal perspectief vaak geen schade is. De schade van de benadeelde die voor vergoeding in aanmerking komt, bevindt zich als verrijking in het vermogen van de bevoordeelde zodat er in de regel geen last is die over beide partijen moet worden verdeeld. Daarom zal de verdeling die in de eerste fase uit de wederzijdse causaliteit voortvloeit – 100% (eiser) om 0% (gedaagde) – in de tweede fase krachtens de billijkheidscorrectie helemaal omgedraaid kunnen worden en in de regel omgedraaid moéten worden. Dit past ook bij het doel van de verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis. Die is, als gezegd, niet gericht op volledige schadevergoeding, maar slechts op de ongedaanmaking van de ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde.[226] Daarom zal een beroep op eigen schuld van de verrijkte gedaagde niet zomaar slagen.

224 Zie bijvoorbeeld: Hof Den Haag 17 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3088 (Gemeente Haarlemmermeer/Stichting ICTU).

225 Asser/Sieburgh 6-II 2017/110; Spier 1992, nr. 2.

226 Art. 6:101 is niet van toepassing op de ongedaanmakingsverbintenis n.a.v. een onverschuldigde betaling. Zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem-Leeuwarden 30 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4823.

5.3.8.2 *Drie typen gevallen*

Het bovenstaande betekent niet dat een beroep op eigen schuld van de gedaagde nimmer kans van slagen heeft. Met name in drie typen gevallen van ongerechtvaardigde verrijking is er potentieel een effectieve rol weggelegd voor het eigen schuld-verweer.

Dit is in de eerste plaats het geval als de eiser willens en wetens de gedaagde een voordeel toewerpt dat hij naderhand op grond van ongerechtvaardigde verrijking terugvordert. Gedacht kan worden aan een energiebedrijf dat na het moment van opzegging een tijdlang energie blijft leveren.[227] Of aan een bank die, tegen de uitdrukkelijke wil van haar cliënt, een aantal rekeningen van de cliënt betaalt.[228] In dit soort gevallen, waarin de schuldeiser wel heel slordig handelt, zou het verweer met succes naar voren gebracht kunnen worden, óók als er geen sprake is van een opgedrongen bestedingspatroon. Wie welbewust zichzelf schade toebrengt, heeft ook van het verrijkingsrecht geen heil te verwachten.

In de tweede plaats kan gedacht worden aan gevallen waarin de gedaagde wel degelijk nadeel ondervindt indien hij met succes aangesproken zou worden uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Wanneer de gedaagde schadevergoeding in geld moet betalen voor een door hem niet gewenst voordeel, wordt hem een bestedingspatroon opgedrongen. Moet de gedaagde daarvoor schadevergoeding in geld betalen, dan kan de gedaagde in een (althans in zijn optiek) nadeliger positie komen. Gedacht kan worden aan een geval waarin de man (een echte klusser), er bij de vrouw waarmee hij samenwoont op heeft aangedrongen om haar woning een flinke opknapbeurt te geven. In een dergelijk geval komt een geslaagd beroep op eigen schuld mogelijk in beeld.

In de derde plaats kan gedacht worden aan gevallen, die in het verlengde liggen van het onrechtmatigedaadsrecht. Gedacht kan worden aan een vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking vanwege een rechtmatige gevaarzetting.[229] Een rechtsfiguur die verderop in dit boek zal worden geïntroduceerd en toegelicht. Artikel 6:101 is dan op gelijke wijze van toepassing als het geval zou zijn bij een normaal geval van buitencontractuele aansprakelijkheid.

Uiteraard is het mogelijk dat er buiten deze drie groepen een geval van ongerechtvaardigde verrijking rijst, waarbij een beroep op eigen schuld wordt gehonoreerd. Het volgende voorbeeld is illustratief. De NMB-bank

---

227 Rb. Haarlem 28 december 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BV0329, *Prg* 2012/51. De kantonrechter had aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking afgewezen omdat het niet redelijk is; een consument mag er niet de dupe van worden dat Oxxio zijn administratie niet op orde heeft. Ditzelfde ook in de sleutel van art. 6:101 lid 1 BW gezet kunnen worden.

228 Vrij naar het geval uit: HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6100, *NJ* 2002/118, m.nt. Jac. Hijma (Standard/ING). Ook Hartkamp noemt dit geval als mogelijke casus waarop art. 6:101 lid 1 BW kan worden toegepast. Zie: Hartkamp 2001, p. 315.

229 Zie par. 10.6.4.

(eisende partij) betaalt op grond van een bankgarantie de contractuele boete die gedaagden aan de verkoper moeten betalen in het kader van (de mislukte afwikkeling van) de koop van een huis.[230] De bankgarantie is echter verstrekt doordat de tussenpersoon verkeerde gegevens aan de bank had doorgegeven en valselijk de handtekeningen van de gedaagden op 'de bankgarantie' had gezet. Bij gebrek aan een contractuele grondslag vordert de bank van gedaagden de aan de verkoper betaalde boete op grond van ongerechtvaardigde verrijking: de bank heeft immers de schuld (de boete) van gedaagden voldaan. Het beroep op eigen schuld slaagt, in die zin dat het beginsel in de redelijkheidstoets van artikel 6:212 lid 1 BW wordt ingelezen. De gedaagden hoeven slechts 25% van de strop te dragen. De bank had (kort gezegd) door eigen onderzoek de fraude eerder aan het licht kunnen brengen, waardoor de schade aan de kant van de gedaagden – mogelijk – nihil zou zijn geweest.

Opgemerkt moet worden, dat het verminderen van de aansprakelijkheid op grond van eigen schuld op de voet van artikel 6:101 BW meer in het algemeen evenzeer kan worden bereikt via het redelijkheidsvereiste van de algemene verrijkingsactie. Voordeel van de figuur van de eigen schuld is echter, dat het verweer als concrete bepaling gearticuleerd en wel in de wet ligt.

5.3.9 Vorm van schadevergoeding

5.3.9.1 Algemeen

Artikel 6:103 BW bepaalt dat de eenmaal verschuldigde schadevergoeding in beginsel in geld voldaan moet worden.[231] Krachtens ditzelfde wetsartikel kan de rechter een schadevergoeding in een andere vorm dan geld toekennen, maar dit kan hij alleen als de benadeelde dit vordert. De gedachte is, dat de benadeelde niet tegen zijn wil schadevergoeding in een andere vorm dan geld opgedrongen moet kunnen krijgen.[232] Schadevergoeding in natura is daarmee een *discretionaire* bevoegdheid van de rechter die hij enkel op vordering van de benadeelde kan uitoefenen. Heeft de eiser recht op schadevergoeding, dan kan de eiser normaal gesproken kiezen of hij dit in geld wil hebben of dat hij de rechter vraagt om zijn discretionaire bevoegdheid te gebruiken.

Als het gaat om een geval van ongerechtvaardigde verrijking, kan worden afgevraagd of deze uitgangspunten onverkort gelden. Deze twijfel wordt ingegeven door het feit dat schadevergoeding in natura in sommige gevallen het best past bij het doel van de verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis: het ongedaan maken van een ongerechtvaardigde

230 Hof Arnhem 4 mei 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM3282, *NJF* 2010/227.

231 Zie bijvoorbeeld: Asser/Sieburgh 6-II 2017/21; Tigelaar, *GS Schadevergoeding*, art. 6:103 BW, aant. 1; Spier 1992 nr. 21

232 Asser/Sieburgh 6-II 2017/21; Spier 1992, nr. 24; Tigelaar, *GS Schadevergoeding*, art. 6:103 BW, aant. 3.

verrijking. Is een partij dakpannen die aan de eiser toebehoorde op het dak van de gedaagde terechtgekomen, dan zal in veel gevallen schadevergoeding in natura – restitutie van de dakpannen – de aangewezen vorm van schadevergoeding zijn, óók als de eiser dit niet met zoveel woorden vordert. Het is goed denkbaar dat in een geval als dit schadevergoeding in geld in het geheel niet mogelijk is omdat de gedaagde dan een bestedingspatroon opgedrongen zou krijgen.[233]

Is die bevoegdheid van de rechter wel in te passen in het schadevergoedingsrecht? In mijn optiek wel. In weerwil van de bewoordingen van artikel 6:103 BW kan worden beargumenteerd, dat de rechter die bevoegdheid heeft, ook zonder dat de eiser dit gevorderd heeft omdat de aansprakelijke persoon slechts schadevergoeding verschuldigd is 'voor zover dit redelijk is'.[234] Geld zit er – als gezegd – soms niet in. Het is ook de vraag of de bevoegdheid in het dakpan-voorbeeld wel zo discretionair is omdat schadevergoeding in natura in dat geval wel erg voor de hand ligt, temeer omdat het geval erg lijkt op het geval waarin aan iemand zonder rechtsgrond een goed wordt gegeven. Artikel 6:203 lid 1 BW strekt dan tot teruggave van dit goed.

Meer in het algemeen is het zo, dat schadevergoeding in natura in het verrijkingsrecht een aantrekkelijke kaart kan zijn omdat de gedaagde bij een geldelijke schadevergoeding geregeld zal kunnen tegenwerpen dat hem bij toewijzing een ongewenst bestedingspatroon opgedrongen zou worden. De rechter kan bij het kiezen van een alternatieve vorm van schadevergoeding – in mijn optiek – creatief te werk gaan omdat hij in het kader van artikel 6:103 BW een grote mate van vrijheid heeft. Daarmee kan hij een oplossing kiezen die past bij de aard van het voorliggende verrijkingsgeval.

5.3.9.2 Een algemeen verrijkingsrechtelijk wegneemrecht

In dit verband kan worden gedacht aan een casuspositie die ik in een artikel in *Ars Aequi* heb geschetst:[235]

> 'Eén van de klassieke, maar in de Nederlandse literatuur ietwat onderbelichte verrijkingsrechtelijke thema's is de problematiek van de opgedrongen verrijking. Men denke aan een geval als het volgende. A bouwt in de veronderstelling op zijn eigen grond te bouwen een huis op de grond van de afwezige B, waardoor de laatste door middel van natrekking eigenaar van het huis wordt. B – civilist in hart en nieren – komt terug van vakantie en ontdekt tot zijn vreugde dat hij thans de eigenaar is van een villa met zicht op zee. Deze en soortgelijke casusposities bezorgen civilisten een ongemakkelijk gevoel. Zowel een toe- als afwijzing van de verrijkingsactie heeft in dit geval iets onbevredigends. Als de verrijkingsactie zonder meer wordt toegelaten, dan moet B een gigantisch vermogen betalen voor een bouwwerk waar hij niet om heeft gevraagd. Als een beroep op de verrijkingsactie wordt afgewezen, dan lijdt A een grote financiële strop terwijl B aanzienlijk is verrijkt.'

233 Zie daarover: Van der Linden 2013, p. 11-20.

234 In gelijke zin: Asser/Sieburgh 6-II 2017/21; Tigelaar, *GS Schadevergoeding*, art. 6:103 BW, aant. 3.

235 Van der Linden 2013, p. 11.

In het bewuste artikel betoogde ik dat uit het aan het systeem van het vermogensrecht ten grondslag liggende autonomiebeginsel voortvloeit dat een opgedrongen verrijking – zoals de villa met zicht op zee uit bovenstaand voorbeeld – in beginsel níet voor schadevergoeding in aanmerking komt omdat dit zou leiden tot een opgedrongen bestedingspatroon. Dit zou alleen anders kunnen zijn als de verplichting tot schadevergoeding geen wezenlijke aantasting van de autonomie van de gedaagde zou zijn. Ik dacht aan het geval dat het object van de verrijking liquide geworden zou zijn of als (kort gezegd) de wijze waarop de verarming en de verrijking ontstaan zijn, aan de gedaagde zou kunnen worden toegerekend.[236]

Een echte oplossing voor de door A op de grond van B gebouwde villa – die recht doet aan het belang van beiden partijen – gaf ik helaas niet. Ik denk dat artikel 6:103 BW hier echter van dienst kan zijn. In mijn optiek zou de rechter bij wijze van schadevergoeding op de voet van artikel 6:103 jo. 6:212 lid 1 BW aan A een wegneemrecht kunnen toekennen zoals een huurder (7:216 lid 1 BW), een hypotheekgever (3:266 BW) en een bezitter (3:123 BW) een wegneemrecht hebben.[237] Dat wil zeggen, dat A de villa weg mag nemen mits hij B schadeloosstelt voor de eventuele schade die hij als gevolg van het wegbreken lijdt. Weliswaar zal een gesloopte villa niets of weinig opleveren, maar een wegneemrecht verschaft degene die een dergelijk recht heeft, zoals Mijnssen al eens heeft opgemerkt,[238] een *onderhandelingspositie*. Wat A door het wegneemrecht *de facto* verkrijgt is een positie waarmee hij met B in onderhandeling kan treden. Slagen de onderhandelingen – en sluiten de partijen over het object van de verrijking een overeenkomst – dan heeft A een deel van de bouwkosten terug, terwijl B's verrijking vanaf dat moment wordt gerechtvaardigd door diens overeenkomst met A.

Met enige nadruk moet erop worden gewezen, dat de bevoegdheid om een wegneemrecht toe te kennen een *discretionaire* bevoegdheid is, waarvan alleen na ampel beraad gebruik gemaakt moet worden. Het is een salomonsoordeel. De oplossing leidt in het uiterste geval tot een wel heel rigoureuze wijze van ongedaanmaking van de ongerechtvaardigde verrijking: fysieke vernietiging van de verrijking. Maar het is ook een oplossing waarbij partijen naar de onderhandelingstafel geleid kunnen worden.

5.3.10 Matiging

Op grond van artikel 6:109 lid 1 BW heeft de rechter de bevoegdheid om de verplichting tot 'volledige schadevergoeding' te matigen indien deze verplichting voor de aansprakelijke persoon tot kennelijk onaanvaardbare

236 Van der Linden 2013, p. 20.

237 In het huurrecht strekt dit wegneemrecht ertoe een ongerechtvaardigde verrijking van de verhuurder te voorkomen. Zie: HR 25 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4373, *NJ* 2005/338 (Dupomex/Duijvelaar), r.o. 3.3.

238 Mijnssen 2006, nr. 3.

gevolgen zou leiden. Deze op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde bevoegdheid van de rechter wordt in de literatuur gepositioneerd als de uitzondering op de regel dat de aansprakelijke persoon de schade *volledig* moet vergoeden.[239] Gebruikt de rechter de bedoelde bevoegdheid in een geval van ongerechtvaardigde verrijking, dan vormt de matiging een uitzondering op het uitgangspunt dat de verrijking (binnen de grenzen van het schadevergoedingsrecht) ongedaan moet worden gemaakt. Matigt de rechter de schadevergoeding, dan mag de gedaagde de ongerechtvaardigde verrijking die hem is toegevallen (deels) behouden. Dit zou althans de consequentie zijn als de rechter de matigingsbevoegdheid ten gunste van de gedaagde toepast. Is er bij de verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis ruimte voor matiging, en zo ja, welke omstandigheden zijn van belang voor de toepassing ervan?

Het is goed om vast te stellen dat de matigingsbevoegdheid meerwaarde heeft ten opzichte van het redelijkheidsvereiste. Het redelijkheidsvereiste is objectief van karakter. In het kader van de matigingsbevoegdheid ex artikel 6:109 lid 1 BW moet veeleer worden gekeken naar de omstandigheden waarin de verrijkingsschuldenaar en -schuldeiser zich bevinden. Hierbij is aan de onderlinge draagkracht te denken, en dan met name aan de beperkte draagkracht van de gedaagde.[240]

Bij de toepassing van artikel 6:109 lid 1 BW moet de rechter rekening houden met alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de rechtsverhouding tussen partijen en de onderlinge draagkracht.[241] Beziet men het eerste punt – de aard van de aansprakelijkheid – dan kunnen twee karakteristieken van de verrijkingsaansprakelijkheid worden aangewezen die, wat de mogelijkheden tot rechterlijke matiging betreft, elk een andere richting uitwijzen. Het feit dat schuld géén vereiste is voor het ontstaan van aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, kan reden zijn om de schadevergoeding in een geval van beperkte draagkracht eerder te matigen, net zoals matiging eerder op zijn plaats is als er sprake is van een risicoaansprakelijkheid. Wat echter vaak aan matiging in de weg zal staan – en dat is het tweede punt – is dat er tegenover de verplichting tot het betalen van schadevergoeding een verrijking staat. De gedaagde moet de verrijking aan de eiser in de vorm van schadevergoeding restitueren. Niet meer. Het aspect van de draagkracht zal dan snel(ler) uit beeld verdwijnen dan het geval is bij een andersoortige aansprakelijkheid. Maar hierbij moet worden bedacht, dat de verrijking soms in een niet-liquide vorm in het vermogen van de gedaagde aanwezig is, terwijl de schadevergoedingsverplichting kan strekken tot geldelijke vergoeding.

239 Asser/Sieburgh 6-II 2017/176; Lindenbergh 2014, nr. 12.
240 M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 7.
241 Asser/Sieburgh 6-II 2017/179.

Het voorgaande kan worden geïllustreerd aan de hand van het volgende voorbeeld. De eiser verbouwt gedurende zijn affectieve relatie met de gedaagde in eigen tijd en met eigen middelen het huis van de gedaagde, dit omdat de eiser er mét de gedaagde vanuit gaat dat de relatie nog in lengte van jaren voort zal duren. Het lot bepaalt echter anders en de eiser vordert – nadat de relatie is beëindigd – schadevergoeding op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Wanneer aan alle vereisten van artikel 6:212 lid 1 BW is voldaan, is de gedaagde in beginsel verplicht om de schade van de eiser tot het bedrag van diens verrijking te vergoeden. Een verbouwing van een huis kan echter flink in de papieren lopen. Als de gedaagde het niet breed heeft, kan de vraag rijzen of er termen zijn voor rechterlijke matiging van de op de gedaagde rustende schadevergoedingsverplichting. De omstandigheid dat de verrijkingsaansprakelijkheid van de gedaagde niet gebaseerd is op schuld, kan, in combinatie met een beperkte draagkracht van de gedaagde (mede bezien in verhouding tot de draagkracht van de eiser) reden zijn de schadevergoeding te matigen. De aard van de verrijkingsaansprakelijkheid brengt dit met zich. Verkoopt de gedaagde het huis echter, dan speelt de beperkte draagkracht van de eiser – in mijn optiek – een minder grote rol omdat de verrijking dan liquide geworden is. De meeropbrengst van de verkoop 'behoort' de eiser toe zodat van matiging in principe geen sprake meer kan zijn. Wellicht kunnen zwaarwegende omstandigheden aan de kant van de gedaagde dit anders doen zijn.

Soms kan de specifieke aard van het verrijkingsgeval pleiten tégen rechterlijke matiging. Gedacht kan worden aan een voorbeeld als het volgende. De gedaagde leent een som geld en de eiser besluit om hem moverende redenen deze schuld van de gedaagde te voldoen op de voet van artikel 6:30 BW. De eiser kan de gedaagde in beginsel aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Als aan de vereisten van artikel 6:212 lid 1 BW is voldaan – inclusief het redelijkheidsvereiste (de betaling doorbreekt niet het betalingsbeleid van de gedaagde)[242] – dan is er volgens mij geen ruimte voor rechterlijke matiging in de zin van artikel 6:109 lid 1 BW. Datgene wat de gedaagde aan de eiser moet betalen, komt overeen wat hij krachtens een overeenkomst van geldleen verschuldigd zou zijn hetgeen – behoudens schuldsanering – een niet te matigen verplichting is.

242 Zie daarover Snijders 2001, p. 14.

5.4 Verrijking ten koste van de eiser

5.4.1 Inleiding

De gedaagde moet verrijkt zijn *ten koste* van de eiser. In de literatuur wordt ook wel gesproken van een (causaal) verband tussen de verrijking van de gedaagde en de schade van de eiser.[243] Deze aanduiding is mogelijk omdat het Nederlandse recht als apart vereiste stelt dat de verarmde *schade* heeft geleden, zodat in het kielzog daarvan gevraagd kan worden naar een verband tussen de schade van de eiser en de verrijking van de gedaagde. Vanuit het vertrekpunt dat de eiser schade heeft geleden en de gedaagde is verrijkt, gaat het er bij het ten-koste-van-vereiste nog om, dat de verrijking en de schade met elkaar in verband kunnen worden gebracht. Om wat voor een verband moet het gaan?

5.4.2 De aanpak van de wetgever en de Hoge Raad

5.4.2.1 Wetgever

In de wet wordt de eis dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser is gegaan, niet nader ingevuld. Uit de parlementaire geschiedenis is af te leiden dat de invulling van het vereiste verband tussen de verrijking en de verarming bewust is opengelaten door de wetgever. Het volgende wordt daar opgemerkt:

> 'Een eerste vereiste voor een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking is, dat aan de aangesprokene een verrijking is ten deel gevallen en wel een verrijking, die verkregen werd ten koste van degeen die vergoeding van zijn schade eist. Er moet dus een zeker verband zijn tussen de verrijking van de gedaagde en de schade van de eiser. Het is niet mogelijk in de wet een criterium te geven ter beantwoording van de vraag of in een bepaald geval de verrijking al dan niet ten koste van een ander is geschied; dit moet aan de rechtspraak worden overgelaten.'[244]

Twee dingen vallen op. In de eerste plaats de wijze waarop het ten-koste-van-vereiste wordt geïntroduceerd. Er moet een 'zeker' verband bestaan tussen de verrijking van de gedaagde en de verarming van de eiser. Heel veel losser had de wetgever het volgens mij niet kunnen formuleren. In de tweede plaats wordt het nadrukkelijk aan de rechtspraak overgelaten om

---

243 Zie bijvoorbeeld: Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 5 (online, laatst bijgewerkt op 1 januari 2012); Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 313; Hijma/Olthof 2017, nr. 450; Schrage 2017, nr. 130; Biegman-Hartogh 1971, p. 8; Engelhard & Van Maanen 1998, p. 314-315; Nieskens-Isphording 1998, p. 101; Janssen 2009, p. 155-167; Damminga 2014, p. 187; Koolhoven 2011, p. 91 e.v. Opmerkelijk is dat in Asser/Hartkamp/Sieburgh bij de bespreking van het *ten-koste-van-vereiste* niet wordt gesproken van een causaal verband tussen de verrijking en de verarming.

244 PG Boek 6, p. 829.

het vereiste verband tussen de verrijking en de verarming nader te concretiseren. Dit wil zeggen dat van geval tot geval bekeken zal moeten worden, of er een rechtens relevant verband bestaat tussen de verrijking en de verarming.

5.4.2.2 Jurisprudentie; indirecte verrijking

De laconieke wijze waarop in de parlementaire geschiedenis het vereiste causale verband wordt geïntroduceerd, klinkt in de – schaarse – rechtspraak van de Hoge Raad door.[245] Een bekend voorbeeld is het arrest *Setz/Brunings*.[246] Condico verkoopt een perceel aan Brunings voor $ 80.000. Als Brunings ongeveer de helft betaald heeft, komt hij in betalingsmoeilijkheden. Condico verkoopt en levert het perceel opnieuw, ditmaal voor $ 47.000 aan Setz. De eerste koper Brunings spreekt vervolgens de tweede koper Setz aan op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Brunings betoogt dat Setz de grond enkel en alleen voor zulk een laag bedrag heeft kunnen verkrijgen, door de eerdere betalingen van Brunings aan Condico. Alleen vanwege die eerdere betalingen zou Condico bereid zijn geweest de grond voor $ 47.000 in plaats van $ 80.000 aan Setz van de hand te doen. Het hof wijst de verrijkingsactie toe.

In cassatie wordt onder meer een klacht geformuleerd tegen het oordeel van het hof, dat de verrijking van Setz ten koste van Brunings is gegaan. De tweede koper Setz lijkt vooral te zijn verrijkt ten koste van verkoper Condico. Het is Condico die een vermogensbestanddeel voor een (te) lage prijs van de hand doet[247] en Condico zal in beginsel de eerste koper Brunings het door hem betaalde terug moeten betalen. Toch laat de Hoge Raad het oordeel van het hof, dat Setz is verrijkt ten koste van Brunings, in stand en geeft daarmee van de opvatting blijk dat er ook een voldoende verband tussen de verrijking en de verarming kan zijn als het verband niet direct is, maar indirect.[248] De Hoge Raad overweegt hiertoe het volgende:[249]

> 'De gedachtengang die het Hof tot zijn bestreden oordeel heeft geleid, moet klaarblijkelijk aldus worden begrepen dat, in aanmerking genomen dat Setz het perceel, dat US$ 80 000 waard was, uitsluitend voor niet veel meer dan de helft van de waarde heeft kunnen kopen als gevolg van de omstandigheid dat Brunings als koper reeds US$ 37 935,74 aan Condico had betaald, tussen de verrijking van Setz en de verarming van Brunings een verband bestaat dat de conclusie wettigt dat de verrijking ten koste van Brunings is geschied.

---

245 Vranken heeft de jurisprudentie van de Hoge Raad meer in het algemeen al eens als (bijna) 'laconiek' gekenschetst. Zie Vranken 1998, p. 1495.

246 HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7249, *NJ* 1997/719, m.nt. Jac Hijma (Setz/Brunings), r.o. 3.5.

247 De verrijking van Setz ten koste van Condico is niet ongerechtvaardigd, omdat het voordeel van Setz wordt gerechtvaardigd door de overeenkomst tussen Condico en Setz.

248 Kritisch hierover: Zwalve 1997, p. 586; Nieskens-Isphording p.101-102; Schoordijk 1997, p. 1755; Janssen 2009, nr. 5.1.2.

249 R.o. 3.5.

> Aldus opgevat geeft het bestreden oordeel niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is zozeer verweven met een waardering van de omstandigheden van het geval dat het in cassatie niet op juistheid kan worden getoetst; het is niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering.'

Het arrest bevat geen hard criterium dat het ten-koste-van-vereiste nader invult. Integendeel, de Hoge Raad overweegt dat het oordeel van het hof sterk met de 'waardering van de omstandigheden van het geval' verweven is, zodat het oordeel in cassatie niet op juistheid kan worden getoetst. De Hoge Raad waagt zich evenmin als de parlementaire geschiedenis aan een criterium en laat het oordeel over aan de feitenrechter. Het enige dat, als gezegd, uit het arrest naar voren komt, is dat ook aan het ten-koste-van-vereiste voldaan kan zijn, als het om een indirect verband gaat.[250] Niet vereist is dat een vermogensbestanddeel rechtstreeks uit het vermogen van de verarmde naar dat van de verrijkte is gevloeid, het kan ook voldoende zijn als het vermogensbestanddeel het vermogen van een ander dan de verrijkte gedaagde heeft gepasseerd.[251]

Volgens Janssen heeft de Hoge Raad in het *Koker/Cornelius*-arrest de soepele toepassing van het ten-koste-van-vereiste uit het arrest *Setz/Brunings* bijgesteld.[252] Het gaat om het volgende.[253] Cornelius bewoont krachtens een levenslang gebruiksrecht een huis dat aan haar zus in eigendom toebehoort. Dit doet zij sinds 1978. Gedurende haar bewoning heeft Cornelius flink – en met vrucht – in het huis geïnvesteerd. Nadat haar zuster tevergeefs ontruiming heeft gevorderd, verkoopt zij – de zus van Cornelius – het huis aan haar zoon Koker voor een prijs die onder de marktwaarde ligt. Wanneer Koker met succes ontruiming vordert, spreekt Cornelius hem aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Zij wil van hem vergoeding van de investeringen die zij in het huis heeft gedaan. De Hoge Raad acht in een geval als dit geen plaats voor een verrijkingsactie. Het rechtscollege overweegt hiertoe het volgende:

> 'Het gaat hier om een geval waarin de waarde van een onroerende zaak (een woning) is vermeerderd als gevolg van investeringen door een persoon (de verarmde) die daarvoor geen vergoeding heeft gekregen. De zaak is vervolgens door de eigenaar daarvan verkocht en geleverd aan een derde (de koper) tegen een prijs die vrij aanzienlijk lager was dan de (door de zojuist genoemde investeringen verhoogde) marktwaarde van de zaak. In een

250 Dat een verrijkingsactie in gevallen van indirecte verrijking tot de mogelijkheden behoort is thans heersend. Zie: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/462; Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 5, (online, het laatst bijgewerkt op 1 januari 2012); Gerdes 2005, par. 5.4, p. 102 en voor een overzicht van verdere literatuur p 88-101 (pro en contra).

251 Vgl. HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, *NJ* 1994/172, m.nt. P. van Schilfgaarde (Vermobo/Van Rijswijk).

252 Janssen 2009, nr. 5.1.1. Vriesendorp lijkt Janssen in diens lezing te volgen, zie: Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 313.

253 HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928, *NJ* 2007/154, m.nt. J.B.M. Vranken (Koker/Cornelius).

> dergelijke situatie geniet de koper van de zaak, als elke koper die een zaak verwerft voor een koopprijs die beneden de marktwaarde ligt, een voordeel. Dat voordeel vindt in beginsel rechtvaardiging in de koopovereenkomst. De omstandigheid dat een derde (de verarmde) in het verleden op eigen kosten de zaak heeft verbeterd en daardoor in waarde heeft doen toenemen, brengt in het algemeen niet mee dat een zodanig verband bestaat tussen de verrijking van de koper en de verarming van de verarmde dat de koper ongerechtvaardigd verrijkt is ten koste van de verarmde.'[254]

Janssen legt de nadruk op de laatste zin van deze overweging, waarin de Hoge Raad inderdaad spreekt over het verband tussen de verrijking van de koper en de investeringen – de verarming – van de verarmde. Toch denk ik niet dat uit dit arrest kan worden afgeleid dat de Hoge Raad is overgestapt naar een andere benadering van het vereiste causale verband dan tot uitdrukking komt in het *Setz/Brunings*-arrest. De Hoge Raad overweegt in dezelfde overweging immers expliciet dat het voordeel van Koker in beginsel wordt gerechtvaardigd door de koopovereenkomst. Daarna overweegt de Hoge dat er tussen de investeringen van Cornelius en de verrijking van de koper niet 'een zodanig verband' bestaat dat de koper ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de koper. Janssen onderstreept hier het ten-koste-van-vereiste. De nadruk kan echter met een minstens even groot gemak worden gelegd op het ongerechtvaardigdheidsvereiste. Het verband tussen de investeringen en de verrijking van Koker is niet zodanig dat de verrijking van de laatstgenoemde *ongerechtvaardigd* is. Deze lezing verdient de voorkeur.[255] Hier komt bij dat de door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten, waarmee in dit soort gevallen rekening moet worden gehouden, zich slecht verhouden met het streng opgevatte vereiste causale verband dat Janssen in het arrest leest. De Hoge Raad overweegt:[256]

> 'a. Indien de rechtsverhouding tussen de verarmde en de verkoper meebrengt dat de verarmde de door hem gemaakte kosten zelf zou moeten dragen en de verarmde daarom géén vordering wegens ongerechtvaardigde verrijking zou hebben jegens de verkoper, zal de verarmde ook jegens de koper geen aanspraken op de voet van art. 6:212 BW geldend kunnen maken.
> b. Indien de verarmde geen huurder was, verkeert hij niet in dezelfde situatie als een huurder, en is art. 7:216 BW niet van toepassing. Waar de huurder slechts indien bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven jegens de verhuurder aanspraak kan maken op een vergoeding op de voet van de artikelen 7:216 lid 3 en 6:212 BW (HR 25 juni 2004, nr. C03/080, NJ 2005, 338, RvdW 2004, 89), is er geen reden de verarmde niet-huurder een ruimere mogelijkheid te bieden om op de voet van art. 6:212 BW vergoeding te eisen, te minder om hem de mogelijkheid te bieden om op de voet van die bepaling vergoeding van de koper te eisen.

---

254 R.o. 3.6.3.

255 Het Gerechtshof Den Haag heeft de geciteerde overweging van de Hoge Raad ook op de hier verdedigde manier opgevat. Zie: Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3384, zie r.o. 2.13-2.15.

256 HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928, *NJ* 2007/154, m.nt. J.B.M. Vranken (Koker/Cornelius), r.o. 3.6.3.

> c. Indien de verkoper en de koper in een familieverhouding tot elkaar staan en de verkoper een koopprijs bedongen heeft die beneden de marktwaarde ligt teneinde de koper te bevoordelen op een wijze zoals niet ongebruikelijk is bij handelingen tussen familieleden, worden die koopprijs en het door de koper genoten voordeel mede gerechtvaardigd door die bevoordelingsbedoeling. In zo'n geval is er in beginsel geen grond voor het oordeel dat de koper ongerechtvaardigd verrijkt is ten koste van de verarmde.
> d. Indien al wordt geoordeeld dat de koper ongerechtvaardigd is verrijkt ten opzichte van de verarmde, zal slechts aanspraak op schadevergoeding bestaan voorzover dit redelijk is (art. 6:212 lid 1 BW). Bij de beantwoording van de vraag wat redelijk is komt betekenis toe aan de mate waarin de koper door zijn verrijking daadwerkelijk is gebaat. Voorzover de koper door de investeringen van de verarmde weliswaar verrijkt maar niet daadwerkelijk gebaat is omdat hij de gekochte woning afbreekt en ter plaatse vervangt door een nieuwe woning, is het niet zonder meer redelijk dat hij de schade van de verarmde zou moeten vergoeden.'

Het eerste gezichtspunt kan, met een welwillend oog, in verband worden gebracht met het vereiste causale verband. Dit geldt niet voor de drie gezichtspunten die volgen. Gezichtspunt 'b' haakt eerder aan bij het redelijkheidsvereiste, gezichtspunt 'c' heeft betrekking op het ongerechtvaardigdheidsvereiste en gezichtspunt 'd' heeft (de Hoge Raad geeft dit met zoveel woorden aan) weer betrekking op het redelijkheidsvereiste. Janssen erkent zelf dat de laatste twee gezichtspunten niet op het vereiste causale verband zijn geënt, maar op respectievelijk het ongerechtvaardigdheidsvereiste en het redelijkheidsvereiste.[257] Voor hem is dit echter geen reden zijn lezing van het arrest aan te passen, maar om de door de Hoge Raad gegeven gezichtspunten zelf te bekritiseren.[258] Dit laatste hangt samen met het feit dat Janssen een strenge benadering van het causale verband toejuicht: het causaal verband behoort – volgens hem – de toepassing van de verrijkingsactie te blokkeren in gevallen van derdenverrijking.[259] Ik kom op de opvatting van Janssen terug, voor zover hij betoogt dat het vereiste causale verband de toepassing van de verrijkingsactie *behoort* te blokkeren in gevallen van indirecte verrijking.[260]

De soepele omgang met het vereiste causale verband blijkt indirect uit *Bouwgros*.[261] De verhuurder ontvangt van ABN Amro, uit hoofde van een daartoe strekkende bankgarantie, twaalf maanden huur ter compensatie van leegstandsschade die de verhuurder als gevolg van het faillissement van de huurder lijdt. De bank verrekent dit – ten onrechte, want strijdig met de belangenafweging die aan artikel 39 Fw ten grondslag ligt – met de boedel, maar de curator heeft er niets tegen gedaan. De curator spreekt hierop de verhuurder aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Het hof wijst de verrijkingsvordering toe.

---

257 Janssen 2009, p. 162.
258 Janssen 2009, p. 162 e.v.
259 Janssen 2009, p. 163 *in fine*.
260 Zie par. 5.4.4..
261 HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278, *NJ* 2017/142, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Bouwgros).

Het cassatiemiddel nodigt de Hoge Raad op verschillende gronden uit het arrest te vernietigen. Eén van de gronden was het ontbreken van causaal verband. De Hoge Raad vernietigt echter omdat de verrijking van de verhuurder niet ongerechtvaardigd is. De Hoge Raad overweegt:

> 'Hansteen heeft gesteld dat zij gerechtigd was de leegstandschade onder de bankgarantie te claimen. Het hof is in zijn rov. 3.3 (zie hiervoor in 3.2.3) van de juistheid van deze stelling uitgegaan, zodat deze ook in cassatie tot uitgangspunt dient. Gegeven dit uitgangspunt, brengt de omstandigheid dat ABN AMRO, nadat zij aan haar betalingsverplichting ter zake had voldaan, verhaal heeft genomen op de boedel van Bouwgros […] en dat de curator zich hiertegen niet heeft verzet, niet mee dat Hansteen ongerechtvaardigd is verrijkt ten laste van de boedel. De ontvangst van een betaling waarop Hansteen (volgens genoemd uitgangspunt) in haar verhouding tot ABN AMRO gerechtigd was, werd immers niet ongerechtvaardigd doordat ABN AMRO verhaal nam op de boedel en de curator dit niet verhinderde. Het middel klaagt dan ook terecht dat het andersluidende oordeel van het hof blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. De overige klachten van het middel behoeven geen bespreking.'

Opgemerkt moet worden, dat de Hoge Raad de andere klachten uitdrukkelijk onbesproken laat, zodat niet uitgesloten is, dat de Hoge Raad het causale verband (ook) afwezig acht. Aannemelijk is dit evenwel niet, omdat het dan voor de hand zou liggen de zaak af te doen op het ontbreken van het causale verband.

5.4.2.3 Jurisprudentie; andersoortig verband dan vermogensverschuiving

Een ander arrest waarin de Hoge Raad een ruimhartige toepassing van het vereiste causale verband in stand laat, is het arrest *Van der Tuuk Adriani/Batelaan*.[262] De apotheker Van der Tuuk Adriani bewerkstelligt langs bestuursrechtelijke weg, dat de apotheekhoudende huisarts Batelaan zijn apothekersvergunning verliest. Hierdoor zijn de apothekersklanten van Batelaan voortaan aangewezen op Van der Tuuk Adriani die zodoende zijn klantenbestand ziet groeien. Het hof wijst de verrijkingsactie van Batelaan toe. Namens Van der Tuuk Adriani wordt onder meer aangevoerd dat de verrijkingsactie hier niet toepasselijk is, omdat er in dit geval geen sprake is van een vermogensverschuiving. In de overweging waarin de Hoge Raad het middelonderdeel behandelt, gaat de Hoge Raad *niet* op dit specifieke punt in, maar overweegt hij meer in het algemeen dat het hof geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, door de verrijkingsvordering van

262 HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2018, *NJ* 1997/3, m.nt. E.J.H. Schrage (Van der Tuuk Adriani/Batelaan).

Batelaan in dit geval toe te wijzen.[263] Ondanks het feit dat er tussen Batelaan en Van der Tuuk Adriani geen vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden, is er volgens de Hoge Raad (kennelijk) ruimte voor een verrijkingsactie.[264]

5.4.2.4 Jurisprudentie; een zwaluw

Er is één arrest, waarin de Hoge Raad blijk geeft van een strenger vereist verband tussen de verrijking en de verarming, al is het oordeel wat apodictisch te noemen.[265] Rohde Nielsen kan voor ongeveer *f* 8.451.632 het vaartuig 'de Machiavelli' kopen van De Donge. Voordat het optierecht is ingeroepen vergaat 'de Machiavelli' en krijgt De Donge *f* 10.000.000 aan verzekeringspenningen. Volgens de Hoge Raad – oordelend over de verrijkingsactie van Rohde Nielsen op De Donge op de voet van artikel 6:78 jo. 6:212 BW (in een overweging ten overvloede bovendien) – ontbreekt het verband tussen de verrijking van De Donge en de schade die Rohde Nielsen lijdt. Zoals we verderop kunnen zien,[266] is dit oordeel echter niet zonder meer juist.

5.4.2.5 Balans

De parlementaire geschiedenis geeft aan dat er geen algemeen criterium kan worden gegeven, ter beantwoording van de vraag wanneer een verrijking ten koste van de verarmde is gegaan. Er moet een 'zeker' verband zijn tussen de verrijking en de schade; de nadere invulling wordt overgelaten aan de rechtspraak. In de rechtspraak van de Hoge Raad echter, wordt de eis dat de verrijking ten koste is gegaan van degene die schadevergoeding eist evenmin geconcretiseerd. In het *Setz/Brunings*-arrest overweegt de Hoge Raad dat het oordeel over het verband tussen de verrijking zozeer verweven is met de concrete feiten van het geval dat het in cassatie niet kan worden getoetst. Iets soortgelijks doet de Hoge Raad – ditmaal niet met zoveel woorden – in het arrest *Van der Tuuk Adriani/Batelaan.* En ook in het arrest *Rohde Nielsen/De Donge* geeft de Hoge Raad, goed bezien, geen nadere invulling aan het vereiste verband tussen de verrijking en de verarming.

---

263 In een vergelijkbaar geval enige jaren later, uitmondend in hat arrest *Hulsman/Van der Graaf*, laat het hof uitdrukkelijk in het midden of de (veronderstelde) verrijking van apotheker Van der Graaf ten koste van huisarts Hulsman is gegaan. Volgens hef hof was vergoedingsplicht hoe dan ook niet redelijk in de zin van art. 6:212 lid 1 BW, omdat huisarts Hulsman zijn praktijk zelf beëindigd had. De Hoge Raad sanctioneert dit oordeel van het hof. HR 2 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9765, *NJ* 2001/319, m.nt. J.B.M. Vranken (Hulsman/Van der Graaf).

264 Kritisch hierover: Nieskens-Isphording 1998, p. 107. Zie ook: Schoordijk 1996c, p. 250. Die de conclusie van Koopmans onder het arrest op dit punt ter bediscussieert.

265 HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT9060, *NJ* 2006/148, m.nt. G.R. Rutgers (Rohde Nielsen/De Donge).

266 Zie: par. 5.4.6.

Wél kan uit de arresten worden afgeleid, dat er van een causaal verband in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW sprake kan zijn, wanneer er vermogensbestanddelen van de eiser (de verarmde) via het vermogen van een derde in het vermogen van de gedaagde (de verrijkte) zijn gevloeid. Voorts kan de gedaagde ook ten koste van de eiser zijn verrijkt als er geen sprake is van een vermogensverschuiving, maar de verrijking en de verarming zijn ontstaan door overheidsbeleid. Als al van een invulling gesproken kan worden, dan is de invulling – tot op heden – ruimhartig. Er moet, in de woorden van de parlementaire geschiedenis, een 'zeker verband' zijn tussen de verrijking en de schade.

5.4.3 Verklaring ruime uitleg

In de literatuur is wel kritiek geformuleerd op deze ruimhartige toepassing van het ten-koste-van-vereiste.[267] Nieskens-Isphording heeft haar kritiek haast programmatisch verwoord:[268]

> 'Art. 6:212 stelt de eis dat de een is verrijkt ten koste van de ander. Met andere woorden, er moet sprake zijn van een causaal verband tussen de verrijking en de verarming. In de parlementaire geschiedenis is gesteld dat het aan de rechter is om uit te maken wanneer dat het geval is "omdat het onmogelijk is in de wet daarvoor een criterium te geven."
> Het is de vraag of dit kan worden volgehouden. Causaal verband in de zin van de wet is steeds een juridisch causaal verband. Dat het heel wel mogelijk is om de omvang van het gewenste juridisch-causale verband – dat per definitie van beperkter omvang is dan een *feitelijk* causaal verband en dientengevolge daarvan ook noodzakelijkerwijze onderscheiden moet (kunnen) worden – te omschrijven, heeft de wetgever op een aantal onderdelen zelf aangetoond. Men vergelijke bijvoorbeeld het vereiste van causaal verband in geval van dwaling (art. 6:228 BW). In de wet zelf werd een duidelijke inhoudelijke toets voor het voor vernietiging vereiste causale verband tussen de dwaling en de totstandkoming van de overeenkomst vastgelegd.'

Uit allerlei mogelijke zuiver feitelijke causale verbanden tussen verrijkingen en verarmingen moeten de juridisch relevante worden gedestilleerd. In lijn hiermee zijn er verschillende voorstellen gedaan om het ten-koste-van-vereiste nader juridisch in te kleuren of het op een andere – strengere – wijze toe te passen. Voordat deze opvattingen op waarde kunnen worden geschat (zie de volgende twee paragrafen), moet eerst worden bezien of de benadering zoals die in de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie van de Hoge Raad tot uitdrukking komt, te verklaren en/of te rechtvaardigen is. Heeft Nieskens-Isphording een sterk punt als zij bekritiseert dat de invulling van het vereiste causale verband aan de rechtspraak wordt overgelaten, zonder dat de wetgever of de Hoge Raad zich waagt aan (een begin van) een criterium?

---

267 Zie Koolhoven 2011, p. 91-97; Janssen 2009, p. 155-167; Damminga 2014, p. 187; Nieskens-Isphording 1998, p. 101.

268 Nieskens-Isphording 1998, p. 101.

In mijn optiek kan de ruimhartige invulling van het ten koste-van-vereiste niet los worden gezien van de functie van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking in het systeem van het vermogensrecht. Het verband tussen de verrijking en de verarming is namelijk sterk gevalsgebonden. Het verband tussen de verrijking en de verarming manifesteert zich (indien inderdaad aanwezig) in het feitelijk gebeuren waarbij de verarming en de verrijking zijn ontstaan. Het kan bijvoorbeeld gaan om het traditionele geval waarin de eigenaar van een stuk grond door natrekking eigenaar wordt van een schuur die door de verarmde op zijn grond is gebouwd,[269] maar het kan bijvoorbeeld ook gaan om een gedaagde die zich ten onrechte op een octrooi heeft beroepen, waardoor hij ten koste van een concurrent meer winst maakt dan anders het geval zou zijn geweest.[270] In elk van deze gevallen is er een verband tussen de verrijking van de gedaagde en de verarming – de schade – van de eiser. Maar het verband verschilt per casus. In het eerste geval gaat het om een 'klassieke' vermogensverschuiving, in het tweede geval ontstaan de verrijking en de verarming in een marktsituatie zonder dat er tussen de verrijkte en de verarmde een vermogensverschuiving heeft plaats gevonden. Wordt nu een specifiek verband tussen de verrijking en de verarming vereist, dan zouden daarmee bepaalde potentiële verrijkingsgevallen *a priori* aan het werkterrein van artikel 6:212 lid 1 BW worden onttrokken. Zou het ten-koste-van-vereiste bijvoorbeeld een vermogensverschuiving impliceren, dan zou in het octrooi-geval de verrijkingsaansprakelijkheid reeds worden afgewezen omdat er onvoldoende verband bestaat tussen de verrijking en de verarming.

Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid zou dat winst zijn. Ook zou daarmee de academische 'grip' op het verrijkingsleerstuk – in ieder geval in schijn – worden vergroot.[271] De keerzijde is echter dat een restrictieve uitleg van het ten-koste-van-vereiste zich niet goed verhoudt met de aanvullende functie van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking. De ongerechtvaardigde verrijking is als zelfstandige bron van verbintenissen in de wet opgenomen om de rechter in staat te stellen, *niet voorziene* gevallen van ongerechtvaardigde verrijking tot een oplossing te kunnen brengen. Wordt een specifiek en nauw omschreven verband tussen de verrijking en de verarming vereist, dan wordt daarmee – in wezen ongezien – een groep verrijkingsgevallen categorisch van toepassing uitgesloten. Anders gezegd, een nauw omlijnd ten-koste-van-vereiste – of dit nu in de rechtspraak, de wet of de literatuur gestalte krijgt – veronderstelt dat alle mogelijke verrijkingsgevallen vooraf zijn overzien en dat een strenge omlijning van het causale

269 Vgl. HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, *NJ* 1994/172, m.nt. P. van Schilfgaarde (Vermobo/Van Rijswijk).

270 Vgl. HR 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6098, *NJ* 2008/120, m.nt. Ch. Gielen (CFS/Stork). Verrijkingsaansprakelijkheid werd afgewezen omdat de verrijking niet als ongerechtvaardigd werd geoordeeld. Hier kan, zoals verderop zal worden betoogd, anders over worden gedacht.

271 Vgl. Damminga 2014, p. 187. Zijn opvatting zal verderop besproken worden.

verband niet leidt tot verrijkingsrechtelijke leemten. Reden om een algemene verrijkingsactie in de wet op te nemen is juist dat niet alle gevallen op voorhand kunnen worden voorzien. Precies dit punt zal de reden zijn geweest waarom de wetgever in de parlementaire geschiedenis aangeeft, geen algemeen criterium te kúnnen geven en de toepassing van het ten-koste-van-vereiste overlaat aan de rechtspraak. Ook de soepele koers die is ingezet door de Hoge Raad past in dit beeld. Deze gedachtegang kan aan Nieskens-Isphording worden tegengeworpen daar waar zij stelt, dat de wetgever bij andere leerstukken (zoals dwaling) wél in staat is gebleken het causale verband af te palen. Bij dwaling gaat het om een bepaald type casus (A koopt met een onjuiste voorstelling van zaken een huis van B), waarbij een nauw afgebakend causaal verband past. Bij ongerechtvaardigde verrijking kan het om gevallen van verschillende aard gaan.[272]

Leidt deze 'laconieke' benadering niet noodzakelijkerwijs tot een almaar uitdijende verrijkingsaansprakelijkheid? Dat is allerminst het geval. De verrijking van de één ten koste van de ander is een neutraal feit, in die zin dat het recht daar niet zonder meer verandering in brengt en wil brengen. Alleen *ongerechtvaardigde* verrijkingen zetten het recht in beweging. Het normatieve zwaartepunt van het verrijkingsleerstuk ligt dan ook besloten in de eis dat de verrijking ongerechtvaardigd is, en verder in de eis dat de schade van de verarmde alleen door de verrijkte vergoedt behoeft te worden voor zover het redelijk is, om de ongerechtvaardigde verrijking in de vorm van schadevergoeding af te dragen. Een nauw afgebakende omlijning van de eis dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser is gegaan, is niet nodig om ongewenste verrijkingsaansprakelijkheden te voorkomen.

In het voorgaande ligt de kritiek besloten die ik heb op de nu te bespreken standpunten uit de literatuur, voor zover die pleiten voor een restrictieve toepassing van het vereiste causale verband.

5.4.4 Ontbreekt het causaal verband bij een indirecte verrijking?

5.4.4.1 Het ten-koste-van-vereiste en gevallen van indirecte verrijking

Er zijn verschillende auteurs die hebben betoogd dat bij gevallen van indirecte verrijking – waarin de verrijkte zijn verrijking niet rechtstreeks van de verarmde heeft gekregen maar van een derde – het ten-koste-van-vereiste in de weg staat aan de mogelijkheid voor de verarmde om de verrijkte met succes uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking aan te spreken.[273]

---

272 Vgl. Schoordijk 1997, p. 1755. Hij betreurt dat de Hoge Raad zich in het Setz/Bruningsarrest niet verder uitlaat over het vereiste causale verband; hij vermoedt dat dit samenhangt dat dit vereiste in verschillende soorten gevallen kan spelen.

273 Zie bijvoorbeeld: Brandsma 1994, Janssen 2009, p. 158-160. Vriesendorp merkt op dat het ten-koste-van-vereiste soms een sta-in-de-weg kan zijn: Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 313; Vgl. verder: Nieskens-Isphording 1998, p. 101.

Voordat ik deze visies bespreek, is het van belang op te merken dat gevallen van indirecte verrijking (of derdenverrijking) niet over één kam kunnen worden geschoren. Janssen heeft twee[274] gevallen van indirecte verrijking van elkaar onderscheiden die structureel van elkaar verschillen.[275] In de eerste plaats kan zich het geval voordoen waarin de verarmde op grond van een overeenkomst met een ander dan de verrijkte, een prestatie verricht die *de facto* in het vermogen van de verrijkte vloeit. Dit is bijvoorbeeld het geval als een aannemer in opdracht van een derde bouwt op de grond van de verrijkte en de aannemer (al dan niet met succes) een verrijkingsactie tegen de verrijkte grondeigenaar instelt. In de tweede plaats kan zich het geval voordoen, waarin de verrijkte zijn voordeel ontleent aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde. Dit is bijvoorbeeld het geval in *Koker/Cornelius*, waarin de verrijkte het voordeel ontleent aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde. Deze twee door Janssen onderscheiden typen van indirecte verrijking zullen hier achtereenvolgens worden besproken op het punt van het vereiste causale verband.

5.4.4.2 Prestatie jegens een derde vloeit in vermogen verrijkte

Het standpunt, dat het ten-koste-van-vereiste aan verrijkingsaansprakelijkheid in de weg staat, wanneer de eiser in opdracht van een derde een prestatie uitvoert die *de facto* in het vermogen van de verrijkte gedaagde is gevloeid, is – onder meer[276] – verdedigd door Brandsma. Hij schrijft, de casus uit het *Quint/Te Poel*-arrest[277] analyserend, het volgende:[278]

> 'Quint […] heeft met broer Hubertus een aannemingscontract gesloten, zodat hij in ruil voor wat hij bouwt een vordering verkrijgt op Hubertus ter waarde van de aanneemsom. Tot zover heeft er dus geen enkele verarming van Quint plaatsgehad. Wordt dit anders als blijkt dat er is gebouwd op grond toebehorend aan broer Heinrich, zodat deze eigenaar wordt van het gebouwde? Me dunkt neen. Quint heeft voor het gebouwde, ook al is dat eigendom geworden van Heinrich, nog altijd een vordering op Hubertus. Dat Heinrich hier verrijkt is staat vast, maar hij is niet verrijkt ten koste van Quint, doch van zijn broer Hubertus. Hubertus immers moet op grond van het aannemingscontract betalen voor de bouw van een huis dat niet zijn eigendom wordt. Zo er dus al sprake zou zijn van een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking, dan zou deze eventueel aan Hubertus moeten toekomen en niet aan Quint. Nog altijd heeft er geen verarming van Quint plaats gehad. Waarom dan heeft Quint een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking ingesteld tegen Heinrich? Welnu, Quint kreeg geen betaling van de aanneemsom van Hubertus en dacht toen aan betaling te kunnen komen door genoemde vordering in te stellen tegen Heinrich, die immers met het gebouwde was verrijkt. Kortom de oorzaak van de beweerde verarming van Quint was niet het bouwen op de grond van Heinrich – daarvoor had hij, zoals gezegd, een vordering op Hubertus – maar de vermeende insolventie van Hubertus.'

274 Eigenlijk onderscheidt hij drie gevallen, maar het derde geval is een mengvorm van de door hem onderscheiden gevalstypen.

275 Janssen 2009, p. 155.

276 Vgl. ook Janssen 2009, nr. 5.2.1.

277 HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, *NJ* 1959/548, m.nt. D.J. Veegens (Quint/Te Poel).

278 Brandsma 1994, p. 255.

De analyse is glashelder. Heinrich krijgt, die conclusie is inderdaad onontkoombaar, een bouwwerk op zijn grond waarvoor Hubertus aan Quint moet betalen. Heinrich is daarom ten koste van zijn broer Hubertus verrijkt, híj – Hubertus – is immers verplicht de rekening aan Quint te betalen. Toch deel ik de gevolgtrekking, dat Heinrich (dus) niet ten koste van Quint is verrijkt, niet. Het feit dat Heinrich verrijkt is ten koste van Hubertus, betekent niet *mutatis mutandis* dat hij niet óók verrijkt kan zijn ten koste van Quint, zeker als Hubertus niet in staat is te betalen. In een geval zoals dat aan de orde is in het *Quint/Te Poel*-arrest, en later in het arrest *Vermobo/Van Rijswijk*,[279] is het zo dat de arbeidskracht en de arbeidsmaterialen van de verarmde eiser in het door de verrijkte gedaagde nagetrokken bouwwerk 'zitten'. Daarmee is er – in mijn optiek – een zodanig verband tussen de verrijking van de grondeigenaar en de verarming van de teleurgestelde aannemer dat de eerste ten koste van de laatste is verrijkt.

De door Brandsma (en ook door Janssen) gewenste strengere opvatting van het causale verband berust echter niet enkel en alleen op 'de wiskunde' die hij op het *Quint/Te Poel*-geval toepast. Toewijzing van de verrijkingsvordering in een geval als dit, kan er volgens hem toe leiden dat de grondeigenaar moet betalen voor een gebouw waar hij niet om heeft gevraagd. Verrijkingsaansprakelijkheid kan leiden tot een opgedrongen bestedingspatroon.[280] Verder kan toewijzing van de verrijkingsactie leiden tot een schending van de *paritas creditorum*. De verarmde aannemer heeft het insolventierisico van zijn contractuele wederpartij aanvaard; zou hij degene kunnen aanspreken aan wie de verrijking *de facto* ten goede is gekomen, dan kan dit meebrengen dat de schuldeisers van de wederpartij daardoor benadeeld worden. [281] Janssen betoogt dat een verrijkingsactie, waarvan het werkterrein niet is afgebakend, met name in meerpartijenverhoudingen (gevallen van indirecte verrijking) kan leiden tot een groot aantal samenloopproblemen, in die zin dat de verrijkingsactie met een andere wettelijke regeling samenloopt en beide regelingen – in potentie – tot andere uitkomsten kunnen leiden.[282] Verder betoogt Janssen dat dit soort gevallen van derdenverrijking kunnen leiden tot een keten van regresrechten.[283]

Sommigen van deze redenen kunnen er inderdaad toe leiden dat de actie in het concrete geval moet worden afgewezen. Van een opgedrongen bestedingspatroon of een doorbreking van de *paritas creditorum* zal echter niet altijd sprake zijn. Een blokkering via het ten-koste-van-vereiste is daarom niet de aangewezen weg, omdat dit de verrijkingsaansprakelijkheid te categorisch zou afsnijden. Leidt aansprakelijkheid in het concrete geval inderdaad tot een opgedrongen bestedingspatroon, of leidt aansprakelijk-

279 Vgl. HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, *NJ* 1994/172, m.nt. P. van Schilfgaarde (Vermobo/Van Rijswijk).
280 Brandsma 1994, p. 258.
281 Brandsma 1994, p. 255-258. Vgl. ook Janssen 2009, p. 158-159
282 Janssen 2009, p. 157 en 160.
283 Janssen 2009, p.159

heid tot een schending van de *paritas creditorum*, dan moet de aansprakelijkheid worden afgewezen op grond van het redelijkheidsvereiste. Deze laatste eis heeft in mindere mate een zwart-wit-karakter dan het ten-koste-van-vereiste.[284] Ook als de verrijkingsactie samenloopt met een meer gedetailleerde wettelijke regeling, dan moet dit – in mijn optiek – worden opgelost via het redelijkheidsvereiste en het ongerechtvaardigdheidsvereiste.[285] Uitgangspunt daarbij is, dat de verrijkingsactie in beginsel de overwegingen die aan het systeem van het vermogensrecht ten grondslag liggen 'volgt'.

5.4.4.3 De verrijkte ontleent zijn voordeel aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde

Naast het geval waarin een door de verarmde verrichte prestatie jegens een derde 'toevallig' in het vermogen van de verrijkte vloeit, kan het geval zich voordoen dat de gedaagde zijn verrijking ontleent aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde. Het gaat dan om een geval waarin een derde een verrijking afkomstig van de verarmde aan de verrijkte heeft 'doorgegeven'. Janssen heeft betoogd dat in dit soort gevallen het causaal verband tussen de verarming en de verrijking ontbreekt, omdat de verrijking niet wordt veroorzaakt door de verarming, maar door de overeenkomst die de gedaagde met de derde heeft gesloten.[286]

In het geval *Koker/Cornelius* bijvoorbeeld, waarin een bewoner (A) fors in een woning investeert, waarna de betreffende woning door de woningeigenaar (B) voor een prijs onder de marktwaarde aan de verrijkte gedaagde (C) wordt verkocht, betoogt Janssen dat de overeenkomst tussen de eigenaar van de woning (B) en de gedaagde (C) het causaal verband tussen de verrijking van de gedaagde en de verarming van de eiser doorbreekt. Tussen de investeringen gedaan door A en de verrijking van C ontbreekt volgens Janssen causaal verband; C ontleent zijn verrijking aan de koopovereenkomst met B. Janssen leest deze rechtsregel (volgens mij ten onrechte)[287] in de kernoverwegingen van het arrest, maar hij onderschrijft de regel ook: in dit soort gevallen moet volgens hem aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking áltijd worden afgewezen vanwege het ontbreken van het vereiste causale verband.[288]

Hoe moet dit betoog worden gewaardeerd? Het is juist dat de verrijking van de gedaagde in de eerste plaats wordt veroorzaakt door de voor hem voordelige koopovereenkomst met de toenmalige eigenaar van de woning en niet zozeer door de investeringen die de vorige bewoner in het huis heeft

284 Het is Janssen geweest die op het zwart-wit karakter geeft gewezen van het vereiste causale verband, zie: Janssen 2009, p. 163. Zelf ziet hij dit niet als een nadeel, maar eerder als een voordeel (zie hieronder).

285 Zie daarover de volgende twee hoofdstukken.

286 Janssen 2009, nr. 5.1.1.

287 Zie par. 5.4.2.2, het gedeelte over *Koker/Cornelius*

288 Janssen 2009, nr. 5.1.1. *in fine.*

gedaan. Maar het feit dat de verrijking van de gedaagde wordt veroorzaakt door de overeenkomst met de huiseigenaar brengt niet *mutatis mutandis* mee dat de verrijking daarnaast niet óók het gevolg kan zijn van de investeringen van de voormalige bewoner. Ter illustratie kan wederom het arrest *Koker/Cornelius* dienen. Als we (vrij naar de feiten uit dit arrest) aannemen dat de bewoner van een schamel hutje een solide woning heeft gemaakt, dan heeft dat mede bewerkstelligd dat de toenmalige huiseigenaar over een solide woning kón beschikken in plaats van dat schamele hutje, zodat de verrijking van de gedaagde ook in verband kan worden gebracht met de investeringen van de voormalige bewoner.

Dat de strenge uitleg van Janssen niet logisch/dwingend is betekent niet dat zij niet mogelijk is. Janssen geeft voor zijn strenge uitleg van het vereiste causale verband verschillende rechtspolitieke argumenten.[289] Hij meent onder meer dat de verrijkingsactie niet moet verworden tot een casusgerichte billijkheidsactie. Hij pleit in plaats daarvan voor een nauw omlijnde verrijkingsactie die, zéker in meerpartijenverhoudingen hanteerbaar en voorspelbaar is. Met dit laatste punt ben ik het, zoveel moge duidelijk zijn, niet eens: ik zie juist voor de verrijkingsactie een rol weggelegd als aanvullende bron van verbintenissen, waarbij rekening kan worden gehouden met de bijzondere omstandigheden van het geval. De vordering is niet in de wet neergelegd voor van tevoren voorziene welomschreven gevallen van ongerechtvaardigde verrijking, maar juist voor verrijkingsgevallen waaraan de wetgever niet heeft gedacht. Een te strenge invulling van het vereiste causale verband past daar niet goed bij.

Wordt de verrijkingsactie onhanteerbaar en onvoorspelbaar? Als het ten-koste-van-vereiste de verrijkingsactie altijd blokkeert wanneer de gedaagde zijn verrijking ontleent aan een overeenkomst, dan is er wat betreft de hanteerbaarheid van de actie inderdaad niets te wensen over. Vrouwe Justitia kan haar blinddoek omhouden en de actie in gevallen van indirecte verrijking zonder ingrijpen laten passeren. Wordt er uitgegaan van een soepelere uitleg van het ten-koste-van-vereiste, dan gaat dit zonder meer ten koste van de hanteerbaarheid. De afwijzing kan niet meer blindelings geschieden. Maar – en dat is wat mij betreft de vraag – leidt die soepelere uitleg tot een verrijkingsactie waarbij de onhanteerbaarheid en de onvoorspelbaarheid te groot wordt? Het antwoord moet ontkennend luiden. De omstandigheid dat de verrijkte zijn voordeel ontleent aan een koopovereenkomst met een ander dan de verarmde, zal in de meeste gevallen ertoe leiden dat de verrijkingsactie moet worden afgewezen. Niet omdat die overeenkomst het causaal verband doorbreekt, maar omdat die overeenkomst in beginsel geldt als een rechtvaardigingsgrond.[290] Dit uitgangspunt maakt dat de verrijkingsactie vaak zal moeten worden afgewezen. De mogelijkheid van een uitzondering op de regel vanwege bijzondere omstandigheden, maakt de regel niet ineens

289 Janssen 2009, p. 158-160.
290 Zie par. 6.5.3 en par. 9.3.

onhanteerbaar. Integendeel. Het recht kan beantwoorden aan bijzondere omstandigheden, die een uitzondering op de regel vragen.

5.4.5 Vereiste verband alleen aanwezig bij vermogensverschuivingen?

5.4.5.1 De leer Damminga

Damminga constateert in zijn proefschrift (terecht) dat er weinig aandacht is voor de eis dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de verarmde is gegaan. Met name het ongerechtvaardigdheidsvereiste wordt volgens hem gebruikt om de reikwijdte van artikel 6:212 lid 1 BW af te bakenen. Damminga is van mening dat de omlijning van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking zou moeten beginnen bij de eis dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser is gegaan. Hij schrijft:

> 'Als vaststaat wat dient te worden verstaan onder "verrijkingen ten koste van een ander", kan vervolgens een criterium worden ontwikkeld aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of een verrijking ongerechtvaardigd is. Aangezien een dergelijk criterium is afgestemd op "verrijkingen ten koste van een ander" in de zin van artikel 6:212, is het – in potentie – veel scherper.'[291]

Deze gedachte is op zichzelf aansprekend. Wordt er een bepaald verband tussen de verrijking en de verarming vereist, – wordt de verrijkingsaansprakelijkheid beperkt tot bepaalde typen verrijkingsgevallen, – dan kan het ongerechtvaardigdheidsvereiste op dit type geval worden afgestemd. Hoe moet dan het vereiste causale verband worden ingevuld? Damminga betoogt dat alleen aan het ten-koste-van-vereiste is voldaan, als de verrijking van de gedaagde afkomstig is van het vermogen van de eisende partij; hij beperkt artikel 6:212 lid 1 BW tot vermogensverschuivingen.[292] Over de ongerechtvaardigdheidsmaatstaf schrijft hij dan het volgende:

> 'Beperking van artikel 6:212 tot vermogensverschuivingen heeft het voordeel dat de vraag of een verrijking ongerechtvaardigd is, relatief eenvoudig kan worden beantwoord. De reden daarvoor is als volgt. Een vermogensverschuiving is een verrijking die voortvloeit uit het vermogen van de verarmde. Men kan ervan uitgaan dat de verrijking die voortvloeit uit het vermogen van de verarmde in beginsel daarin thuishoorde. Dit betekent dat elke vermogensverschuiving een rechtvaardiging behoeft. Zonder uitdrukkelijke rechtvaardiging is de verrijking ongerechtvaardigd. De vraag of een verrijking ongerechtvaardigd is, lost zich dan op in een enkel criterium: bestaat een rechtvaardiging voor de vermogensverschuiving? Ik meen dat dit criterium een inzichtelijke omlijning van artikel 6:212 mogelijk maakt.'[293]

De omlijning van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking is in de leer van Damminga zonder meer inzichtelijk. De inzichtelijkheid heeft wel een prijs. Bepaalde typen verrijkingsgevallen worden namelijk categorisch

291 Damminga 2014, p. 187.
292 Damminga 2014, p. 193-194, 201-202.
293 Damminga 2014, p. 201-202.

– zonder rekening te houden met de specifieke omstandigheden van het geval – van het toepassingsgebied van de verrijkingsregel uitgesloten. Zodra er geen sprake is van een vermogensverschuiving, mist artikel 6:212 lid 1 BW in deze zienswijze toepassing. De arresten *Van der Tuuk Adriani/Batelaan* (overlopende klanten),[294] *Hulsman/Van der Graaf* (overlopende klanten)[295] en *CFS/Stork* (onterecht beroep op octrooi)[296] zouden alle – zonder blik op de merites van de casus – afstuiten op het vereiste causale verband. Damminga geeft dit min of meer toe. Hij schrijft:

> 'Een dergelijke benadering brengt overigens met zich dat in gevallen waarin een verrijking niet uit het vermogen van de verarmde voortvloeit, terwijl afdracht van de verrijking wel wenselijk is, een andere bron dan ongerechtvaardigde verrijking wordt aangewezen.'[297]

Precies hier schuilt het probleem van de benadering van Damminga. Is afdracht van de verrijking 'wenselijk' maar is er geen sprake van een verrijking die het gevolg is van een vermogensverschuiving, dan moet – volgens Damminga – een andere bron dan ongerechtvaardigde verrijking worden aangewezen. Maar wat als er voor het concrete geval geen alternatieve bron van verbintenissen voorhanden is? De door Damminga bepleite beperkte uitleg van het ten-koste-van-vereiste past niet goed bij de 'taak' van de verrijkingsactie om het verbintenissenrecht aan te vullen als de reguliere bronnen van verbintenissen opgedroogd zijn. De verrijkingsactie moet niet afstuiten op de blinde eis van het causale verband, maar – als de actie inderdaad moet worden afgewezen – omdat niet voldaan is aan de eis dat de verrijking in het concrete geval ongerechtvaardigd is of – als de verrijking ongerechtvaardigd blijkt te zijn – schadevergoeding in de concrete omstandigheden van het geval niet redelijk is. Deze laatste twee eisen zijn feitengevoeliger: de omstandigheden van het geval kunnen daar beter in doorwerken en dit past bij een rechtsmiddel dat is ingevoerd als sluitstuk van het vermogensrecht.

5.4.5.2 De leer Koolhoven

Koolhoven merkt in haar dissertatie op dat het ten-koste-van vereiste niet goed uit de verf komt in het Nederlandse recht. Het wil maar niet functioneren als uitsluitingscriterium:

---

294 HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2018, *NJ* 1997/3, m.nt. E.J.H. Schrage (Van der Tuuk Adriani/Batelaan)..

295 HR 2 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9765, *NJ* 2001/319, m.nt. J.B.M. Vranken (Hulsman/De Graaf)..

296 HR 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6098, *NJ* 2008/120, m.nt. Ch. Gielen (CFS/Stork). Verrijkingsaansprakelijkheid werd afgewezen omdat de verrijking niet als ongerechtvaardigd werd geoordeeld. Hier kan, zoals verderop zal worden betoogd, anders over worden gedacht.

297 Damminga 2014, p. 194.

> 'Eine Ursache dafür, dass der "Kausalverband", so wie er im niederländischen Recht angewandt wird, als Ausschlusskriterium nicht funktioniert, ist, dass keine Klarheid über Bedeutung und Funktion der Formulierung "auf Kosten des anderen" herrscht.'[298]

In de literatuur wordt steevast opgemerkt dát er een causaal verband tussen de verrijking en de verarming moet bestaan, niet wát de precieze inhoud van dit vereiste is. In de rechtspraak is het vaak verknoopt met de schadeeis, het ongerechtvaardigdheidsvereiste en het redelijkheidsvereiste.[299] Dit alles is volgens Koolhoven verwarrend.[300] Om het tij te doen keren ontwikkelt zij in haar boek een theorie die een concrete invulling aan het vereiste causale verband beoogt te geven.

Heel in het kort komt haar visie op het volgende neer. Bij de vraag naar het causale verband tussen de verrijking en de verarming komt het er volgens Koolhoven op aan wie de *'Anspruchsgegners'* van elkaar zijn. Dit moet volgens haar worden bepaald aan de hand van objectieve factoren. In de kern ontleent zij haar theorie aan een ingenieuze interpretatie van het vereiste *causale* verband tussen de verrijking en de verarming.

> 'Eine Lösung ist, die andere Bedeuting des Wortes *causa* ins Blickfeld zu rücken. C*ausa* bedeutet nicht nur Ursache, sondern auch Sache: *chose* auf Französisch, coisa auf Portugiesisch, *goed* (früher Sache – zaak) im heutigen niederländischen BW. Meine These lautet, dass die Kausalität im Bereicherungsrecht bedeutet, dass zwei Personen, Geschädigter und Bereicherter, jeweils ein Verhältnis bzw. eine Position zu ein und demselben *goed* oder seinem Substitut (die Gegenleistung bei Weiterveräußerung oder einen Schadensersatzanspruch gegen einen Dritten) haben: als Eigentümer und Eigenbesitzer oder Eigentümer und Besitzer oder als ehemaliger Eigentümer und gegenwärtiger Eigentümer im weiten Sinne.'[301]

Aan het ten-koste-van-vereiste is voldaan als de verrijkte en de verarmde beiden in relatie (hebben ge)staan tot een bepaald goed of het substituut daarvan. Die relatie kan in een concreet geval maken dat de verrijkte en de verarmde verrijkingsrechtelijke *'Anspruchsgegners'* van elkaar zijn. Of die relatie er is hangt af van de objectieve normen van het goederenrecht die in het systeem van het vermogensrecht besloten liggen. 'Der Kausalverband liegt in dem *relativen* Verhältnis der zwei entstandenen Positionen. Der Vermögenszuwachs stammt aus einem fremden Vermögen und der Vermögensverlust gelangt immer in ein anderes Vermögen, anderfalls kommt es nicht zu einer Verarmung und Bereicherung.'[302] De goederenrechtelijke normen wijzen de weg bij de vraag wie in verrijkingsrechtelijke zin elkaars schuldeiser en schuldenaar zijn.[303] In een breed uitgesponnen betoog laat zij zien hoe dit in allerlei situaties uitwerkt.[304]

---

298 Koolhoven 2011, p. 92.
299 Koolhoven 2011, p. 92-96.
300 Koolhoven 2011, p. 97.
301 Koolhoven 2011, p. 100.
302 Koolhoven 2011, p. 100-101.
303 Koolhoven 2011, p.100-106.
304 Zie Koolhoven 2011, p. 108-176.

Hoewel het betoog fraai is, onderschrijf ik het niet. Sterk aan haar visie is dat haar criterium flink wat verrijkingsgevallen dekt. Aansprekend is ook dat het ten-koste-van-vereiste de (potentiële) verrijkingsschuldeiser en de (potentiële) verrijkingsschuldenaar aan elkaar verbindt. Verder wordt er aangesloten bij het goederenrecht en laat zij zien hoe dit in concrete gevallen uitwerkt. Met Koolhoven ben ik van mening dat de verrijkingsactie vaak als complement van het goederenrecht functioneert, maar in mijn optiek behoeft dit niet de enige functie van de verrijkingsactie te zijn. En daarmee ben ik bij de keerzijde van haar betoog. Bepaalde verrijkingsrechtelijke casusposities, namelijk die gevallen die níét in het verlengde van het goederenrecht liggen, worden in deze visie van het verrijkingsleerstuk afgesneden. Dit gaat ten koste van de aanvullende kracht van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking.

5.4.6 Het criterium van het zekere verband

De eis dat de gedaagde zijn verrijking ten koste van de eiser verkregen heeft moet niet te eng worden uitgelegd.[305] Enerzijds brengt een te enge uitleg van het vereiste mee, dat een groep verrijkingsgevallen categorisch van het leerstuk wordt uitgesloten. Dit past niet bij een bron van verbintenissen die het vermogensrecht beoogt aan te vullen wanneer er een niet voorzien geval rijst. Anderzijds bieden de overige vereisten van artikel 6:212 lid 1 BW genoeg ruimte om verrijkingsaansprakelijkheid af te wijzen, als aansprakelijkheid afgewezen moet worden. De volgende twee hoofdstukken gaan daarover.

Er is nog een tweede reden waarom het ten-koste-van-vereiste geen zware rem zet[306] (of behoeft te zetten) op de algemene verrijkingsaansprakelijkheid. Die reden is dat artikel 6:212 lid 1 BW schade vereist. In de regel zal schade vermogensvermindering betekenen. Is er vervolgens enige connectie – een zeker verband – tussen de verrijking van de gedaagde en de schade van de eiser, dan is er in wezen al sprake van een verrijking ten koste van de eiser. In zeker opzicht is mét de schade reeds de eerste stap gezet richting de conclusie dat de gedaagde ten koste van de eiser is verrijkt.

---

305 Zie echter: Hof Amsterdam 31 augustus 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ1218. De eiser bouwt in opdracht van de huurder 'neon lichtreclame' en 'neon lichtlijnen'. Wanneer de huurder failliet gaat spreekt de eiser de gedaagde verhuurder aan op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Eiser betoogt dat de verhuurder onder meer verrijkt is door ontvangen subsidie. Volgens het Hof Amsterdam is er echter geen voldoende verband tussen het ontvangen van subsidie voor 'de lichtobjecten' en het bouwen van de neonreclame. Zie ook: Rb. Limburg 5 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6623. Als de onderhuurder in plaats van aan de eiser aan de gedaagde is gaan betalen, is de gedaagde niet verrijkt ten koste van de eiser, maar ten koste van de ondervhuurder. Enerzijds heeft de onderhuurder dan onverschuldigd betaald aan de gedaagde, anderzijds heeft de eiser nog steeds een vordering op de onderhuurder. Zie voorts: Rb. Rotterdam 28 juni 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AZ1477, *NJF* 2006/505.

306 Of zoals Koolhoven het omschrijft 'nicht funktioniert'. Zie Koolhoven 2011, p. 92.

In mijn optiek eist het recht een zekere feitelijke connectie tussen de verrijking van de gedaagde en de schade van de eiser. Is dit het geval, dan is de gedaagde ten koste van de eiser verrijkt. Het kan, uiteraard, gaan om een directe vermogensverschuiving tussen de verrijkte en de verarmde, maar het kan ook gaan om een indirecte vermogensverschuiving. Het enkele feit dat de verrijkte zijn voordeel ontleent aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde doorbreekt het causaal verband niet. Maar ook als er géén vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden, kan het zijn dat in de omstandigheden van het geval moet worden gezegd, dat de gedaagde ten koste van de eiser is verrijkt.

Hoewel het hier bepleite criterium ruim is – en niet bijzonder 'scherp' – zijn er wel enige gevallen aan te duiden, waarin het vereiste verband tussen de verrijking en de verarming ontbreekt. Er zijn, met andere woorden, een aantal min of meer natuurlijke grenzen. Afgezien van gevallen waar er in de verste verten geen verband tussen de verrijking en de verarming bestaat – A wordt verrijkt doordat hij de jackpot wint terwijl B schade lijdt doordat hij diens auto in de prak rijdt – kunnen die grenzen als volgt worden gemarkeerd.

(i) Gedacht kan worden aan een geval waarin het ontstaansmoment van respectievelijk de verrijking en de verarming eraan in de weg staan dat causaal verband wordt aangenomen. Wint de gedaagde als nietsvermoedende deelnemer op zijn *Ponzi-scheme*-'beleggingen', dan is de verrijking die daarin besloten ligt, niet ten koste van een 'verliezende' belegger gegaan die pas is ingestapt nadat er is uitgekeerd aan de winnende belegger. Er kan alleen een verband tussen de verrijking van de winnaar van een *Ponzi*-scheme en de schade van een andere belegger zijn, indien de 'verliezende' belegger reeds is ingestapt op het moment van uitkering aan de winnende belegger.[307]

(ii) Een volgende reden waarom causaal verband afgewezen kan worden is dat de gedaagde diens verrijking met eigen middelen bewerkstelligd heeft. Dit is in verschillende modulaties denkbaar, waarvan een aantal de revue zal passeren.

De eiser verbouwt het pand van de gedaagde en maakt daarbij € 100.000 aan kosten terwijl de marktwaarde van het pand slechts stijgt met € 50.000 (de eiser heeft het niet erg handig aangepakt). Desondanks weet de verrijkte gedaagde – door zijn netwerk en overige kwaliteiten – het pand te verkopen voor € 50.000 boven de marktwaarde (waar de waardestijging van de verbouwing al in is verdisconteerd). De gedaagde is in dit geval voor € 50.000 verrijkt ten koste van de eiser. Tussen de resterende schade aan de kant van de eiser en de resterende verrijking aan de kant van de gedaagde bestaat geen verband als bedoeld in artikel 6:212 lid 1 BW.

---

307 Schonewille & De Jong wijzen er in hun analyse (terloops) op dat er niet altijd een causaal verband zal bestaan tussen de winst van de ene belegger en het verlies van de ander. Zie: Schonewille & De Jong 2012, par. 7. Damminga en Rijckenberg lijken meer in het algemeen het verband tussen de verrijking van de winnende belegger en de schade van een verliezende belegger te ontkennen. Zie Damminga & Rijckenberg in hun noot onder: HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, *JOR* 2011/387 (*Ponzi scheme*).

Het kan echter subtiel liggen. Er is in mijn optiek wél voldoende verband indien de eiser € 60.000 besteedt aan de bouw van een schuur op het perceel van de gedaagde, waardoor het perceel aanvankelijk met slechts € 30.000 in waarde toeneemt, maar de gunstige markt vervolgens bewerkstelligt dat de prijs van het perceel omhoogschiet. Voor zover de waardestijging die het gevolg is van een goede markt aan de schuur kan worden toegerekend, is de verrijking ten koste van A gegaan. Een andere vraag is, of die verrijking ongerechtvaardigd is en of vergoeding redelijk is.

Een ander voorbeeld is het volgende.[308] De eiser vordert van gedaagde schadevergoeding voor de waardevermindering van zijn nieuwbouwhuis ten gevolge van een mankement (het beton was vervuild met ongebluste kalk). Daarop spreekt de gedaagde, op zijn beurt, de aannemer aan. Het probleem blijkt bij een zestiental huizen te spelen. De gedaagde en de aannemer schikken de kwestie in der minne. De aannemer verbindt zich jegens de gedaagde onder meer een bedrag aan de gedaagde te betalen ter afwikkeling van de gerezen problemen. Op het moment dat de gedaagde op het punt staat een vaststellingsovereenkomst met eiser te sluiten en belope van € 50.000 – de concepten zijn al over en weer gegaan – blijkt het mee te vallen met de schade. De vaststellingsovereenkomst (en de ermee gemoeide betaling) tussen gedaagde en eiser gaat niet door, terwijl de gedaagde wel het geld van de schikking met de aannemer in zijn zak heeft zitten.

Is de gedaagde door dit laatste ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van de eiser? De Rechtbank Midden-Nederland oordeelt terecht dat het verband tussen de verrijking en de verarming ontbreekt.[309] De vergoeding van de aannemer aan de gedaagde vloeide voort uit de tussen hen geldende aannemingsovereenkomst. De verrijking van de gedaagde is eerder ten koste van de aannemer gegaan, dan ten koste van de eiser wiens schade – achteraf gezien – gering is.[310] Met andere woorden: of de eiser (de koper van het huis) een vordering op de gedaagde (de verkoper) heeft, zal afhangen van de contractuele verhouding met de gedaagde. De door de gedaagde ontvangen gelden kunnen daar niets aan toe of afdoen. Er is bijvoorbeeld niet zonder meer reden om de schade van de eiser heeft geleden op dit bedrag te begroten.

Een geval waarover men op het punt van het causale verband kan twijfelen is de casus die ten grondslag lag aan *Rohde Nielsen/De Donge*. Rohde Nielsen sluit met De Donge een *'charter/purchase'*-overeenkomst met betrekking tot het vaartuig 'de Machiavelli'. Op grond van deze overeenkomst huurt Rohde Nielsen het vaartuig voor *ƒ* 1.700.000 per jaar. Bovendien heeft Rohde Nielsen een koopoptie om 'de Machiavelli' te kopen voor een prijs 'die volgens een in de overeenkomst neergelegde staffel afliep van *ƒ* 9.700. 000 in september 2000 tot *ƒ* 7.977.013 in september 2002'.

---

308 Rb. Midden-Nederland 14 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7687.

309 R.o. 4.5-4.7.

310 Welke verrijking vermoedelijk gerechtvaardigd zal zijn op grond van de vaststellingsovereenkomst.

Nadat Rohde Nielsen op 2 januari 2002 tevergeefs een bod heeft gedaan van *ƒ* 6.800.000 (het bod was vanwege beweerdelijke reparatiekosten lager) vergaat 'de Machiavelli' op 22 februari 2002. De Donge krijgt de verzekerde som van *ƒ* 10.000.000 uitgekeerd. De vraag is gerezen of Rohde Nielsen de Donge kan aanspreken op grond van ongerechtvaardigde verrijking op de voet van artikel 6:78 jo. 6:212 BW omdat – mét 'de Machiavelli' – zijn optierecht is vergaan. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag (in een overweging ten overvloede) ontkennend:[311]

> 'De Donge kreeg door het vergaan van de Machiavelli een vordering op de verzekeraars daarvan ten belope van het eerdergenoemde bedrag van *ƒ* 10.000.000. Als gevolg van het bestaan van die verzekering kwam De Donge in een voordeliger positie te verkeren dan waarin zij zou hebben verkeerd als Rohde Nielsen tijdig de door haar bedongen koopoptie zou hebben ingeroepen. Als Rohde Nielsen dit zou hebben gedaan, had De Donge immers voor de Machiavelli een koopprijs ontvangen van *ƒ* 8.451.632.
> Rohde Nielsen verloor door het vergaan van de Machiavelli haar koopoptie op dat schip. Die koopoptie vertegenwoordigde een zekere vermogenswaarde.
> Hoewel het vergaan van de Machiavelli dus De Donge voordeel heeft gebracht en Rohde Nielsen nadeel, is de door onderdeel 1.1 verdedigde stelling toch niet juist. Zoals uit het hiervoor overwogene volgt, hebben het voordeel van De Donge en het nadeel van Rohde Nielsen immers weliswaar beide te maken met het vergaan van de Machiavelli, maar hebben zij niettemin een verschillende oorzaak. Daarom brengen de regels betreffende ongerechtvaardigde verrijking, die van toepassing zijn op de in art. 6:78 BW (waarop Rohde Nielsen zich beroept) bedoelde gevallen, mee dat laatstgenoemde aan deze bepaling geen vorderingsrecht op De Donge kan ontlenen: tussen dat voordeel en dat nadeel bestaat immers niet het voor toepassing van artikel 6:212 BW vereiste verband.'

In mijn optiek is deze overweging ten overvloede wat te kort door de bocht. Of het verband tussen de verrijking en de schade ontbreekt, hangt in een geval als dit sterk af van de omstandigheden van het geval. Er moet op het punt van de schade een onderscheid worden gemaakt tussen het verlies van de waarde van het optierecht aan de ene kant en de overige schade die Rohde Nielsen zou kunnen lijden door het vergaan van 'de Machiavelli' aan de andere kant.

Op het punt van de waarde van het optierecht lijkt er zeker een verband te bestaan tussen de verrijking van De Donge en de schade van Rohde Nielsen. Rohde Nielsen moest *ƒ* 8.451.632 betalen voor de Machiavelli, De Donge zou dit bedrag ontvangen. Was het vaartuig voor het vergaan in werkelijkheid *ƒ* 9.451.632 waard, dan is De Donge ten koste van Rohde Nielsen verrijkt met de waarde van het optierecht dat om en nabij de *ƒ* 1000.000 zal

311 HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT9060, *NJ* 2006/148, m.nt. G.R. Rutgers (Rohde Nielsen/De Donge).

liggen.[312] Temeer omdat – zoals uit het arrest van het hof blijkt[313] – Rohde Nielsen meeverzekerd was en de premie betaalde. De verdere inrichting van het contract en de gang van zaken rond het contract kan een rol spelen bij het ongerechtvaardigdheidsvereiste en het redelijkheidsvereiste. Eventueel kan bij de waardering van de verrijking en verarming een rol spelen dat Rohde Nielsen diens optierecht vooralsnog niet ingeroepen heeft.

Lijdt Rohde Nielsen daarnaast schade die verband houdt met het missen van de Machiavelli in zijn bedrijfsvoering, dan zou inderdaad betoogd kunnen worden dat die schade níet in verband staat met de overige verrijking aan de kant van De Donge. De verzekeringspenningen die de werkelijke waarde van de Machiavelli te boven gaan 'mist' Rohde Nielsen omdat hij verzuimd heeft zijn optierecht in te roepen. Is 'de Machiavelli' ƒ 9.500.000 waard, dan staat de verrijking van De Donge ten belope van ƒ 500.000 niet in verband met de schade die Rohde Nielsen lijdt doordat hij de boot in zijn bedrijfsvoering moet missen. Een bijkomend argument is dat 'de Machiavelli' – wellicht, de feiten maken het niet heel duidelijk – hoe dan ook gezonken zou zijn.

(iii) Ten slotte zijn er gevallen waarin de verrijking van de gedaagde eerder ten koste van een ander is gegaan, dan ten koste van de eiser die de verrijkingsvordering instelt.[314]

Wanneer X zich in het rekeningnummer vergist, en in plaats van aan de eiser (die inderdaad een vordering op X heeft), aan de gedaagde betaalt, dan zou – in het normale geval – gezegd kunnen worden dat het verband tussen de verrijking van de gedaagde (de ontvangst van de onverschuldigde betaling) en de schade van de eiser ontbreekt. De gedaagde is verrijkt ten koste van X; X heeft een vordering op grond van onverschuldigde betaling op de gedaagde en de eiser heeft nog steeds een vordering op X. De eiser zal de gedaagde in beginsel niet kunnen aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking vanwege het ontbreken van voldoende verband.

Bijkomende omstandigheden kunnen tot een ander oordeel nopen. Het geval is eerder in dit hoofdstuk genoemd. Wanneer X een bejaarde restaurantbezoeker is en de rekening aan de eiser (de restauranthouder) – ten onrechte – aan de gedaagde (een andere restaurantbezoeker) voldoet en X vervolgens met de noorderzon vertrokken is, dan moet het ervoor worden

312 De Rechtbank Middelburg kwam in een vonnis uit 2005 inderdaad tot het oordeel dat het redelijk is, dat Rhode Nielsen € 150.000 van de verzekeringspenningen krijgt. Na het arrest van de Hoge Raad laat de rechtbank dit eerdere oordeel varen, gelet op de overweging ten overvloede van de Hoge Raad. Zie: Rb. Middelburg 28 november 2011, ECLI:NL:RBMID:2012:BZ5894, r.o. 2.3 en r.o. 2.4.2.

313 Zie r.o. 5 en 7 arrest hof te kennen uit: HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT9060, *NJ* 2006/148, m.nt. G.R. Rutgers.

314 Rb. Limburg 5 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6623. Als de onderhuurder in plaats van aan de eiser aan de gedaagde is gaan betalen, is de gedaagde niet verrijkt ten koste van de eiser, maar ten koste van de onderhuurder. Enerzijds heeft de onderhuurder dan onverschuldigd betaald aan de gedaagde, anderzijds heeft de eiser nog steeds een vordering op de onderhuurder. Zie ook: GiEA Curaçao, 24 juli 2017, ECLI:NL:OGEAC:2017:95.

gehouden, dat de gedaagde ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de eiser. De gedaagde is in die zin verrijkt, dat X zijn vordering op grond van onverschuldigde betaling – vermoedelijk – nooit zal uitoefenen op de eiser (hij dacht immers aan het restaurant te betalen) en de eiser heeft in die zin schade dat hij zijn vordering niet meer op X zal kunnen verhalen omdat deze is vertrokken. Zowel de verrijking van de gedaagde als de verarming van de eiser hangen samen met het vertrek van X.

Samenvattend zou ik, met de parlementaire geschiedenis, als criterium willen hanteren, dat het ten-koste-van-vereiste een zeker verband tussen de verrijking en de verarming eist. Alleen in gevallen waarin het verband tussen het verband tussen de verrijking en de schade evident afwezig is, zou op grond van het ten-koste-van-vereiste moeten worden afgewezen. In dit verband zijn er – niet limitatief bedoelde – contra-indicaties aan de orde gekomen.

5.4.7 Een te ruim criterium?

Is de hier verdedigde zienswijze niet te ruimhartig? Verdient het de voorkeur om de verrijkingsaansprakelijkheid reeds op het punt van het causale verband in te dammen? Ontstaat er in de hier verdedigde visie niet een te grote 'druk' op het ongerechtvaardigdheidsvereiste en het redelijkheidsvereiste? Deze vragen kunnen ontkennend worden beantwoord. In het volgende hoofdstuk zal worden betoogd – en eerder is het al aangestipt[315] – dat de aard van het verband tussen de verrijking en de verarming rechtstreeks van invloed is op de maatstaf waarmee bepaalt moet worden of een verrijking in een concreet geval ongerechtvaardigd is of niet.

Is er sprake van een vermogensverschuiving tussen de verarmde en de verrijkte, dan moet er voor de vermogensverschuiving een rechtvaardigingsgrond bestaan. Ontbreekt de rechtvaardigingsgrond dan is de verrijking ongerechtvaardigd. Binnen die groep kan er verschil gemaakt worden tussen directe vermogensverschuivingen en indirecte vermogensverschuivingen.

Gaat het om een andersoortig verband dan een vermogensverschuiving, dan is het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond een noodzakelijke, maar niet een voldoende voorwaarde voor de conclusie dat de verrijking in het concrete geval ongerechtvaardigd is. Naast het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond is een bijzondere reden vereist die de verrijking in het concrete geval ongerechtvaardigd doet zijn. Hoe verder het verband tussen de verrijking en de verarming verwijderd is, des te minder snel zal de verrijking ongerechtvaardigd zijn jegens de verarmde.

315 Zie par. 4.5.

Het volgende hoofdstuk gaat dieper op dit ongerechtvaardigdheidsvereiste in. Een van de centrale stellingen is dat er tussen verschillende typen verrijkingscasus moet worden gedifferentieerd.

5.5 Slotsom

De verrijkingseis, het schadevereiste en het vereiste causale verband zijn in dit hoofdstuk – tamelijk uitvoerig – besproken. Aandacht is geschonken aan het verrijkingsbegrip, de begroting van de verrijking, het schadebegrip, de algemene regels van het schadevergoedingsrecht en de aard van het vereiste causale verband. Daarbij is aandacht besteed aan de heersende leer (en af en toe is ervan afgeweken) alsmede aan opvattingen in de literatuur die (nog) niet heersend zijn.

Een belangrijke rode draad in dit hoofdstuk is dat het verrijkingsvereiste, het schadevereiste en het vereiste causale verband ruimhartig moeten worden opgevat omwille van de aanvullende functie van de verrijkingsvordering. Zo moet de verrijking (conform de heersende leer) *objectief* worden opgevat en is de verrijking niet beperkt tot een vermogensvermeerdering maar is (anders dan wordt geleerd) een *pluriform* verrijkingsbegrip bepleit. Bij de invulling van het schadevereiste moet rekening worden met de strekking van de verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis hetgeen tot een schadebegrip leidt dat op punten ruimer is dan dat van (bijvoorbeeld) artikel 6:162 BW. Bovendien is bepleit dat de rechter de bevoegdheid heeft om schadevergoeding in natura toe te wijzen op de voet van artikel 6:103 BW, ook indien de eiser niet expliciet om deze vorm van schadevergoeding heeft gevraagd. Deze bevoegdheid is mede gebaseerd op de redelijkheidstoets. Deze mogelijkheid geeft de rechter de ruimte om maatwerk te leveren hetgeen de aanvullende kracht van de verrijkingsvordering vergroot.

Ten slotte is een soepel opgevat causaal verband bepleit, waarbij een 'zeker verband' tussen de verrijking en de schade – behoudens contra-indicaties – voldoende verband is in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW. In het volgende hoofdstuk zal echter blijken, dat naarmate het causale verband losser is, de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser minder snel zal kwalificeren als een verrijking die ongerechtvaardigd is.

6 Het ongerechtvaardigdheidsvereiste

6.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is onderzocht wanneer de gedaagde is verrijkt ten koste van de eiser en wanneer de eiser schade heeft geleden. Betoogd is om de vereiste verrijking, de schade en het verband daartussen ruim op te vatten, zodat niet te veel potentiële verrijkingsgevallen *a priori* van de algemene verrijkingsvordering zijn uitgesloten. Het is nu tijd dat een begin wordt gemaakt met het scheiden van het kaf van het koren en in te gaan op het voor de verrijkingsaansprakelijkheid centrale vereiste, dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser *ongerechtvaardigd* is.

Zonder twijfel spreekt dit vereiste het meest tot de verbeelding. Daar waar de vraag, of de gedaagde is verrijkt ten koste van de eiser, neutraal is – in die zin, dat het recht daar niet afkerig tegenover staat – is de vraag onder welke omstandigheden de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser *ongerechtvaardigd* is, sterk normatief geladen. Rechtspolitieke momenten in het systeem van het vermogensrecht, zoals het uitgangspunt van het vermogensrechtelijke toebehoren, de bindende kracht van de obligatoire overeenkomst en de strekking van civielrechtelijk relevante wettelijke normen, zijn direct van invloed op de beantwoording van deze vraag. Het ongerechtvaardigdheidsvereiste is daarmee een belangrijk zwaartepunt van het verrijkingsleerstuk.

Tegelijkertijd moet worden bedacht, dat niet het hele normatieve werk op de schouders van dit vereiste rust. De gedaagde is immers alleen voor diens ongerechtvaardigde verrijking aansprakelijk, *voor zover dit redelijk* is. Niet alle nuances behoeven daarom reeds in het kader van het ongerechtvaardigdheidsvereiste aan bod te komen. Het ongerechtvaardigdheidsvereiste kan zich richten op omstandigheden die de verrijking ongerechtvaardigd doen zijn. In het kader van het redelijkheidsvereiste kan vervolgens worden bezien of er omstandigheden zijn, die in de weg staan aan verrijkingsaansprakelijkheid. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn als een concrete verrijkingsaansprakelijkheid de gedaagde een ongewenst bestedingspatroon zou opdringen. Het redelijkheidsvereiste komt in het volgende hoofdstuk aan de orde. Bij de lezing van dit hoofdstuk moet in het achterhoofd worden gehouden dat in het kader van het redelijkheidsvereiste verschillende argumenten aan bod kunnen komen die tegen een *prima facie* verrijkingsaansprakelijkheid pleiten.

Inzet van dit hoofdstuk is om een maatstaf te vinden aan de hand waarvan kan worden bepaald of de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser ongerechtvaardigd is. Gezocht wordt naar een toets die flexibel genoeg is om recht te doen aan de bijzondere omstandigheden van het geval en die bovendien een niet te grote rem zet op de ontwikkeling van ongerechtvaardigde verrijking als zelfstandige bron van verbintenissen. Tegelijkertijd moet de toets zodanig zijn, dat verrijkingsaansprakelijkheid op een aansprekende – en inzichtelijke – wijze kan worden afgewezen, als deze in de omstandigheden van het geval moet worden afgewezen. Goede redenen voor afwijzing zijn van even groot belang als goede redenen voor toewijzing.

Het doel van dit hoofdstuk is niet om een toverformule te vinden waarmee met een enkel woord de gerechtvaardigde van de ongerechtvaardigde verrijkingen kunnen worden gescheiden. Doel is om een conceptueel perspectief tot ontwikkeling te brengen aan de hand waarvan kan worden afgewogen, of de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser in het concrete geval ongerechtvaardigd is. Daarbij zal worden gedifferentieerd tussen verschillende typen verrijkingsgevallen. Per gevalstype zal globaal worden aangegeven wat ten aanzien van de ongerechtvaardigdheid het uitgangspunt moet zijn en waarom dat zo is. Vervolgens zal per gevalstype worden bezien wanneer van het uitgangspunt mag worden afgeweken.

6.2 Twee benaderingen

Voordat we afdalen naar de analyse van het ongerechtvaardigdheidsvereiste van artikel 6:212 lid 1 BW, is het goed om een moment vanuit een rechtsvergelijkend perspectief bij het ongerechtvaardigdheidsvereiste stil te staan. Er zijn twee, min of meer tegen over elkaar staande conceptuele benaderingen, waarmee het ongerechtvaardigdheidsvereiste kan worden benaderd.[1]

Aan de ene kant is er de continentale benadering, die een verrijking als ongerechtvaardigd beschouwt, indien deze het gevolg is van een vermogensverschuiving zonder dat deze berust op een toereikende grond (de *sine causa*-benadering). Aan de andere kant is er de traditionele *common law*-benadering, die een verrijking van de gedaagde ten koste de eiser als ongerechtvaardigd aanmerkt, indien er een *unjust factor* kan worden aangewezen, die de verrijking van de gedaagde ongerechtvaardigd doet zijn (de *unjust factors*-benadering).

1 Zie bijvoorbeeld: Goff & Jones 2016, nr. 1-21; Meier 2002, p. 37; Krebs 2002, p. 77-80; Birks 2005, p. 102-108; Dannemann 2009, p. 158-160.

Beide benaderingen zullen globaal worden geschetst.[2] Doel is om – op conceptueel niveau – de hoofdlijnen van beide benaderingen voor het voetlicht te brengen, zodat in het vervolg van dit hoofdstuk bij de verschillende benaderingen kan worden aangesloten. Hoewel – voor zover ik het overzie – vooral in de *common law* de vraag wordt opgeworpen of er naar de continentale benadering moet worden overgestapt,[3] zal hier betoogd worden, dat het voor het Nederlandse recht voor – enkele – specifieke verrijkingsgevallen zinvol is om te werken met een maatstaf die geïnspireerd is door de Engelse *unjust factors*-benadering,[4] al zal de uitwerking van de hier bepleite benadering (zeer) sterk van de Engelse verschillen en zal de hier ontwikkelde *'unjust-factors'*-benadering bovendien op andere gevallen worden toegepast dan die waarop de traditionele Engelse *unjust factors*-benadering wordt toegepast.

6.2.1 De *sine causa*-benadering

'[H]et privaatrecht', zo schrijft Schoordijk, 'volgt vermogensverschuivingen met argusogen.'[5] Dit beeld is, zeker ten aanzien van de continentale *sine causa*-benadering, treffend. Want steeds als er een vermogensverschuiving tussen de verarmde en de verrijkte heeft plaatsgevonden, dient er voor deze vermogensverschuiving een rechtvaardigingsgrond – een *causa* – te bestaan. Bestaat er voor een vermogensverschuiving geen toereikende rechtvaardigingsgrond – zoals een daartoe strekkende wet of rechtshandeling – dan is de verrijking van de verrijkte ten koste van de verarmde ongerechtvaardigd. De verarmde heeft dan – in beginsel – een verrijkingsactie tegen de verrijkte. Onder het oude BW werd dan ook, als het over de (niet gecodificeerde) verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking ging, wel gesproken over de verbintenis uit 'ongegronde vermogensvermeerdering' of 'ongegronde verrijking'.[6] Deze aanduiding sluit nauw aan bij de *sine causa*-benadering; een ongerechtvaardigde verrijking is een verrijking ten koste van een ander zonder *grond* die haar rechtvaardigt.

---

2 Een soortgelijke exercitie is eerder verricht door: Verhagen 1996, 368-377. Daarnaast heeft Damminga in zijn dissertatie veel aandacht besteed aan het Engelse recht. Zie Damminga 2014, p. 17-83, waarvan met name p. 44-61 over de *unjust factors*-benadering gaat.

3 Zie vóór een continentale benadering: Birks 2005, p. 101-160; Baloch 2007, p. 636-653. De handboeken handhaven de *unjust factors*-benadering. Zie: Goff & Jones 2016, nr. 1-21-25; Virgo 2015, p. 127-132; Burrows 2011, p. 95-116.

4 Damminga verwerpt de hantering van de *unjust factors*-benadering voor het Nederlandse recht. Zie Damminga 2014, p. 60-61.

5 Schoordijk 1984, p. 626. Het beeld is ook gebruikt in: Schoordijk 1999, p. 166.

6 Zie bijvoorbeeld de titels van de dissertaties: M.H. Bregstein, *Ongegronde Vermogens-vermeerdering,* Amsterdam: H.J. Paris 1928; A.M. Biegman-Hartogh, *Ongegronde verrijking*, Assen: Van Gorcum 1971.

Zimmermann heeft laten zien dat de *sine causa*-benadering is geworteld in het Romeinse recht en de receptie daarvan. Het Romeinse recht kende verschillende benoemde verrijkingsrechtelijke condicties, waarvan de *condictio indebiti* (de verbintenis vanwege een onverschuldigde betaling) de bekendste is. Naast deze benoemde *condictiones* ontwikkelde zich een algemene condictie – de *condictio sine causa* – die steeds naast de benoemde condicties van toepassing was.[7] Zimmermann schrijft daarover:[8]

> '"Sine causa" may […] be seen as a common denominator for the whole range of Roman enrichment condictiones, and as such it presented itself as a suitable starting point for streamlining the law of unjustified enrichment.'

Zimmermann wijst erop dat Von Savigny heeft uiteengezet dat het beginsel dat aan de Romeinse *condictiones* ten grondslag ligt, steeds hetzelfde is. Steeds gaat het om gevallen waarin (i) de verrijkte is verrijkt uit het vermogen van de verarmde, terwijl (ii) daar geen rechtvaardigingsgrond voor bestaat.[9] In navolging van Von Savigny heeft de Duitse wetgever een algemene verrijkingsactie in de wet opgenomen, die is gestoeld op de *sine causa*-benadering.[10] Ook het gloednieuwe Franse recht staat in de sleutel van de *sine causa* benadering. *'L'enrichissement est injustifié'*, zo bepaalt artikel 1303 lid 1 Cc, *'lorsqu'il ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation par l'appauvri ni de son intention libérale.'*

Belangrijker dan de historische wortels van de *sine causa*-benadering, is dat de *sine causa*-benadering berust op een stevig fundament. Bij de bespreking van de *sine causa*-conceptie van het verrijkingsbeginsel is dit reeds aan de orde gekomen.[11] Het begrip vermogens*verschuiving* impliceert, dat de door de verrijkte verkregen vermogensbestanddelen eerder rechtens aan de verarmde toebehoorden. In dit vroegere toebehoren ligt aldus een reden besloten waarom de verrijking van de verrijkte ten koste van de verarmde ongerechtvaardigd is indien er voor deze vermogensverschuiving een rechtvaardigingsgrond ontbreekt.[12] Als een recht aan iemand toebehoort, dan mag dit recht niet zonder meer – niet zonder rechtvaardigingsgrond – overgaan op een ander.[13] Dit brengt met zich, dat als eenmaal geconstateerd is, dat er tussen de verarmde en de verrijkte een vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden, er een forse stap is gezet richting de conclusie dat de verrijking van de verrijkte ten koste van de verarmde ongerechtvaardigd is. Voor ongerechtvaardigdheid is slechts vereist dat een rechtvaardigingsgrond

7 Zimmermann 1990, p. 872.
8 T.a.p.
9 Zimmermann 1990, p. 871-873.
10 Danneman 2009, p. 8-9.
11 Zie par. 2.6.2.
12 Webb heeft recentelijk getracht ook het Engelse verrijkingsrecht op deze gedachte te funderen. Zie Webb 2016, p. 75-76 en p. 85-102.
13 Zie voor het Nederlandse recht: Nieskens-Isphording 1991, p. 10-11; Damminga 2014, p. 227. Zie over de onverschuldigde betaling: Scheltema 1997, p. 9.

ontbreekt. Van hieruit ontvouwt zich een belangrijk kenmerk van de *sine causa*-benadering. Is er een vermogensverschuiving, dan is het startpunt van de analyse, dat een daaruit voortvloeiende verrijking ongerechtvaardigd is. Dit is alleen anders als er in de omstandigheden van het geval een rechtvaardigingsgrond voor de verrijking kan worden aangewezen. In het DCFR komt dit in artikel VII-2.101 treffend naar voren:

> 'An enrichment is unjustified *unless*: (a) the enriched person is entitled as against the disadvantaged person to the enrichment by virtue of a contract or other juridical act, a court order or a rule of law; or (b) the disadvantaged person consented freely and without error to the disadvantage.' (Curs. TvdL)

Een verrijking is ongerechtvaardigd *tenzij* er een rechtvaardiging voor de vermogensverschuiving is. Met dit uitgangspunt wordt de aandacht welhaast automatisch gevestigd op de gronden die vermogensverschuivingen kunnen rechtvaardigen.[14]

Verschillende schrijvers hebben erop gewezen dat in de *sine causa*-benadering de reden, waarom een rechtvaardigingsgrond in een concreet geval ontbreekt, er niet toe doet.[15] Het maakt voor de ongerechtvaardigdheid van de vermogensverschuiving bijvoorbeeld niet uit, of de grond ontbreekt omdat deze van meet af aan afwezig is, of omdat een overeenkomst die als grond dient achteraf en met terugwerkende kracht is vernietigd. Dit brengt met zich, dat de gronden van nietigheid en vernietigbaarheid, buiten het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking vallen. De *sine causa*-benadering stelt de abstracte gedachte voorop dat een vermogensverschuiving een rechtvaardiging behoeft; wat als een rechtvaardiging geldt of kan gelden is een vraag die over de volle breedte van het vermogensrecht wordt beantwoord.

Hoewel in dit beeld waarheid schuilt, kan tegelijkertijd – in mijn optiek – niet worden ontkend, dat de vraag wat als een toereikende grond geldt een vraag is die mede binnen het kader van artikel 6:212 lid 1 BW (of artikel 6:203 BW) moet worden beslist. De vraag, bijvoorbeeld, of een verrijking die uit de wet voortvloeit – terwijl de wet die verrijking beoogt te rechtvaardigen – in bijzondere omstandigheden toch ongerechtvaardigd kan zijn, is een vraag die het hart van het verrijkingsleerstuk raakt.[16] Hetzelfde geldt voor de vraag of een overeenkomst met een ander dan de verarmde jegens de verarmde kan gelden als een rechtvaardigingsgrond in het kader van artikel 6:212 lid 1 BW.[17]

---

14 Gordley 2006, p. 422.
15 Zweigert & Kötz 1998, p. 542; Burrows, p. 36.
16 Zie daarover par. 6.5.4.
17 Zie daarover par. 6.5.3.

6.2.2 De *unjust factors*-benadering

In de traditionele *common law*-benadering wordt de vraag of een verrijking van de een ten koste van de ander ongerechtvaardigd is – vanuit een conceptueel oogpunt – op een fundamenteel andere manier benaderd dan de continentale *civil law* stelsels zoals het Nederlandse.[18] Daar waar in *civil law* stelsels een verrijking ongerechtvaardigd is als de vermogensverschuiving niet krachtens een toereikende rechtvaardigingsgrond heeft plaatsgevonden, is in de *common law* een verrijking alleen ongerechtvaardigd als er in de omstandigheden van het geval een *'restitutionary ground'* of *'unjust factor'* aanwezig is.[19] Een dergelijke *'restitutionary ground'* of *'unjust factor'* is een positieve reden waarom een bepaalde verrijking van de een ten koste van de ander ongerechtvaardigd is.[20]

Als de eiser aan de gedaagde een betaling heeft verricht, zonder dat hij daartoe verplicht was, bijvoorbeeld omdat het contract op grond waarvan hij heeft betaald is vernietigd, dan is de verrijkingsrechtelijke afwikkeling in een continentaal rechtsstelsel alleszins overzichtelijk. Zo moet de betaling naar Nederlands recht, ongedaan worden gemaakt, omdat er geen rechtsgrond voor de betaling aanwezig is. In de Engelse *unjust factors approach* is het precies één slag ingewikkelder en is het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond voor de vermogensverschuiving over het algemeen een noodzakelijke,[21] maar niet een voldoende voorwaarde om de verrijking die het gevolg is van de betaling ongerechtvaardigd te doen zijn. Vereist is dat er in de omstandigheden van het geval een *unjust factor* aanwezig is die de verrijking ongerechtvaardigd doet zijn. Dit is bijvoorbeeld het geval als is betaald onder invloed van dwaling (*mistake*), dwang (*duress*) of misbruik van omstandigheden (*undue influence*). Het kan heel wel zo zijn dat eerst de overeenkomst moet worden aangetast en dat vervolgens – daarbovenop – moet worden aangetoond dat er een *unjust factor* is die tot restitutie aanleiding geeft.[22] Het ongerechtvaardigdheidsvereiste is dus naar het Engelse recht conservatiever, dan het geval is in de *sine causa*-benadering. Beatson schrijft:

> 'In stark contrast with the civilian approach, the defendant need not justify his or her retention for *it is not enough* that the defendant's retention was without legal ground. Rather, English law requires the claimant to establish a positive reason for recovery by satisfying one of the accepted grounds of restitution.'[23] [Curs. TvdL]

18 Daarover ook Verhagen 1996, p. 372-377; Damminga 2014, p. 44-46.
19 Goff & Jones 2016, nr. 1-21; Burrows 2012, p. 31. De benadering is ontwikkeld door Birks: Birks 1985, p. 19.
20 Beatson & Schrage 2003, p. 253; Meijer 2007, p. 3.
21 Zie Goff & Jones 2016, nr. 1-11-1-12 en ch. 2 en 3; Burrows 2012, nr. 3(6) en 10(6).
22 Damminga 2014, p. 60.
23 J. Beatson, E.J.H. Schrage (red.), *Unjustified Enrichment,* Oxford an Portland, Oregon: Hart Publishing 2003, p. 253.

Er zijn grofweg drie groepen *unjust factors*.[24] Een eerste groep van zulke restitutiegronden zijn *unjust factors* die aanknopen bij het feit dat de bevoordelingsbedoeling van de eiser afwezig of gebrekkig is.[25] Sommige daarvan zijn nauw verwant aan 'onze' wilsgebreken.[26] Als de verarmde, bijvoorbeeld, heeft betaald onder invloed van een *mistake* of bepaalde gevallen van *duress* dan is de daaruit voortvloeiende verrijking van de ontvanger ongerechtvaardigd. Ook kan worden gedacht aan gevallen van *'legal compulsion'*.[27] Als de eiser, bijvoorbeeld als borg, door de schuldeiser van de gedaagde is gedwongen een schuld van de gedaagde te voldoen, dan heeft hij een actie tegen de gedaagde hoofdschuldenaar. Cruciaal is, dat de borg in dat geval niet de wil had de gedaagde te verrijken. Er is sprake van *legal compulsion*.[28]

Een tweede groep van restitutiegronden ziet op gevallen waarin de verarmde weliswaar de verrijkte wilde verrijken, maar de voorwaarden waaronder hij dit wilde doen niet zijn uitgekomen terwijl de gedaagde op de hoogte was – of op de hoogte kon zijn – van die voorwaarde.[29] Het gaat om de restitutiegrond *total failure of consideration*[30] of *failure of basis*.[31] Er kan bijvoorbeeld worden gedacht aan gevallen in de contractuele sfeer waarin één van de partijen betaald heeft terwijl de ander nalaat zijn verplichting na te komen. Na de ontbinding (*termination*) kan de verarmde – onder omstandigheden – een verrijkingsactie instellen tegen de ontvanger.[32] Anderzijds kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het geval, waarin de vader van de aanstaande bruid, aan zijn aanstaande schoonzoon € 1.000 ten behoeve van de voorgenomen huwelijksreis. Gaat het huwelijk niet door, dan heeft de gewezen schoonvader mogelijk een verrijkingsactie tegen zijn gewezen schoonzoon vanwege *total failure of consideration*.[33]

Een derde groep van *unjust* factors wordt gevormd door restitutiegronden die om rechtspolitieke redenen zijn erkend.[34] Het is een restcategorie waar onder meer het geval onder valt waarin de eiser belasting betaalt in een geval waarin de overheidsinstantie niet de bevoegdheid had de belasting te heffen. Ook kan gedacht worden aan gevallen die wij onder de zaakwaarneming zouden scharen. Het gaat dan om restitutie op grond van de *unjust factor 'necessity'*.[35]

---

24 Ik volg de indeling gemaakt door Birks 1985. Het is niet de enige mogelijke indeling. Vgl. Bijvoorbeeld Goff & Jones 2016, nr. 1-25.
25 P. Birks 1985, p. 140 e.v.
26 In deze zin Damminga 2014, p. 49 e.v. en p. 61.
27 Zie over deze unjust-factor: Burrows 2012, nr 18;
28 Birks 1985, p. 186.
29 Birks 1985, p. 219 e.v.; Zie Goff & Jones 2016, nr. 12-01 e.v.
30 Burrows 2011, p. 341
31 Zie Goff & Jones 2016, nr. 12-01 e.v.
32 Zie daarover: Goff & Jones 2016, nr. 13-16-13-17; Burrows 2012, nr. 18.
33 Vgl. Burrows 2012, nr. 15(2); Burrows 2011, p. 398.
34 Birks, 1985, p. 294 e.v.; Goff & Jones 2016, nr. 1-25.
35 In discussie is of het recht in enkele bijzondere gevallen recht op restitutie geeft of dat er veeleer een algemene regel aanvaard moet worden. Zie Goff & Jones 2016, nr. 18-01.

Komt er een in de *case law* erkende *unjust factors* voor toepassing in aanmerking dan is daarmee het pleit nog niet beslecht. Burrows schrijft, dat de indicatie van een *unjust factor* slechts het begin van de analyse is en ook Birks begint de behandeling van de door hem onderscheiden *unjust factors* steeds met de kanttekening dat niet alle vormen van *mistake, duress*, enzovoorts, aanleiding tot restitutie geven.[36] Wij zien hier in wezen de consequentie van de specifieke methode van rechtsvinding in de *common law* die, zoals bekend, inductief van aard is en gebouwd op een systeem van precedenten. Het is een consequentie die maakt en onderstreept dat vooral gezocht wordt naar de aanwezigheid van een grond – een positieve reden – waarom een vermogensverschuiving in een bepaald geval ongerechtvaardigd is.

De Engelse zaak *C.T.N. Cash and Carry Ltd v Gallaher Ltd* kan het contrast tussen de *sine causa*-benadering en de *common law*-benadering verduidelijken.[37] De eiser pleegde, in het kader van zijn onderneming, op vaste voet sigaretten van de gedaagde te kopen. Het ging om een soort die alleen de gedaagde verkocht. Op een gegeven moment rees de vraag of de eiser geld verschuldigd was voor een partij gestolen sigaretten. In debat was of het risico al op de eiser (als koper) was overgegaan. Achteraf bleek dit niet zo te zijn. Toen dit nog onbekend was – en de gedaagde te goeder trouw aannam dat de eiser £ 17.000 verschuldigd was – was de gedaagde slechts bereid sigaretten te leveren indien de eiser de verschuldigde som betaalde. De eiser zag zich gedwongen te betalen. Na enkele jaren probeerde de eiser de som te verrekenen met de koopprijs voor een latere partij sigaretten. In rechte lukte dat niet. Er was niet voldaan aan de eisen voor *economic duress.* De omstandigheid dat de betaalde som van £ 17.000 (toch) niet verschuldigd was maakte dit niet anders. Er was geen *unjust factor* die de verrijking ongerechtvaardigd deed zijn.

Bij de *sine causa*-benadering zou, daarentegen, het feit dat de eiser de betaalde som niet verschuldigd was zwaarwegend zijn. Slechts als er sprake is van bijzondere omstandigheden – zoals een vaststellingsovereenkomst of rechtsverwerking – is denkbaar dat de gedaagde in een geval als dit het voordeel mag behouden. Het uitgangspunt is in de *sine causa*-benadering echter dat de £ 17.000 onverschuldigd is betaald, zodat de som weldegelijk voor restitutie (of, zoals in de besproken zaak gevorderd: voor verrekening) in aanmerking zou komen.

Een zaak als *Cash and Carry* markeert het verschil tussen de *sine causa*-benadering en de *unjust factors*-benadering. Tegelijkertijd wordt in de *common law*-literatuur opgemerkt dat de resultaten van de *unjust factors*-benadering niet al te zeer verschillen met wat rechtens zou zijn als een *absence of basis*-benadering zou worden aangenomen.[38] Daarbij moet dan weer worden

36 Burrows 2011, p. 86; Birks 1985, p. 148 en p. 174.
37 Zie: [1993] EWCA Civ 19. Zaak gevonden bij: Virgo 2015, p. 130. Kritisch over deze zaak Burrows 2011, p. 109.
38 Zie Goff & Jones 2016, nr. 1-12; Burrows 2012, nr. 3(6).

bedacht, dat de Engelse invulling van de *absence of basis*-benadering heel wel anders – strenger – zou kunnen zijn dan de continentale *sine causa*-benadering.

De vraag of een verrijking ongerechtvaardigd is wordt dus primair bepaald door de vraag of er in een concreet geval een *unjust factor* kan worden aangewezen. Maar als dit het geval is, dan is de verrijking van de gedaagde daarmee nog niet per definitie ongerechtvaardigd. De verrijking is, ondanks de aanwezigheid van een grond voor restitutie – als gezegd[39] – niet ongerechtvaardigd als er een specifieke rechtvaardigingsgrond voor de verrijking bestaat.[40] Betaalt, bijvoorbeeld, de eiser onder invloed van *duress* hetgeen hij aan de gedaagde verschuldigd is, dan is de gedaagde niet ongerechtvaardigd verrijkt. De rechtvaardigingsgrond weegt dan als het ware zwaarder dan de *unjust factor*.[41]

De *unjust factors*-benadering is hier niet opgevoerd omwille van de details. Interessant aan de *common law*-benadering is de conceptuele benadering van het ongerechtvaardigdheidsvereiste, waarbij het uitgangspunt is dat een verrijking niet ongerechtvaardigd is, tenzij er een goede reden is die de verrijking ongerechtvaardigd doet zijn. Zoals we zullen zien kan een dergelijk mechanisme, waarbij naar een positieve reden voor ongerechtvaardigdheid wordt gezocht voor bepaalde, specifieke gevalstypen een vruchtbaar perspectief bieden. Soms verdient de *sine causa*-benadering de voorkeur, soms een – sterk – aangepaste variant van de *unjust factors*-benadering. In welke typen gevallen welke toets aangewezen is – en wat de toets per gevalstype inhoudt – zal in de komende paragrafen worden uiteengezet.

6.3 Heersende leer en knelpunten

6.3.1 De *sine causa*-benadering

Het ongerechtvaardigdheidsvereiste van de algemene verrijkingsactie wordt in het Nederlandse recht in de sleutel van de continentale *sine causa*-benadering gezet. Hartkamp & Sieburgh schrijven over het vereiste van ongerechtvaardigdheid:[42]

> 'Dit vereiste vormt de kern van het onderhavige leerstuk (bedoeld is het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking, TvdL), maar het laat zich niet gemakkelijk omschrijven. Natuurlijk doet niet elke vermogensverschuiving een verplichting tot teruggave ontstaan. Het gehele maatschappelijke en economische verkeer is gebaseerd op ruil van goederen en diensten, met als gevolg een onafgebroken wisseling van vermogensbestanddelen. Een

39 Zie boven, aldaar is uiteengezet dat het ontbreken van een grond een noodzakelijke, maar niet een voldoende voorwaarde voor restitutie is.

40 Zie Goff & Jones 2016, nr. 1-11-1-12 en ch. 2 en 3; Burrows 2012, nr. 3(6) en 10(6).

41 In deze termen: Burrows 2011, p. 88. Zie ook: Goff & Jones 2016, nr. 1-11-1-12.

42 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/465.

verplichting tot vergoeding van een vermogensvermeerdering ontstaat pas, indien deze ongerechtvaardigd is, d.w.z. indien voor het behouden daarvan geen redelijke oorzaak, geen rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Blijkens de Parl. Gesch. Boek 6, p. 829 e.v., 832 e.v. is dit het geval indien de vermogensverschuiving noch op een rechtshandeling berust noch krachtens de wet door de verkrijger mag worden behouden.'

Dit is het Nederlandse paradigma. Een verrijking van de een ten koste van de ander behoeft, zo leert de literatuur, – op straffe van ongerechtvaardigdheid – een redelijke grond,[43] een rechtvaardigingsgrond of, zoals het ook wel wordt omschreven, een 'legitimatiemoment'.[44] Vervolgens verschuift de focus naar de vraag wat als rechtvaardigingsgrond of legitimatie kan dienen.[45] De overeenkomst en de wet zijn daarbij *The Usual Suspects*. In de jurisprudentie is eenzelfde beoordelingskader te ontwaren,[46] zodat gesproken kan worden van een heersende leer ten aanzien van het ongerechtvaardigdheidsvereiste.

Zoals we verderop zullen zien, kan er in bepaalde gevallen verschillend worden gedacht over de vraag of een bepaalde *prima facie* rechtvaardigingsgrond de verrijking daadwerkelijk legitimeert. Maar die discussie vindt dan in het kader van de *sine causa*-benadering plaats. Dit kader is voor het leeuwendeel van de gevallen overtuigend, omdat deze benadering is gestoeld op de logica van het vermogensrechtelijk toebehoren. Het recht kan niet zomaar toelaten dat iemand zonder goed grond zijn 'eigendom' verliest.[47] '[E]vengoed', zo schrijft Bregstein 'als de eigendom potentieel voorzien is van de revindicatie, is hij potentieel voorzien van de verrijkingsactie'.[48]

---

43 Zie bijvoorbeeld: M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 6.1; Jac. Hijma in: *T&C BW*, commentaar op art. 6:212 BW, nr. 2 onder d; *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Vriesendorp), nr. 314-316; A.M. Biegman-Hartogh, *Ongegronde verrijking*, Assen: Van Gorcum 1971, p. 8; H.L.A. Verhagen, 'Absence of Basis and Unjustified Enrichment in Dutch Law. The condictio indebiti as an enrichment action', *Restitution Law Review*, p. 138-140; Koolhoven 2011, p. 177-183; Damminga 2014, p. 226-228. Vgl. Schrage 2017, nr. 135-150.

44 Nieskens-Isphording 1998, p. 102-103; Engelhard & Van Maanen 1998, p. 315.

45 Zie bijvoorbeeld – zeer uitgebreid – Koolhoven 2011, p. 183-243. Zie verder: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/465-466; M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 6.1; Jac. Hijma in: *T&C BW*, commentaar op art. 6:212 BW, nr. 2 onder d; *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Vriesendorp), nr. 315-316; Damminga 2014, p. 228-238.

46 Zie bijvoorbeeld: HR 23 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2620, *NJ* 2006/100 (LRS/Sint Willibrordus), r.o. 3.3.2; HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928 *NJ* 2007/154, m.nt. J.B.M. Vranken (Koker/Cornelius), r.o. 3.6.3; HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, *NJ* 1998/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (Ontvanger/Hamm), r.o. 3.4; HR 30 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6338, *NJ* 2000/536 (Ermer/ABN-AMRO), r.o. 3.4.

47 De haken staan er, omdat ik eigendom hier ruimer gebruik dan de wet, dat de eigendom als het meest omvattende recht op een zaak beschrijft. Zie art. 5:1 BW.

48 Bregstein 1927, p. 193.

6.3.2 De visie van Meijer

Volledig onbestreden is de heersende leer niet. In zijn proefschrift heeft Meijer – in een lang betoog, waarvan niet alle finesses kunnen worden weergegeven – een andere benadering voorgesteld.[49] Vanuit de gedachte dat de verrijkingsactie net als de vordering op grond van onrechtmatige daad strekt tot *vermogensbescherming*, heeft hij bij de vormgeving van het ongerechtvaardigdheidsvereiste, aansluiting gezocht bij de wijze waarop in het leerstuk van de onrechtmatige daad beoordeeld wordt of een bepaalde gedraging onrechtmatig is. Het gaat daarbij niet zozeer om een vergelijking op het niveau van de oplossingen voor concrete gevallen, maar hij beziet of de wijze waarop het ongeschreven recht in het onrechtmatigedaadsrecht gebruikt wordt, inspiratie kan bieden voor het verrijkingsrecht.[50] Aldus heeft hij een kader voor ongerechtvaardigdheid ontwikkeld, waarin het ongeschreven recht, net zoals dat bij de onrechtmatige daad het geval is, een belangrijke rol speelt bij de vraag of een verrijking van de een ten koste van de ander ongerechtvaardigd is.

Hij komt tot het volgende model.[51] De (on)gerechtvaardigdheid vloeit volgens Meijer voort uit vier gezichtspunten: (i) de wet (ii) de aan- of afwezigheid van een rechtshandeling (iii) de aan- of afwezigheid van een subjectief recht en (iv) het ongeschreven recht. Het ongeschreven recht kan vervolgens aanleiding geven tot een foutaansprakelijkheid (als er een zorgvuldigheidsnorm geschonden is) of tot een risicoaansprakelijkheid. Als het laatste het geval is, dan zijn er volgens Meijer vier toerekeningsfactoren van belang. Het zijn (a) de aard van de rechtsverhouding tussen de verarmde en de verrijkte (b) de verkeersopvatting (c) de overige omstandigheden van het geval en (d) de redelijkheid en billijkheid.

In het model van Meijer bepalen positieve criteria of een verrijking in een concreet geval ongerechtvaardigd is. Damminga heeft er op gewezen, dat de benadering van Meijer in dat opzicht lijkt op de *unjust factors*-benadering.[52] Een verschil is echter dat de door Meijer onderscheiden factoren een soort gezichtspunten vormen op basis waarvan moet worden afgewogen of een verrijking in een concreet geval ongerechtvaardigd is, terwijl de Engelse *unjust factors* steeds verwijzen naar specifieke, in de *case law* aanvaarde redenen van ongerechtvaardigdheid, waarbij de aanwezigheid van één *unjust factor* genoeg is om de verrijking ongerechtvaardigd te doen zijn.

De benadering van Meijer is origineel maar tegelijkertijd kwestieus. Meijer onderscheidt – in navolging van het onrechtmatigedaadsrecht – tussen aansprakelijkheid uit ongerechtvaardigde verrijking op basis van foutaansprakelijkheid en aansprakelijkheid uit ongerechtvaardigde verrijking op basis van risicoaansprakelijkheid. Bij aansprakelijkheid uit hoofde van

49 Meijer 2007, p. 103-246.
50 Meijer 2007, p. 110.
51 Meijer 2007, p. 176.
52 Damminga 2014, p. 45.

ongerechtvaardigde verrijking op basis van foutaansprakelijkheid denkt hij aan het geval dat de verrijkte een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden, welke schending de verrijking ongerechtvaardigd doet zijn, zonder dat hij duidelijk maakt wat de meerwaarde van een dergelijke verrijkingsaansprakelijkheid is ten opzichte van de onrechtmatige daad. Als Meijer vervolgens toekomt aan de aansprakelijkheid uit ongerechtvaardigde verrijking op basis van risicoaansprakelijkheid, speelt het ongeschreven recht onder verschillende etiketten een rol zonder dat heel duidelijk wordt waarom al die etiketten moeten worden onderscheiden, terwijl het, analytisch gezien, slechts om één beoordelingspunt gaat: is de verrijking ongerechtvaardigd of niet? Dit maakt de benadering wat ongrijpbaar.

Dit wordt nog eens versterkt doordat bij een doorsnee geval van ongerechtvaardigde verrijking de factoren van Meijer amper een rol behoeven te spelen om tot bevredigende resultaten te komen. Als iemand de dakpannen van mijn buurman per ongeluk op mijn huis legt, en ik door natrekking eigenaar word van de dakpannen, dan is die verrijking ongerechtvaardigd, omdat de natrekkingsregels deze verrijking niet beogen te rechtvaardigen. De ongerechtvaardigdheid van mijn verrijking wordt verklaard door het feit dat ik zonder toereikende rechtvaardigingsgrond eigenaar ben geworden van de dakpannen die voorheen aan mijn buurman toebehoorden. Ik moet de dakpannen in beginsel van mijn huis halen en terug leveren aan mijn buurman. Het geavanceerde kader van Meijer is dan niet nodig. Uiteraard kan de vraag ingewikkelder gemaakt worden door de dakpannen te vervangen door een laag verf, die zich niet eenvoudig laat verwijderen. In mijn optiek is de verrijking ook dan – en om precies dezelfde redenen – ongerechtvaardigd. Wel kan dan worden afgevraagd of verrijkingsaansprakelijkheid in geld redelijk zou zijn omdat aansprakelijkheid de gedaagde mogelijk een bepaald bestedingspatroon zou opdringen. Met die vraag hoeft het ongerechtvaardigdheidsvereiste niet te worden belast. Dit is stof voor het redelijkheidsvereiste.

Een belangrijke reden waarom Meijer bij de inkleuring van het vereiste van ongerechtvaardigdheid aansluiting zoekt bij de wijze waarop in het onrechtmatigedaadsrecht de onrechtmatigheid wordt vastgesteld, is dat dit rechtsgebied, volgens Meijer, dusdanig ver is ontwikkeld, 'dat duidelijkheid bestaat over de gronden (geschreven en ongeschreven recht) op basis waarvan onrechtmatigheid kan worden vastgesteld'.[53] Hier rijzen echter twee, met elkaar samenhangende, probleempunten.

In de eerste plaats ziet de verbintenis uit onrechtmatige daad op een geheel ander feitelijk gebeuren dan de ongerechtvaardigde verrijking. Bij de onrechtmatige daad gaat het om de *onrechtmatigheid* van gedrag en *toerekening* van het gedrag aan de dader, bij de ongerechtvaardigde verrijking gaat het om de vraag of de verrijking van de een ten koste van de ander *ongerechtvaardigd* is. Gedrag laat zich door open normen en maatmannen regu-

53 Meijer 2007, p. 110.

leren. In het kader van het onrechtmatigedaadsrecht kan met Nieuwenhuis worden gezegd: 'Vraag niet hoe, maar het is er en het werkt: ongeschreven recht.'[54] Of het ongeschreven recht een dergelijk zware rol zal spelen bij het ongerechtvaardigdheidsvereiste is de vraag.

Daarmee ben ik bij het volgende punt. Het onrechtmatigedaadsrecht is weliswaar een ontwikkeld rechtsgebied, maar de ontwikkeling heeft in de afgelopen honderd jaar vooral in de rechtspraak plaatsgevonden. Is het profiteren van andermans wanprestatie onrechtmatig? Wanneer is een gevaarzetting onrechtmatig? Wanneer is er sprake van onrechtmatige hinder? Over deze en andere vragen is een uitgebreide jurisprudentie tot ontwikkeling gekomen. Het is uiteraard mogelijk om, geïnspireerd door de vormgeving van de onrechtmatige daad, onder verschillende vlaggen – 'de verkeersopvatting', 'de omstandigheden van het geval', 'de redelijkheid en billijkheid' – het ongeschreven recht het verrijkingsrecht binnen te loodsen, maar het vlees en bloed van de jurisprudentie is daarmee nog niet overgeheveld. Dat kan ook niet, omdat de jurisprudentie die betrekking heeft op de onrechtmatige daad ziet op de toetsing van gedrag en niet op de vraag of de verrijking van de een ten koste van de ander ongerechtvaardigd is.

6.3.3 Enkele voor de *sine causa*-benadering problematische gevallen

Hoewel het betoog van Meijer in zijn algemeenheid geen bijval verdient, en de heersende *sine causa*-benadering vooralsnog niet verlaten is, kan men zich afvragen of de *sine causa*-benadering in alle verrijkingsgevallen de aangewezen weg is. Bovendien kan men zich in navolging van Meijer afvragen, in welke gevallen het ongeschreven recht een rol kan of moet spelen bij de vraag of een verrijking in een concreet geval ongerechtvaardigd is. Dit geldt temeer omdat er een aantal verrijkingsgevallen zijn waarin de *sine causa*-benadering niet goed lijkt te werken. Een aantal voorbeelden:

1. De overheid verlegt een weg waardoor het huis van de gedaagde in waarde stijgt terwijl het huis van de eiser in waarde daalt.[55]
2. De eiser vestigt een Kurhaus in een klein bergdorp waardoor de middenstand opleeft en de huizenprijzen stijgen.[56]
3. De gedaagde is in dezelfde bedrijfstak werkzaam als de eiser en wint een slag in hun onderlinge concurrentiestrijd, waardoor vaste klanten van de eiser overstappen naar de gedaagde.[57]

---

54 Nieuwenhuis 2007, p. 5.

55 Voorbeeld is ontleend aan: Wilburg 1934, p. 14-15. Damminga 2014, p. 187.

56 Von Caemmerer 1968, p. 375.

57 Gordley 2006, p. 425. Vgl. voor gevallen met een soortgelijke verrijkings-verarmingsstructuur: HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2018, *NJ* 1997/3, m.nt. E.J.H. Schrage (Van der Tuuk Adriani/Batelaan); HR 2 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9765, *NJ* 2001/319, m.nt. J.B.M. Vranken (Hulsman/Van der Graaf); HR 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6098, *NJ* 2008/120, m.nt. Ch. Gielen (CFS/Stork).

4. De gedaagde is woonachtig boven het appartement van de eiser. De laatstgenoemde stookt de kachel dusdanig hoog op, dat de gedaagde stookkosten bespaart.[58]
5. De gedaagde is samen met de eiser woonachtig op een klein eiland. De eiser probeert de gedaagde ertoe te bewegen bij te dragen aan een dijk, maar deze weigert en blijft weigeren. De eiser besluit de dijk zelf te financieren om droge voeten te houden.[59]

Wie zich bij deze gevallen afvraagt of de gedaagde aansprakelijk is uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, zal met het schema van de *sine causa*-benadering niet helemaal uitkomen. Elk van deze gevallen heeft als kenmerk, dat het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond niet *mutatis mutandis* tot de conclusie leidt dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser ongerechtvaardigd is.[60] Bij niemand zal de gedachte opkomen dat, bijvoorbeeld, de omwonenden van het Kurhaus ongerechtvaardigd zijn verrijkt ten koste van de onderneming die het hotel exploiteert ook al ontlenen de omwonenden hun verrijking niet aan een specifieke rechtvaardigingsgrond.

Hoogstens zou betoogd kunnen worden, dat in het geval waarin de ene onderneming marktaandeel wint ten koste van de andere onderneming, het voordeel van de succesvolle ondernemer wordt gerechtvaardigd door het beginsel van de vrije concurrentie. Dit zijn echter andersoortige rechtvaardigingsgronden dan waar het in de *sine causa*-benadering doorgaans om draait. Meestal gaat het om een tot de verrijking strekkende wet of rechtshandeling. Bij de laatste twee gevallen zou, in dit verband, met Birks gezegd kunnen worden dat er sprake is van een schenking (‘*a gift*’). ‘The rising heat’, zo schrijft hij over het voorlaatste geval, ‘is thus a gift, altough possibly not warmly wished.’[61] In deze prachtige zin, zit echter verscholen dat het schenkingsoogmerk ontbreekt, zodat ook deze grond op zijn best gekunsteld is.[62]

6.4 Differentiatie

6.4.1 Het probleem

Waarom werkt de *sine causa*-benadering in de gevallen uit de vorige paragraaf niet goed? De gevallen hebben met elkaar gemeen dat er een zeker verband bestaat tussen de verrijking van de verrijkte en de verarming van

58 Het is een bekend voorbeeld. Zie bijvoorbeeld: Birks 2005, p.158. Het voorbeeld wordt aangestipt in Schrage 2017, nr. 109.
59 Het voorbeeld wordt – onder andere – genoemd door Schrage. Zie: Schrage 1999, p.77. Hij verwijst daarin naar de locus classicus: Cass. Req. 6 November 1838, s. 1839.1.160.
60 Zie in vergelijkbare zin Wilburg 1934, p. 12 e.v. Zie ook: Von Caemmerer 1968, p. 374.
61 Birks 2005, p. 158.
62 Vgl. art. 7:175 BW.

de verarmde, zonder dat er sprake is van een *vermogensverschuiving* tussen de verarmde en de verrijkte of een daarmee gelijk te stellen gebeurtenis. De afwezigheid van een vermogensverschuiving maakt dat de *sine causa*-benadering in al deze gevallen niet werkt. Er is geen sprake van een vermogensverschuiving die behoeft te worden gerechtvaardigd: de verrijkte heeft niet iets verkregen dat afkomstig is uit het vermogen van de verarmde. Als er in gevallen als deze geen wet of rechtshandeling voorhanden is die de verrijking van de verrijkte rechtvaardigt, dan brengt dit niet *mutatis mutandis* met zich, dat de verrijking van de verrijkte ongerechtvaardigd is. Het vereiste van ongerechtvaardigdheid kan in deze groep gevallen niet worden ingevuld met de *sine causa*-benadering, zodat er goed beschouwd geen concrete maatstaf voorhanden is om te bepalen of de verrijking ongerechtvaardigd is.

Damminga is dit probleem één stap voor. Hij beperkt aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking ex artikel 6:212 lid 1 BW tot verrijkingen en daarmee corresponderende verarmingen die het gevolg zijn van vermogensverschuivingen. Dit wil hij bereiken door het vereiste causale verband tussen de verrijking en de verarming – het ten-koste-van-vereiste – eng op te vatten, in die zin dat alleen vermogensverschuivingen eronder vallen.[63] Is er geen sprake van een vermogensverschuiving, dan moet – in de optiek van Damminga – aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking worden afgewezen, omdat er dan geen voldoende verband tussen de verrijking en de verarming bestaat in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW. Op deze wijze is hij in staat om voor alle (overblijvende) gevallen van ongerechtvaardigde verrijking één maatstaf te geven. Als de verrijking niet wordt gerechtvaardigd door een redelijke grond, dan is er sprake van een ongerechtvaardigde verrijking omdat een verschuiving van vermogensbestanddelen een rechtvaardigingsgrond behoeft.[64]

Het voordeel van deze zienswijze is dat aansprakelijkheid uit ongerechtvaardigde verrijking – als er geen sprake is van een vermogensverschuiving – eenvoudig kan worden afgewezen via het vereiste causale verband. Het is bovendien een benadering die de aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking daarmee scherp afbakent. Dit komt de rechtszekerheid ten goede. Is er geen sprake van een vermogensverschuiving, dan is aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking uitgesloten.

Die zekerheid is tegelijkertijd ook de keerzijde. Het nadeel is dat via een strikte toepassing van het vereiste causale verband, een groep gevallen, waarin er heel wel een verband tussen de verrijking en de verarming kan bestaan, systematisch van het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking wordt uitgesloten, met een criterium dat blind is voor de specifieke omstandigheden van het geval. Dit staat op gespannen voet met de aanvullende functie van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking: vat men het vereiste verband te eng op, dan verliest de verbintenis uit ongerechtvaardig-

63 Damminga 2014, p. 193-195.
64 Damminga 2014, p. 226-228.

de verrijking aan aanvullende kracht. Dit wreekt omdat, zoals in het vervolg van dit boek zal worden betoogd, er in de gevallen die in de vorige paragraaf zijn opgevoerd er weldegelijk – bijzondere – omstandigheden kunnen zijn die de verrijking ongerechtvaardigd doen zijn.[65] Daarom wordt de toepassing van de algemene verrijkingsactie, zoals reeds in het vorige hoofdstuk is betoogd, níet beperkt tot vermogensverschuivingen.[66]

Hoewel Damminga niet kan worden gevolgd waar hij betoogt dat de verrijkingsvordering alleen ziet op vermogensverschuivingen, biedt zijn opvatting waardevolle inzichten. Als uitsluitend vermogensverschuivingen onder het toepassingsbereik van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking zouden vallen, dan is de vraag of er een rechtvaardigingsgrond voor de verrijking van de gedaagde bestaan, een goede – hanteerbare – maatstaf voor alle gevallen van ongerechtvaardigde verrijking. Damminga heeft in die zin het gelijk aan zijn zijde, dat de *sine causa*-benadering *uitsluitend* werkt bij casusposities waarin er sprake is van een vermogensverschuiving of bij gevallen waarbij de verrijking is ontstaan op een manier die met een vermogensverschuiving is gelijk te trekken. Daarmee komt in de door Damminga verdedigde opvatting goed naar voren dat het geval waarin er geen verschuiving van vermogensbestanddelen tussen de verarmde en verrijkte heeft plaatsgevonden, een ander karakter heeft dan het geval waarin dit wel het geval is.

Toch is het allerminst noodzakelijk om het toepassingsbereik van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking te beperken tot de gevallen waarin er een vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden, om achtereenvolgens te bewerkstelligen dat (i) de gevallen waarin er een vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden, met de *sine causa*-benadering op te lossen; (ii) om de aansprakelijkheid voor andersoortige gevallen hanteerbaar te houden en voorts om (iii) niet te veel aan rechtszekerheid te verliezen. Ik heb het oog op een techniek waar ook Damminga op gewezen heeft,[67] en waar hij, op een andere manier dan hier wordt voorgestaan, zelf gebruik van maakt. Het gaat om de techniek die voor verschillende typen verrijkingsgevallen verschillende maatstaven hanteert om te bepalen of verrijkingsaansprakelijkheid moet worden toegewezen. Het Duitse verrijkingsrecht is op een dergelijke manier georganiseerd. Een grove schets volgt.

---

65 Zoals in het tweede hoofdstuk is betoogd, bestaan er naast de *sine causa*-conceptie andere concepties van het beginsel, dat ongerechtvaardigde verrijkingen moeten worden tegengegaan. Een verrijking kan ongerechtvaardigd zijn wanneer iemand profiteert van zijn onereuze gedrag of wanneer de verrijking van de een ten koste van de ander buiten de normale gang van zaken is ontstaan. Hetzelfde geldt indien de gedaagde 'eigen' schade afwentelt op de eiser. Hieronder meer daarover.

66 Zie par. 5.4.5.

67 Zie Damminga 2014, p. 88-92.

6.4.2 Genese van de Duitse Trennungslehre[68]

In het Duitse recht worden zowel de onverschuldigde betaling als andere gevallen van ongerechtvaardigde verrijking door één regeling beheerst. Het eerste lid van § 812 BGB luidt als volgt:

> 'Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt.'

Wie deze bepaling onbevooroordeeld leest, zal heel wel tot de conclusie kunnen komen, dat de onverschuldigde betaling en andere gevallen van ongerechtvaardigde verrijking, over één juridische kam worden geschoren. Hoewel de bepaling aanvankelijk inderdaad zo is bedoeld, wordt de bepaling thans op een andere manier uitgelegd. Er wordt aldaar wel een onderscheid gemaakt tussen *Leistungskondiktionen* (vergelijkbaar met de verbintenis uit hoofde van onverschuldigde betaling te onzent) enerzijds en *Nichtleistingskondiktionen* (andersoortige verrijkingsacties) anderzijds.[69]

Wilburg is de grondlegger van dit Duitse onderscheid. In diens beroemde boek *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung* (1934) bestrijdt hij de zienswijze, dat de *Leistungskondiktionen* (verwant aan de onverschuldigde betaling) en de andere *Kondiktionen* op een en dezelfde grondslag berusten.

De *Leistungskondiktionen* liggen volgens hem in het verlengde van het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht.[70] Een koper kan de door hem betaalde koopprijs niet met een *Leistungskondiktion* aanvechten.[71] Hij zal eerst moeten trachten die overeenkomst aan te tasten. Pas als dit lukt komt de grond aan de betaling te ontvallen en kan hij met succes een *Leistungskondiktion* instellen. 'Die Leistungskondiktionen', schrijft Wilburg, 'können einigermaßen […] durch den Begriff des "sine causa" charakterisiert werden. Dahinter steht den Rechtsgeschäften eigene Rücksicht auf die Willensbildung.'[72] Wilburg positioneert daarbij ook de betaling van de niet-bestaande schuld als een betaling die wordt veroorzaakt door de dwaling van de solvent. Wist de solvent dat de schuld niet bestaat, dan is diegene niet beschermingswaardig.[73]

---

68 Zie daarover o.a.: Zimmermann 1990, p. 889-891; Dannemann 2009, p. 21-25; Linssen 2001, p. 31-42; Damminga 2014, p. 88-92.

69 Reuter & Martinek 1983, p. 32-33; Dannemann 2009, p. 21-25; BeckOK BGB/Wendehorst BGB § 812 Rn. 17-31; MüKoBGB/Schwab BGB § 812 Rn. 43-46.

70 Wilburg 1934, p. 7-11.

71 Wilburg 1934, p. 11.

72 Wilburg 1934, p. 11.

73 Zie: § 814 BGB.

Wilburg zet zich af tegen hen, die het criterium van het ontbreken van een rechtsgrond zoals dat geldt voor de *Leistungskondiktionen* één op één toepassen op verrijkingsgevallen die niet bestreken worden door de *Leistungskondiktionen.*

Het ongerechtvaardigdheidscriterium van het ontbreken van een rechtsgrond werkt in sommige gevallen *anders*. Wordt de verrijking veroorzaakt door de wet, zoals bij natrekking of bij vruchttrekking, dan hangt het van de uitleg van de wet af of de verrijking al dan niet ongerechtvaardigd is. Het criterium van ongerechtvaardigdheidheid bouwt hier niet voort op het (voort)bestaan van een rechtshandeling.

Soms werkt het criterium van het ontbreken van een rechtsgrond als test voor ongerechtvaardigdheid in het geheel niet. Dit is het geval als de overheid een weg verlegt, waardoor het huis van de gedaagde in waarde toeneemt en dat van de eiser in waarde afneemt. Hoewel er in de regel geen rechtsgrond voor deze verrijking zal bestaan, is deze verrijking niet ongerechtvaardigd. Dit brengt Wilburg bij een belangrijke observatie:

> 'Die Bereicherungslehre hat jedoch die Fragestellung verkehrt, indem sie nur von Tatbeständen ausgeht, bei denen die Ungerechtfertigkeit vorweg als Regel gegeben erscheint. Dies wird häufig schon in den Begriff der Vermögensverschiebung, des Erlangens "auf kosten" eines andern hineingelegt, so daß der rechtliche Grund nur mehr als Gegenwicht in Frage kommt.'[74]

Dit motief zijn we al eerder tegengekomen. Ongerechtvaardigdheid definieren als het ontbreken van een rechtsgrond werkt alleen bij gevallen waarin er sprake is van een vermogensverschuiving of met een gebeurtenis die met een vermogensverschuiving is gelijk te trekken. Is dat niet het geval, dan werkt het negatieve criterium van het ontbreken van een redelijke grond niet.

Wilburg concludeert:[75]

> 'Der Mangel des rechtlichen Grundes bestimmt die ungerechtfertigte Bereicherung nur unvollkommen. Sind die Ansprüche wegen unbegründeter Leistung und wegen sonstiger Bereicherung äußerlich dadurch verbunden, daß es bei beiden sich um einen rechtlichtlich mißbilligten Erwerb handelt, dessen Ungerechtfertigtheit die Lehre negativ durch Grundlosigkeit in einem weiten Sinn ausdrückt, so haben doch beide Anspruchsarten ihre besonderen positiven Merkmale. Für die Leistungskondiktion is dies der Mangel der causa im technischen Sinne. Die Sondermerkmale der ungerechtfertigten Bereicherung "in sonstiger Weise" hat die Rechtswissenschaft bisher noch nicht gegeben. Der Begriff des rechtlichen Grundes erweist sich hier nicht als ergiebig.'

Daar waar de *Leistungskondiktionen* in het verlengde liggen van het rechtshandelingen en overeenkomstenrecht, daar ontbreekt het volgens Wilburg aan een deugdelijke grondslag in andere gevallen van ongerechtvaardigde verrijking. Wilburg zoekt de grondslag van de overige *Kondiktionen* in het

74 Wilburg 1934, p. 15.
75 Wilburg 1934, p. 18.

doel van de vermogensrechten van de rechthebbende. Gebruikt de gedaagde, bijvoorbeeld, onbevoegd het goed van de eiser, dan ligt er in beginsel een ongerechtvaardigde verrijking voor, omdat het de rechthebbende is die recht heeft op het gebruik van de zaak.[76] Zoals de *Leistungskondiktionen* voortbouwen op het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht zo bouwen de Nichtleistungskondiktionen voort op het vermogensrechtelijke toebehoren in de brede zin van het woord.[77]

Von Caemmerer heeft de visie van Wilburg verder uitgewerkt en verschillende typen verrijkingsgevallen onderscheiden.[78] Naast de *Leistungskondiktion* onderscheidt hij als *Nichtleistungskondiktionen*, onder meer, de *Eingriffskondiktion* (dat is een verrijkingsvordering vanwege een rechtsinbreuk), de *Aufwendungskondiktion* (die ziet op gevallen waarin de eiser het goed van een ander verbetert) en de *Rückgriffskondiktion* (die ziet op gevallen waarin de gedaagde de schuld van de eiser voldoet). Hoewel de *Trennungslehre* niet onomstreden is,[79] wordt het Duitse verrijkingsrecht in de regel langs de lijnen van deze leer gepresenteerd en worden de door Von Caemmerer onderscheiden *Kondiktionen* afzonderlijk besproken.

Twee punten zijn hier van belang. In de eerste plaats gelden er voor verschillende verrijkingsacties verschillende criteria. Er wordt gedifferentieerd in verschillende gevallen van ongerechtvaardigde verrijking. In de tweede plaats worden in het Duitse recht de gevallen gedefinieerd waarin de *sine causa-benadering* werkt door de articulatie van specifieke Leistungskondiktionen en Nichtleistungskondiktionen. Bij elke specifieke verrijkingsactie gaat het om een situatie waarin de gedaagde op enigerlei wijze 'iets' ontvangen heeft waar de eiser voorheen op enigerlei wijze een exclusief recht had.[80] Doordat is omlijnd op welke gevallen § 812 BGB van toepassing is, hoeft de eigenaar wiens huis door een wegomlegging in waarde is gestegen niet te vrezen voor een verrijkingsvordering. Hetzelfde geldt voor de partij die met legitieme middelen een marktaandeel afsnoept van zijn concurrent.

6.4.3 Een ander onderscheid

6.4.3.1 Algemeen

De onderscheiding die ik zou willen bepleiten, is meer grofmazig dan de Duitse. Ten aanzien van de te hanteren maatstaf om te bepalen of een verrijking in een concreet geval ongerechtvaardigd is, moet in mijn optiek een onderscheid worden gemaakt in enerzijds de gevallen waarin de gedaagde

76 Wilburg 1934, p. 27.
77 Niet alleen de eigendom valt eronder, maar ook rechten als een 'Fischereirecht' (p. 36) of een patent (p. 40). Zie: Wilburg 1934, p. 28 e.v.
78 Zie: Von Caemmerer 1954, p. 340 e.v.; Von Caemmerer 1968, p. 376-390.
79 Zie: MüKoBGB/Schwab BGB § 812 Rn. 43-46; BeckOK BGB/Wendehorst BGB § 812 Rn. 17-18.
80 Gordley 2006, p. 426 e.v.

ten koste van de eiser is verrijkt als gevolg van een vermogensverschuiving, en anderzijds de gevallen, waarin de gedaagde is verrijkt ten koste van de gedaagde, zonder dat er sprake is van een vermogensverschuiving.

(i) In de eerste groep gevallen werkt de intrinsieke logica van de *sine causa*-benadering. Heeft de verrijkte vermogensbestanddelen in handen gekregen die voorheen aan de verarmde toebehoorden, dan moet daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaan; ontbreekt die rechtvaardigingsgrond, dan is de verrijking ongerechtvaardigd. In deze groep gevallen bouwt de maatstaf als het ware voort – en kán de maatstaf voortbouwen – op de vermogensverschuiving. Omdat de vermogensbestanddelen voorheen aan de verarmde toebehoorden, moet er voor de verschuiving een rechtvaardigingsgrond bestaan. Zouden wij dit vertalen in de terminologie van de *unjust factors*-benadering, dan zit reeds in de vermogensverschuiving een *unjust factor* besloten.[81] Alleen een tot de vermogensverschuiving strekkende rechtvaardigingsgrond kan de conclusie afwenden dat de verrijking ongerechtvaardigd is.

(ii) Is de verrijking van de verrijkte ten koste van de verarmde niet het gevolg van een vermogensverschuiving tussen hen, dan werkt de intrinsieke logica van de *sine causa*-benadering niet. Als er geen sprake is van een vermogensverschuiving, dan zijn er in het vermogen van de verrijkte immers geen vermogensbestanddelen gevloeid die voorheen aan de verarmde toebehoorden, zodat op dat vroegere toebehoren niet kan worden voortgebouwd bij de beoordeling van de (on)gerechtvaardigdheid van de verrijking. Het uitgangspunt dat bij het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond de verrijking van de verrijkte ten koste van de verarmde ongerechtvaardigd is, is dan niet aansprekend. In die gevallen past veeleer het uitgangspunt, dat de verrijking in beginsel *níét* ongerechtvaardigd is. Zoals eenieder zijn eigen schade behoort te dragen, zo is eenieder gerechtigd tot de vruchten van zijn of haar eigen lot.

Nemen wij het voorbeeld, waarin de ene ondernemer is verrijkt ten koste van de andere ondernemer, doordat de eerste van de laatstgenoemde klanten heeft gewonnen, of het voorbeeld waarin de overheid een weg heeft omgelegd, waardoor het ene huis in waarde stijgt, terwijl een ander huis in waarde daalt, dan is er in beide gevallen een verband tussen de verrijking en de verarming, zonder dat er sprake is van een vermogensverschuiving. Daarom is in beide gevallen een rechtvaardigingsgrond niet nodig om tot de conclusie te komen dat de verrijking niet ongerechtvaardigd is.

Het ontbreken van een vermogensverschuiving is echter geen reden om de verrijkingsvordering categorisch af te wijzen. Wél is het ontbreken van een vermogensverschuiving reden om een conservatievere maatstaf aan te leggen ten aanzien van de (on)gerechtvaardigdheid van de verrijking. Het enkele feit dat de verrijking niet wordt gelegitimeerd door een rechtvaardigingsgrond is een noodzakelijke, maar niet een voldoende voorwaarde voor de conclusie dat de verrijking van de gedaagde ongerechtvaardigd is. Hier

81 Vgl. Wilburg 1934, p. 18.

kan een benadering dienstdoen, die geïnspireerd is door de Engelse *unjust factor*-benadering.[82] Is de gedaagde ten koste van de eiser verrijkt, zonder dat er sprake is van een vermogensverschuiving, dan behoort het uitgangspunt te zijn dat de verrijking van de gedaagde niet ongerechtvaardigd is. Van dit uitgangspunt kan alleen dan worden afgeweken, als er in de omstandigheden van het geval bijzonderheden zijn, in het licht waarvan de verrijking toch als een ongerechtvaardigde moet worden aangemerkt. Die bijzondere omstandigheden zijn nodig om de verrijking ongerechtvaardigd te doen zijn, omdat er geen vermogensverschuiving is waarop het ongerechtvaardigdheidsvereiste kan voortbouwen. Er zijn positieve redenen – zo men wil: *unjust factors* – nodig om tot de conclusie te komen dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser ongerechtvaardigd is. Ontbreken die goede redenen, dan is de verrijking van de gedaagde niet ongerechtvaardigd.

Bedacht moet worden dat het niet gaat om de in de *case law* ontwikkelde *unjust factors* van de *common law.* In de Nederlandse rechtspraak zijn die niet tot ontwikkeling gebracht. Bovendien wordt het werkterrein van de Engelse *unjust factors* voor een belangrijk deel gevormd door gevallen waarin er sprake is van een vermogensverschuiving. Het geval van een *mistaken payment* wordt bijvoorbeeld als de *core case* van het Engelse verrijkingsrecht aangeduid.[83] In dit boek wordt daarentegen een variant van de *unjust factors*-benadering bepleit, voor gevallen waar er juist géén sprake is van een vermogensverschuiving. Wat van het Engelse recht is overgenomen, is goedbeschouwd het skelet van de *unjust factors*-benadering, dat ontdaan is van al het vlees en bloed van de *case law*.

(a) Voor gevallen waar er geen sprake is van een vermogensverschuiving, wordt dus het uitgangspunt overgenomen (b) dat een verrijking niet ongerechtvaardigd is, tenzij (c) er geen rechtvaardigingsgrond voor de verrijking bestaat en er bovendien (d) bijzondere omstandigheden zijn waardoor de verrijking een ongerechtvaardigd karakter krijgt. Aangesloten kan daarbij worden bij de eerder onderscheiden uitwerkingen (of concepties) van het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijkingen moeten worden tegengegaan.

Ik geef een bekend voorbeeld om te illustreren waar het om kan gaan. Ik haak aan en varieer licht op een geval zoals dat aan de orde was in het *Tandartsen*-arrest.[84] De gedaagde tandarts houdt zich niet aan de regels aangaande de volksgezondheid, waardoor hij zijn diensten goedkoper kan aanbieden. Een concurrent (de eiser) lijdt daaronder. Hier kan de onrechtmatige daad behulpzaam zijn. Weliswaar is het feit dat de gedaagde tandarts de wet geschonden heeft niet onrechtmatig jegens zijn concurrent, maar dit kan (krachtens de correctie Langemeijer) meewegen bij de zorgvuldigheidsnorm ex artikel 6:162 BW zodat hij jegens de eiser toch onrechtmatig kan hebben gehandeld.

---

82 Vgl. Dannemann 2009, p. 88. Hij betoogt dat in de Nichtleistungskondiktionen 'unjust factors' besloten liggen.

83 Zie Birks 2005, p. 3.

84 Vrij naar: HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, *NJ* 1961/568 (Tandartsen).

Een verrijkingsvordering komt ook in beeld. De verrijking van de tandarts die klanten wegkaapt bij zijn concurrent is in beginsel niet ongerechtvaardigd. Er is geen sprake van een vermogensverschuiving. Het principe echter, dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag kan de verrijking van de gedaagde tandarts ten koste van de eisende tandarts ongerechtvaardigd doen zijn. De vraag is of deze verrijkingsrechtelijke aansprakelijkheid uitgesloten zou moeten worden indien de onrechtmatige daad uitgesloten is (vanwege het ontbreken van onrechtmatigheid). Is dit niet het geval, zoals verderop bepleit,[85] dan kan de verrijkingsvordering de onrechtmatige daad op dit punt aanvullen. Tegenover geen aansprakelijkheid (omdat artikel 6:162 BW niet opgaat) en volledige aansprakelijkheid (omdat artikel 6:162 BW wel opgaat) kan de verrijkingsaansprakelijkheid zich aandienen als middenweg: de gedaagde is voor de schade van de eiser aansprakelijk tot maximaal het beloop van zijn verrijking.

Een ander voorbeeld is het dadelijk te analyseren geval *Van der Tuuk Adriani/Batelaan*.[86] Apotheker Van der Tuuk Adriani bewerkstelligt langs bestuursrechtelijke weg dat de huisarts Batelaan diens vergunning verliest om een doktersapotheek te voeren. Van de Tuuk Adriani neemt zo om niet te klanten over van Batelaan. Van een vermogensverschuiving is geen sprake. Batelaan heeft geen exclusief recht op zijn klanten. Het uitgangspunt dat de verrijking van Van der Tuuk Adriani niet ongerechtvaardigd is omdat deze niet het gevolg is van een vermogensverschuiving, wordt echter doorkruist door de bijzondere omstandigheden van het geval. De verrijking van Van der Tuuk Adriani vindt buiten de normale gang van zaken plaats zodat deze met een kritisch oog moet worden bezien.[87]

De hier uiteengezette benadering van het ongerechtvaardigdheidsvereiste heeft twee kanten. Enerzijds moet aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking in beginsel worden afgewezen als er géén sprake is van een vermogensverschuiving, óók als er in een dergelijk geval géén rechtvaardigingsgrond kan worden aangewezen. Het uitgangspunt is dat een verrijking die niet het gevolg is van een vermogensverschuiving niet ongerechtvaardigd is zodat niet – op kunstmatige wijze – een rechtvaardigingsgrond behoeft te worden geconstrueerd om verrijkingsaansprakelijkheid af te wijzen. Zoals eenieder zijn eigen schade moet dragen, zo mag eenieder de gunsten van het lot koesteren. Anderzijds kan in sprekende gevallen toch verrijkingsaansprakelijkheid worden gevestigd, ondanks het feit dat er geen sprake is van een vermogensverschuiving. Vereist is dan dat er – naast de afwezigheid van een rechtvaardigingsgrond – bijzondere omstandigheden zijn die nopen tot het oordeel dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de verarmde – in afwijking van het voormelde uitgangspunt – ongerechtvaardigd is. Wordt deze leer als geldend recht aanvaard, dan zou,

85 Zie hoofdstuk 10.

86 HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2018, *NJ* 1997/3, m.nt. E.J.H. Schrage (Van der Tuuk Adriani/Batelaan).

87 Zie par. 6.6.2.

op termijn, verrijkingsrechtelijk gekleurd ongeschreven recht kunnen ontstaan. In zoverre is deze benadering verwant aan die van Meijer.[88]

6.4.3.2 De scheidslijn

Er lijkt nog een moeilijk te beslechten probleempunt te zijn. Het toe te passen ongerechtvaardigdheidscriterium hangt af van de vraag of de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser het gevolg is van een vermogensverschuiving of niet. Wanneer is er nu sprake van een vermogensverschuiving?

Het antwoord op deze vraag lijkt vergaande consequenties te hebben. Dit is echter schijn. De grens kan zonder problemen scherp worden getrokken: in mijn optiek is er slechts van een vermogensverschuiving sprake, als er op enig moment vermogensbestanddelen in het vermogen van de gedaagde te vinden zijn die voorheen toebehoorden aan de eiser.[89] De intrinsieke logica van het *sine causa*-principe werkt in die gevallen, omdat de vermogensbestanddelen in het vermogen van de gedaagde voorheen aan de verarmde toebehoorden; op straffe van ongerechtvaardigdheid moet er een redelijke grond voor die vermogensverschuiving bestaan. Is er van een daadwerkelijke vermogensverschuiving geen sprake, dan gaat die redenering niet altijd op en moet er worden bezien of er bijzondere omstandigheden zijn, die de verrijking toch ongerechtvaardigd doen zijn.

Op het punt van de reikwijdte van de begrippen 'vermogen' en 'vermogensverschuiving' neemt dit boek dus een engere visie in dan in de literatuur gebruikelijk is. De besparing van kosten, het ontvangen van een dienst en het gebruik van andermans zaken vallen er naar de heersende leer onder, zonder dat er daadwerkelijk vermogensbestanddelen van het ene vermogen in het andere hoeven te zijn gevloeid.[90] Die ruime – heersende – benadering van vermogen en vermogensverschuiving is begrijpelijk omdat de verrijkingsvordering in de literatuur impliciet of expliciet wordt gezien als een middel om ongerechtvaardigde 'vermogensverschuivingen' ongedaan te maken.[91] Zou het begrip 'vermogen' en 'vermogensverschuiving' vervolgens te eng worden opgevat, dan dreigt het toepassingsgebied van de verrijkingsvordering te eng te worden. Het gebruik van andermans zaak en het ontvangen van een dienst zouden dan buiten beeld dreigen te raken als verrijkingsrechtelijk relevante feiten.

---

88 Zie daarover par. 6.3.2. en de daar vermelde vindplaatsen.

89 Dit is iets ruimer dan een vermogensverschuiving in goederenrechtelijke zin, omdat ook een indirecte vermogensverschuiving onder de definitie valt.

90 Zie bijvoorbeeld: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/463; M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 3; Linssen 2002, p. 64.; PG Boek 6, p. 831.,

91 Impliciet wordt in de handboeken van een vermogensverschuiving uitgegaan, in die zin, dat er in een verrijkingsrechtelijke context geregeld van een vermogensverschuiving gesproken wordt, zonder dat met zoveel woorden wordt betoogd dat de verrijkingsvordernig tot een vermogensverschuiving beperkt is. Vgl. bijvoorbeeld: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/461, nr. 465, nr. 477 en nr. 479; M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 6 en 7. Vooral Damminga beoogt de verrijkingsvordering expliciet tot vermogensverschuivingen te beperken. Zie Damminga 2014, p. 193-195.

Wordt het toepassingsgebied van de verrijkingsvordering – zoals in dit boek bepleit – niet tot vermogensverschuivingen beperkt, dan komt er minder druk te liggen op het begrip 'vermogen' en 'vermogensverschuiving' zodat er van een meer restrictieve definitie kan worden uitgegaan. Kan er in een concreet geval geen vermogensverschuiving worden aangenomen, dan betekent dit niet dat de verrijkingsvordering toepassing mist. Het betekent slechts dat de maatstaf om te bepalen of de verrijking ongerechtvaardigd is een andere is. En ook dit verschil moet worden genuanceerd.

Ik doel op het volgende. Is er sprake van een *daadwerkelijke* vermogensverschuiving tussen de eiser en de gedaagde dan is het enkele ontbreken van een rechtvaardigingsgrond voldoende voor de conclusie dat de verrijking ongerechtvaardigd is en wel omdat de vermogensbestanddelen of het vermogensbestanddeel voorheen rechtens aan de verarmde eiser toebehoorde(n). De verschuiving van vermogensbestanddelen is in dat geval een eerste stap richting ongerechtvaardigdheid, een eerste indicatie dat er in potentie sprake is van een ongerechtvaardigde verrijking. Het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond doet dan de rest van het werk. Vandaar dat de begrippen vermogen en vermogensverschuiving eng moeten worden opgevat.

Is er geen sprake van een vermogensverschuiving dan moet er – naast de afwezigheid van een rechtvaardigingsgrond – een bijzondere reden zijn die de verrijking ongerechtvaardigd doet zijn. Bedacht moet echter worden, dat die bijzondere reden erin gelegen kan zijn dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser weliswaar niet het gevolg is van een daadwerkelijke vermogensverschuiving, maar van een gebeurtenis die met een vermogensverschuiving kan worden gelijkgetrokken. Gebruikt iemand andermans zaak, dan is die verrijking ongerechtvaardigd als een rechtvaardigingsgrond ontbreekt omdat het gebruik aan de rechthebbende toekomt.[92] Ontvangt de gedaagde van de eiser een dienst zonder rechtvaardiging, dan zal die verrijking in de regel ongerechtvaardigd zijn, omdat eenieder de vruchten van eigen arbeid mag plukken.[93] De positieve reden voor ongerechtvaardigdheid – vereist voor een geval zonder vermogensverschuiving – moet er bij het gebruik van andermans zaak en de ontvangst van een dienst in worden gezocht, dat het verrijkingsfeit op een vermogensverschuiving lijkt en dat de gelijkenis zodanig is, dat de logica van de *sine causa*-benadering overeenkomstig kan worden toegepast.

Het nettoresultaat is dat het *precieze* onderscheid tussen gevallen waarin er sprake is van een vermogensverschuiving en gevallen waarin dit niet zo is van minder grote betekenis is dan het op het eerste oog lijkt. Is er sprake van een vermogensverschuiving dan is het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond voldoende voor de conclusie dat er sprake is van een ongerechtvaardigde verrijking. Is er geen sprake van een vermogensverschuiving maar

92 Een dergelijk geval is aan de orde in: HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782, *NJ* 2013/540, m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (Credit Suisse/Subway).

93 Een dergelijk geval is aan de orde in: HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO4936, *NJ* 2011/422, m.nt. H.B. Krans (Old-timers).

heeft het geval veel weg van een vermogensverschuiving dan kan het *sine causa*-principe analogisch worden toegepast. De bijzondere reden – nodig voor ongerechtvaardigdheid – is dan dat de wijze waarop de verrijking van de gedaagde is verrijkt ten koste van de eiser dusdanig veel weg heeft van een vermogensverschuiving in goederenrechtelijke zin, dat de logica van het *sine causa*-principe zich overeenkomstig laat toepassen.

Dit zal echter niet altijd zo zijn. Profiteert mijn bovenbuurman van mijn stookgedrag dan kwalificeert dit niet als een vermogensverschuiving en bovendien laat de *sine causa*-benadering zich niet op aansprekende wijze analogisch toepassen. Weliswaar stijgt er warme lucht richting het appartement van mijn bovenbuurman en is de verwarming van de lucht uit mijn zak betaald, maar ik kan niet zeggen dat mijn bovenbuur iets verkregen heeft dat aan mij *toebehoort*.[94] Mijn huis is verwarmd en daarmee heb ik gekregen waarvoor ik heb betaald. De verwarming van mijn bovenbuur is een onvermijdbaar neveneffect. De verwarmde lucht is van eenieder. De verrijking van mijn bovenbuur is alleen ongerechtvaardigd als bijkomende bijzondere omstandigheden diens verrijking ongerechtvaardigd doen zijn. Een vergelijkbare redenering gaat op als ik een dijk bouw, die ook het huis van mijn buurman beschermt.[95]

De ontvangst van een dienst zal ook niet altijd met een vermogensverschuiving gelijk te trekken zijn. Wanneer een genealoog mij informatie verschaft waarmee ik een opengevallen erfenis kan opsporen, dan zal die informatieverschaffing onder omstandigheden met een vermogensverschuiving mogen worden gelijkgetrokken.[96] Dit is met name het geval als het werk dusdanig substantieel is, dat gezegd kan worden dat de informatie de rijpe vrucht is van de inspanningen van de genealoog. Gaat het om een snipper informatie die eenvoudig kan worden vergaard, dan is mijn verrijking niet gelijk te stellen met een daadwerkelijke vermogensverschuiving.

Is er geen sprake van en daadwerkelijke vermogensverschuiving maar is de verrijking het gevolg van een gebeurtenis die veel van een vermogensverschuiving weg heeft, dan moet er, kortom, een pas op de plaats worden gemaakt om te bezien of de *sine causa*-benadering zich analogisch laat toepassen.

Naast de grensgevallen zijn er gevallen waarin er in de verste verte geen sprake is van een vermogensverschuiving. 'Win' ik als ondernemer ten koste van mijn concurrent marktaandeel dan laat zich dat niet met een vermogensverschuiving gelijkstellen. De crux is dat ik op geen enkele wijze een exclusief recht heb op 'mijn' klanten.[97] De verrijking van de gedaagde is – ook als er geen rechtvaardigingsgrond aanwezig is – in beginsel niet ongerechtvaardigd, tenzij er bijzondere omstandigheden zijn die de verrijking ongerechtvaardigd doen zijn.

---

94 Redenering geïnspireerd op: Gordley 2006, p. 425.
95 Zie par. 8.4.3.4.
96 Zie par. 8.4.3.5.
97 Zie: Gordley 2006, p. 425.

6.4.3.3 *Vooruitblik*

De rest van dit hoofdstuk volgt het hier gemaakte onderscheid tussen verrijkingsgevallen waarin er sprake is van een vermogensverschuiving en gevallen waarin dit niet zo is. In paragraaf 6.5 staat de situatie centraal, waarin de gedaagde zijn verrijking ontleent aan een vermogensverschuiving. Verschillende rechtvaardigingsgronden passeren – op hoofdlijnen – de revue. In paragraaf 6.6 zal nader in worden gegaan op de situatie waarin de gedaagde is verrijkt ten koste van de gedaagde, zonder dat deze verrijking voortvloeit uit een vermogensverschuiving. Er wordt daar één arrest besproken, waarin de hier verdedigde variant van de *unjust factors*-benadering gelezen kan worden, al zijn de overwegingen gegoten in de taal van de *sine causa*-benadering. Daarnaast zal er één arrest besproken worden waarvoor de hier verdedigde benadering een interessant perspectief kan bieden.

6.5 Verrijking door vermogensverschuiving

6.5.1 Inleiding

Heeft er tussen de verarmde en de verrijkte een vermogensverschuiving plaatsgevonden, dan dient er voor deze vermogensverschuiving een rechtvaardigingsgrond te bestaan. Ontbreekt deze rechtvaardigingsgrond, dan is de verrijking van de verrijkte ongerechtvaardigd. Daarmee ligt in de *sine causa*-benadering de focus op de gronden die een vermogensverschuiving kunnen rechtvaardigen. Het draait in dit verband om twee vragen. Welke rechtvaardigingsgronden kunnen worden onderscheiden? En vervolgens: in hoeverre is het mogelijk dat een grond die een verrijking doorgaans kan legitimeren, in bijzondere omstandigheden zijn 'rechtvaardigende kracht' verliest?[98]

In dit hoofdstuk zullen – zonder de pretentie van volledigheid – de belangrijkste gronden besproken worden die vermogensverschuivingen kunnen legitimeren. Eerst wordt de rechtshandeling tussen de verrijkte en de verarmde besproken. Daarna de rechtshandeling van de verrijkte met een *ander* dan de verarmde. Vanuit een verrijkingsrechtelijk perspectief gaat het in het laatstgenoemde geval dus om een rechtshandeling van de verrijkte met een 'derde'. Vervolgens wordt bezien wanneer de wet als rechtvaardiging kan dienen en wanneer dit het geval is met het stelsel van de wet. Bij de verschillende gronden wordt aandacht besteed aan de mogelijke invloed die bijzondere omstandigheden kunnen hebben op het antwoord op de vraag of de gedaagde ten koste van de eiser ongerechtvaardigd is verrijkt.

98 Het nuttige begrip 'rechtvaardigende kracht' ontleen ik aan Koolhoven. Zie Koolhoven 2011, p. 182. Bij haar is het *'Rechtfertigende Kraft.'*

6.5.2 Rechtvaardiging door rechtshandeling en overeenkomst

6.5.2.1 Grondslag

Is de verrijking van de gedaagde het gevolg van een daartoe strekkende rechtshandeling van de verarmde jegens de verrijkte, dan zal – als de rechtshandeling in stand blijft – die verrijking niet ongerechtvaardigd zijn.[99] Scheldt de eiser de schuld van de gedaagde kwijt, dan wordt de verrijking van de gedaagde gerechtvaardigd door die rechtshandeling.

Meestal zal het gaan om meerzijdige rechtshandelingen. Is de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser het gevolg van een rechtsgeldige overeenkomst tussen hen, dan wordt de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser door die overeenkomst gerechtvaardigd.[100] De overeenkomst, of meer algemeen: de rechtshandeling, functioneert aldus als een rechtvaardigingsgrond voor een vermogensverschuiving. Dat de overeenkomst – in een tweepartijenverhouding – als zodanig dient en kan dienen is onbestreden en heeft in het verrijkingsrecht een welhaast axiomatische status.

Een greep uit de feitenrechtspraak:

(i) Het Hoogheemraadschap verhoogt de erfpachtcanon. De daartegen ingestelde verrijkingsvordering faalt. De verrijking wordt 'gerechtvaardigd door de aard van het recht van het Hoogheemraadschap uit hoofde van het erfpachtcontract dat zij met de Dijkbewoners heeft gesloten'.[101]

(ii) Holland Casino wordt door een gokker aangesproken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Het casino is echter niet ongerechtvaardigd verrijkt nu de kansspelovereenkomst de verrijking van het casino rechtvaardigt.[102]

(iii) Valk voert werkzaamheden uit aan een villa van Gerrits. De laatstgenoemde heeft de villa voor commerciële doeleinden in eigendom. Partijen spreken af dat Valk voor eigen rekening en risico de werkzaamheden zal uitvoeren en dat hij – als loon – deelt in de winst van het project. Die winst komt er niet. De curator in het faillissement van Valk stelt – tevergeefs – een verrijkingsactie in tegen Gerrits. De verrijking van Gerrits ten koste van Valk wordt gerechtvaardigd door diens overeenkomst met Valk.[103]

Steeds rechtvaardigt de overeenkomst tussen de eiser en de gedaagde de verrijking van de laatstgenoemde. Toch zou kunnen worden gedacht, dat het onzuiver is om de overeenkomst als rechtvaardigingsgrond aan te merken. De aanduiding van de overeenkomst tussen de verrijkte en de verarmde als rechtvaardigingsgrond lijkt – dogmatisch gezien – niet de scherpst

---

99 Daarover Koolhoven 2011, p. 197.

100 Zie bijvoorbeeld: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/465; M.W. Scheltema, *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 6; Koolhoven 2011, p. 197; *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Vriesendorp), nr. 315.

101 Hof Amsterdam 21 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA1789, *NJF* 2013/297.

102 Rb. Utrecht 17 augustus 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BR6197, *NJF* 2011/387.

103 Rb. Noord-Holland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:4989.

mogelijke verklaring te zijn voor de conclusie dat de verrijking van de verrijkte niet ongerechtvaardigd is. Veeleer lijkt het zo te zijn, dat het de verbintenis is die uit de overeenkomst voortvloeit – op grond waarvan de vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden – die de verrijking van de gedaagde rechtvaardigt.[104]

Met deze 'scherpte' verliest men echter op andere punten aan helderheid.

In de eerste plaats zijn er naast de overeenkomst andere bronnen waaruit verbintenissen kunnen voortvloeien, die een vermogensverschuiving in een concreet geval kunnen rechtvaardigen. Gooit men deze verbintenissen op één hoop, dan ontsnapt aan de analyse de vraag waarom een (verbintenis uit) overeenkomst als rechtvaardigingsgrond kan gelden in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW.

In de tweede plaats is het ontstaan van een verbintenis op zichzelf reeds een vermogensverschuiving. Als ik een schilderij onder de marktwaarde verkoop, dan beschikt de koper van meet af aan over een vorderingsrecht op mij ter zake van de levering van het schilderij, terwijl daar een nominaal kleinere schuld jegens mij tegenover staat. Reeds met het sluiten van de overeenkomst heeft er – een gerechtvaardigde – vermogensverschuiving plaatsgevonden. Het is in dit geval alleen de overeenkomst die als rechtvaardiging kan worden aangewezen voor het ontstaan van deze verbintenissen.

Waarom geldt een overeenkomst tussen de verarmde en de verrijkte, die strekt tot de verrijking van de verrijkte ten koste van de verarmde, als een redelijke grond voor een vermogensverschuiving? Het is mogelijk de rechtvaardiging te zoeken in de gronden die de bindende kracht van de overeenkomst rechtvaardigen.

De bindende kracht van de overeenkomst berust op twee gronden van verschillende aard.[105] Enerzijds berust de bindende kracht van de overeenkomst op ideële beginselen die zijn geconcentreerd rond de op de rechtsgevolg gerichte wil en de dienovereenkomstige beschikkingsdaad van elk van de contractspartijen. De beginselen van autonomie, wil, vertrouwen, wederkerigheid en – wellicht – de billijkheid rechtvaardigen vanuit dit perspectief de bindende kracht van de overeenkomst.[106] Anderzijds berust de bindende kracht van de overeenkomst op het systeem van het burgerlijk recht, dat de overeenkomst als bron van afdwingbare verbintenissen erkent.[107] Als het recht de overeenkomst niet zou erkennen, dan zouden we slechts te maken hebben met een morele categorie.

---

104 Zonder deze mogelijke discussie aan te stippen, wordt de verbintenis als rechtvaardigingsgrond aangemerkt in: M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 6.3.

105 Vgl. Hijma 1988, p. 7 e.v. Hij maakt o.a. een onderscheid in de vraag 'waardoor' iemand gebonden is en vervolgens waarom het objectieve recht (het antwoord op de waardoorvraag) gebondenheid gerechtvaardigd acht.

106 Zie voor exponenten van deze aanpak bijvoorbeeld: Nieuwenhuis 1979; Smits 1995; Hijma 1988, p. 15 e.v. (overzicht verschillende opvattingen) en p. 29 e.v (diens eigen stellingname); Bakker 2012, p. 19 e.v. (overzicht) en p. 37 e.v. (diens eigen opvatting).

107 Hijma 1988, p. 8-12; Vranken 2000, 150-153.

In mijn optiek is het de juridische verbindende kracht van de overeenkomst als zodanig, die de vermogensverschuiving rechtvaardigt. De reden is als volgt. Zoals eerder uiteengezet behoort de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking overwegend systematisch te worden geïnterpreteerd.[108] Dit brengt met zich, dat als er eenmaal een rechtsgeldige – rechtens erkende – overeenkomst bestaat tussen de verrijkte en de verarmde, een daaruit voortvloeiende verrijking in principe niet ongerechtvaardigd is. De erkenning door het recht van de overeenkomst als een instituut waaruit voor contractspartijen – afdwingbare – rechten en verplichtingen voortvloeien, brengt dit met zich mee.

In wezen wordt de vraag, of de verrijking van de ene (kandidaats)contractspartij ten koste van de andere (kandidaats)contractpartij al dan niet gerechtvaardigd is beslist in het overeenkomstenrecht.[109] De regels en beginselen waarop het overeenkomstenrecht is gefundeerd bepalen immers (a) of een overeenkomst tot stand is gekomen, (b) hoe deze moet worden uitgelegd, (c) of er gronden zijn voor nietigheid of vernietigbaarheid, (d) of er voor de rechter aanleiding is de inhoud van de overeenkomst te wijzigen vanwege onvoorziene omstandigheden en (e) in hoeverre de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid verder nog op de partijafspraak inwerkt.

De verarmde zal zijn heil dus in beginsel binnen het contractenrecht moeten zoeken om zijn verarming geheel of gedeeltelijk ongedaan te maken.[110] Het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijkingen moeten worden tegengegaan kan binnen verschillende contractmechanismen tot zijn recht komen. Ligt er eenmaal een onaantastbare overeenkomst voor, dan is daarmee in beginsel – behoudens een dadelijk te bespreken uitzondering – gegeven dat een daaruit voortvloeiende vermogensverschuiving niet ongerechtvaardigd is. Daarbij moet worden bedacht, dat alle omstandigheden van het geval via de reguliere contractuele leerstukken aan de orde kunnen komen, zodat de verrijkingsvordering in een contractuele tweepartijenverhouding – in de regel – geen aanvullende rol te vervullen heeft.

6.5.2.2 Ermer/ABN Amro

Een standaardarrest is *Ermer/ABN Amro*.[111] Ermer geeft aan de ABN AMRO Bank (hierna: de bank) opdracht om een betaling van $ 75.000 te doen aan een bedrijf dat gevestigd is in de Verenigde Staten: Black Hole Systems. De bank maakt een vergissing en voert de betalingsopdracht tweemaal uit. Nadat de bank het teveel betaalde tevergeefs heeft geprobeerd terug te vorderen van Black Hole Systems, neemt zij contact met Ermer op. In een telefoongesprek geeft Ermer, zo komt althans in cassatie vast te staan,

108 Zie daarover Hfdst 4.
109 Vgl. Schoordijk 1991, p. 346.
110 *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Vriesendorp), nr. 315.
111 HR 30 juni 2002, ECLI:NL:HR:2000:AA6338, *NJ* 2000/536 (Ermer/ABN-AMRO).

onvoorwaardelijk toestemming om haar dollarrekening ook voor het teveel betaalde te debiteren. Ermer verkeert daarbij in de verwachting dat zij de betaling met een latere factuur zal kunnen verrekenen. Wanneer deze verwachting niet uitkomt, vraagt Ermer de bank haar rekening te crediteren met de 'teveel' gedebiteerde $ 75.000. De bank weigert dit te doen op basis van de eerder gemaakte afspraak, waarop Ermer de bank in rechte aanspreekt op grond van contract en ongerechtvaardigde verrijking. Het hof wijst de vorderingen van Ermer af.

In cassatie wordt geklaagd dat het hof verzuimd heeft te onderzoeken of de overeenkomst op grond van dwaling tot stand is gekomen. Het middel slaagt niet. Bij het hof kwam niet vast te staan dat ook de bank in de onjuiste veronderstelling verkeerde dat Ermer het bedrag van Black Hole Systems terug zou kunnen krijgen, zodat van een wederzijdse dwaling in de zin van artikel 6:228 lid 1 sub c BW geen sprake is geweest. Voorts zinspeelt de Hoge Raad erop dat, indien dit wel vast zou staan, het niet-betalen van Black Hole Systems een zuivere toekomstige omstandigheid zou betreffen waarvoor geen beroep op dwaling openstaat. Ook de afwijzing door het hof van Ermer's beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid laat de Hoge Raad in stand. Enerzijds is de opdracht (zo is vast komen te staan) onvoorwaardelijk gegeven. Anderzijds is er geen zorgplicht die de bank verbiedt om een – professionele – cliënt een risico als dit over te laten nemen als deze daar onvoorwaardelijk mee instemt. Over de ongerechtvaardigde verrijking oordeelt de Hoge Raad:

> 'Uit het hiervoor overwogene vloeit voort dat het oordeel van het Hof dat, voor zover een verrijking van de Bank moet worden aangenomen, deze in de gegeven opdracht een redelijke grond vindt (rov. 4.5), evenmin blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting noch – in het licht van hetgeen het Hof in zijn rov. 4.4 heeft overwogen – onbegrijpelijk of ontoereikend gemotiveerd is. Ook onderdeel 3 is derhalve tevergeefs voorgesteld.'[112]

Dit arrest laat in alle helderheid zien, dat een vermogensverschuiving die het gevolg is van een geldige overeenkomst tussen de verarmde en de verrijkte, niet ongerechtvaardigd is.

De juridische strijd moet worden gevoerd binnen de kaders van het overeenkomstenrecht.[113] Hoe moet de opdracht dat debitering worden uitgelegd? Als Ermer slechts een voorwaardelijke debitering wilde, mocht de bank er dan op vertrouwen dat de debitering onvoorwaardelijk was? Waren er wilsgebreken? Wat geldt als een toekomstige omstandigheid en wanneer is er sprake van een wederzijdse dwaling in de zin van artikel 6:228 lid 1 sub c? Is het beroep op de toestemming door de bank naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar? Zijn er onvoorziene omstandigheden? Advocaat-Generaal Hartkamp merkt in dit laatste verband op dat een beroep op onvoorziene omstandigheden ex artikel 6:258 BW mogelijk

112 R.o.v. 3.4.

113 Schoordijk heeft kritiek op de contractuele aspecten van het arrest. Zie: Schoordijk 2001, p. 15-16.

wel zou zijn gehonoreerd.[114] De regels van het contractenrecht bepalen of een verrijking van de 'bevoordeelde' contractspartij ten koste van de 'benadeelde' contractspartij ongerechtvaardigd is. Overwint het voordeel van de bank de horden van het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht, dan kwalificeert dit voordeel niet als een ongerechtvaardigde verrijking.[115]

6.5.2.3 Verdere voorbeelden uit de rechtspraak

Dit *'Ermer'*-principe laat zich in verschillende uitspraken uit de lagere rechtspraak herkennen. Ik geef een aantal voorbeelden.

(i) De eiser betoogt, dat de gedaagde bank te veel rente in rekening heeft gebracht en beroept zich onder andere op ongerechtvaardigde verrijking. De bank zou haar eigen criteria om de rente vast te stellen verkeerd hebben toegepast. De verrijkingsactie faalt. 'De kredietovereenkomsten met het daarin opgenomen rentepercentage van 5,10% gedurende vijf jaar, is', zo overweegt de Rechtbank Amsterdam, 'tot stand gekomen na een daartoe strekkend aanbod van ABN Amro. Dat aanbod is door [eiser] aanvaard. Voor zover al kan worden gezegd dat ABN Amro hierdoor is verrijkt, is deze verrijking niet ongerechtvaardigd. Zij vindt haar grondslag immers in de kredietovereenkomsten.'[116]

(ii) De gedaagde en X gaan uit elkaar. Zij waren gezamenlijk eigenaar van een appartement en rechthebbende van een levensverzekering. Zij wenden zich tot de eiser die werkzaam is als notaris. Het plan was dat de overwaarde verdeeld zou worden alsmede de contante waarde van de levensverzekering. De notaris (de eiser) maakt bij de vaststelling van de overbedelingsvordering een reken/schrijffout en stelt vast dat aan de gedaagde *ƒ* 14.787,81 voldaan moet worden in plaats van *ƒ* 25.601,31. X heeft haar vordering op de gedaagde overgedragen aan de eiser. De rechtbank overweegt, dat de verdeling niet vernietigt kan worden op grond van de speciale dwalingsregeling ex artikel 3:196 BW omdat X voor minder dan een vierde deel is benadeeld. 'Evenmin', zo overweegt de Rechtbank Arnhem, 'is er sprake van een ongerechtvaardigde verrijking aan de zijde van [de gedaagde] nu de verrijking haar grondslag vindt in een rechtshandeling, te weten de tussen de partijen overeengekomen verdeling zoals vastgelegd in de akte van verdeling.'[117]

(iii) De eiser koopt het motorpassagiersschip 'Arlene' van de curatoren van gedaagde voor € 2.225.000 vermeerderd met € 422.750 aan BTW.[118] In de overeenkomst stond daarover dat de koopprijs € 2.225.000 bedraagt 'te vermeerderen met 19% omzetbelasting, ongeacht of deze rechtens al dan niet is

114 Concl. A-G A.S. Hartkamp bij: HR 30 juni 2002, ECLI:NL:HR:2000:AA6338, *NJ* 2000/536 (Ermer/ABN-AMRO).

115 Zie ook: HR 24 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2778, *NJ* 2004/309, m.nt. P. van Schilfgaarde (Anthea Yachting/ABN AMRO).

116 Rb. Amsterdam 14 juni 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3765, r.o. 4.2.

117 Rb. Arnhem 25 juni 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AO6771, *NJF* 2004/23, r.o. 7.

118 Rb. Zwolle-Lelystad 9 juni 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BN0585, *NJF* 2011/68.

verschuldigd'. De eiser verwachtte de BTW van de belastingdienst terug te kunnen krijgen. Toen dit niet lukte omdat de BTW naar de koper 'verlegd' was, eiste zij de betaalde BTW in rechte terug. De Rechtbank Zwolle-Lelystand was van oordeel dat de overeenkomst zo moest worden uitgelegd, dat de eiser de BTW-component hoe dan ook verschuldigd was, mede omdat bij deze commerciële transactie een 'taalkundige/grammaticale' uitleg paste. Voorts achtte de rechtbank geen wilsgebrek aanwezig. Van ongerechtvaardigde verrijking is geen sprake 'reeds vanwege het feit dat de betaling van bedoelde integrale koopsom haar rechtvaardiging vindt in de daaraan ten grondslag liggende overeenkomst, zoals deze dient te worden begrepen'.[119]

(iv) Een commercieel directeur van een onderneming die ervan wordt beschuldigd te weinig te hebben gewerkt wordt onder andere aangesproken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Tevergeefs. 'Voor zover al gezegd kan worden dat [de gedaagde] is verrijkt doordat hij over genoemde jaren zijn loon heeft ontvangen, is die verrijking niet ongerechtvaardigd. De tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst rechtvaardigde de verrijking.'[120] De eisende onderneming moet zijn vordering zien te baseren op het (arbeids)overeenkomstenrecht.

(v) De politie neemt – per abuis – te veel softwarelicenties af van Microsoft. Na betaling van de factuur komt de aap uit de mouw en vordert de politie € 2.961.029,11 ter zake van de ongebruikte licenties. De Rechtbank Den Haag overweegt onder andere dat er geen op artikel 6:248 lid 1 BW geënte zorgplicht bestaat, op grond waarvan Microsoft moet controleren of een klant te veel licenties afneemt. De verrijking is niet ongerechtvaardigd omdat deze is gebaseerd op een tussen Microsoft en de politie gesloten overeenkomst.[121]

6.5.2.4 De uitleg bepaalt de rechtvaardigende kracht

In een enkel geval is een verrijkingsvordering in een contractuele verhouding echter mogelijk. Valt de verrijking niet onder de partijbedoeling, dan is een verrijkingsvordering denkbaar.[122] In hoeverre de overeenkomst tussen de verarmde en de verrijkte de verrijking van de laatstgenoemde legitimeert, hangt af van de uitleg van de overeenkomst.

Het standaardarrest is *Lisman van Raay/Sint Wilibrordus*.[123] Sint Willibrordus (Willibrordus) koopt van de Lisman van Raay Stichting (LRS) een kerkgebouw. Tegelijkertijd huurt Willibrordus van LRS in de kerk aanwezige kunstvoorwerpen. Bij deze twee overeenkomsten zien partijen over het

119 R.o. 4.3.

120 Hof Arnhem-Leeuwarden 10 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1015, *JBPR* 2017/53, m.nt. M. Kremer, r.o. 5.24.

121 Rb. Den Haag 15 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2615 (De politie/Microsoft), r.o. 4.3.

122 Hartkamp drukt het zo uit, dat een verrijkingsvordering mogelijk is indien de overeenkomst 'ruimte' laat voor een verrijkingsvordering. Zie: Hartkamp 2001, p. 317.

123 HR 23 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2620, *NJ* 2006/100 (LRS/Sint Willibrordus).

hoofd, dat sommige van de gehuurde kunstvoorwerpen door het kerkgebouw waren nagetrokken. Na levering van het kerkgebouw blijkt Willibrordus aldus tevens eigenaar te zijn geworden van een aantal van de door haar van LRS gehuurde kunstvoorwerpen. LRS stelt een vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking in, betogende dat Willibrordus ongerechtvaardigd met de waarde van de kunstvoorwerpen is verrijkt. Het hof wijst de vordering af en is van oordeel dat de verarmde partij de weg van de dwaling moet beproeven.[124] De Hoge Raad casseert. Indien de partijen de eigendomsovergang van de nagetrokken kunstvoorwerpen niet beoogd hadden 'is de mogelijk daarin gelegen verrijking dus ongerechtvaardigd geweest. De kennelijk op zodanige verrijking gebaseerde vordering van LRS staat haar ten dienste ook zonder dat de koopovereenkomst wegens dwaling wordt vernietigd.'[125] De overeenkomst sluit de verrijkingsvordering niet uit omdat er geen wilsovereenstemming was ter zake van de nagetrokken kunstvoorwerpen.[126]

De uitleg is ook bepalend geweest in het *Sonnevanck*-arrest, waarin een atypisch geval speelt dat het midden houdt tussen een twee- en driepartijenverhouding.[127]

X, die buiten elke gemeenschap van goederen is gehuwd met de eiser, koopt een woonhuis om deze in te richten als hotel-pension in het kader van haar onderneming 'Hotel-Pension Sonnevanck'. Het woonhuis wordt gefinancierd door een krediet bij NMB. In het kader van het verschaffen van de nodige zekerheid sluit de eiser een levensverzekering af op het leven van X met de eiser als begunstigde. X betaalt feitelijk de premie. Vervolgens heeft de eiser alle vorderingen ter zake van de levensverzekering ten titel van zekerheid aan NMB overgedragen.[128] NMB is op die voet als begunstigde aangewezen. Na enige tijd overlijdt X. De enige erfgenaam is de gedaagde (de dochter van X). De verzekeringsmaatschappij keert op grond van de levensverzekering f 225.000 uit aan NMB. Met dit bedrag is de schuld die is aangegaan ten behoeve van het als hotel ingerichte woonhuis verminderd, zodat ook de schuld van de nalatenschap met dit bedrag is verminderd. De eiser spreekt de gedaagde aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, omdat de schulden van de nalatenschap door de uitkering van de levensverzekering aan NMB ten koste van de gedaagde zijn verminderd zodat de erfenis groter in omvang is.

---

124 R.o. 11 arrest hof te kennen uit: HR 23 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2620, *NJ* 2006/100 (LRS/Sint Willibrordus).

125 HR 23 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2620, *NJ* 2006/100 (LRS/Sint Willibrordus), r.o. 3.3.

126 In gelijke (en instemmende) zin: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/465; G.E. van Maanen, 'Ongerechtvaardigde verrijking. In balans na vijftig jaar', *VrA* 2006/1, p. 41.

127 HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1271, *NJ* 1994/463, m.nt. W.M. Kleijn (Sonnevanck).

128 Thans is dit niet meer mogelijk in verband met art. 3:84 lid 3 BW.

Bij het hof komt vast te staan, dat X en de eiser uitdrukkelijk hebben beoogd dat NMB de vordering zal innen en dat het bedrag in mindering zou worden gebracht op de hypothecaire schuld ter zake van het woonhuis. Om die reden acht het hof de vermindering van de schulden van de nalatenschap gerechtvaardigd.[129] De Hoge Raad overweegt dat dit tevergeefs bestreden oordeel, zelfstandig het oordeel kan dragen dat de verrijkingsvordering van de eiser jegens de gedaagde niet opgaat.[130] De door het hof vastgestelde afspraak tussen de eiser en X over de bestemming van de uitkering van de levensverhouding, werkt door in de verhouding tussen X en de gedaagde omdat – en daarin ligt de juistheid van het oordeel van het hof en de Hoge Raad – de gedaagde X onder algemene titel heeft opgevolgd. In wezen gaat het om een gecompliceerde tweepartijenverhouding. Kleijn merkt in zijn noot terecht op, dat het oordeel mogelijk anders zou zijn, indien vast zou hebben gestaan dat de levensverzekering het dubbele doel nastreefde, van aflossing enerzijds en bevoordeling van de eiser anderzijds.[131]

6.5.2.5 De verrijkingsvordering als aanvulling op de contractuele remedies

Er is nog een groep gevallen waarbij de verarmde partij een verrijkingsvordering kan instellen. Het kan gebeuren dat een algemene regel van contractenrecht of andersoortige regel bewerkstelligt, dat er een voordeel bij één van de contractspartijen blijft hangen, zonder dat de partijen dit hebben beoogd en zonder dat dit anderszins gerechtvaardigd is.[132] Is dat het geval, dan komt de verrijkingsvordering voor toepassing in aanmerking.

Ook hier kan *Lisman van Raay/Sint Wilibrordus* als voorbeeld dienen. Door de regels van natrekking enerzijds en artikel 3:84 lid 1 BW anderzijds verkrijgt Wilibrordus het kerkgebouw mét de kunstvoorwerpen zonder dat partijen dit hebben beoogd.

Een ander voorbeeld is gecodificeerd in artikel 6:78 BW. Verkeert de gedaagde partij in overmacht en kan hij daardoor niet nakomen, dan is hij geen schadevergoeding verschuldigd op de voet van artikel 6:74 jo. 6:75 BW. Het kan heel wel zo zijn, dat hij daardoor in een betere positie komt te verkeren dan het geval zou zijn zonder de overmacht (waarin hij na zou moeten komen.) Artikel 6:78 BW maakt duidelijk dat de eiser de gedaagde onder omstandigheden kan aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking.

---

129 R.o. 4.11 arrest hof, te kennen uit: HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1271, *NJ* 1994/463, m.nt. W.M. Kleijn (Sonnevanck).

130 HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1271, *NJ* 1994/463, m.nt. W.M. Kleijn (Sonnevanck), r.o. 3.3.

131 Zie W.M. Kleijn in zijn noot onder: HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1271, *NJ* 1994/463, m.nt. W.M. Kleijn (Sonnevanck), nr. 2.

132 Zie ook: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/461.

En zo zijn er meer gevallen, waarin binnen de contractuele context een verrijkingsvordering mogelijk is. De gevallen waarop ik het oog heb,[133] zullen in hoofdstuk 8 worden besproken.[134] Aan de orde komt aldaar onder welke omstandigheden de eiser een verrijkingsactie heeft en hoe deze mogelijkheid zich verhoudt tot het reguliere rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht.

6.5.3 Rechtvaardiging door overeenkomst met derde

6.5.3.1 Inleiding

Als de verrijkte zijn voordeel ontleent aan een overeenkomst met de verarmde, dan is deze verrijking niet ongerechtvaardigd in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW. De overeenkomst geldt als rechtvaardigingsgrond voor de vermogensverschuiving die tussen de verarmde en de verrijkte heeft plaatsgevonden. Aanmerkelijk lastiger te beantwoorden is de vraag, of de verrijkte de overeenkomst die hij met een derde heeft gesloten aan de verarmde als rechtvaardigingsgrond voor zijn verrijking kan tegenwerpen zodra de verarmde hem aanspreekt uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. De overeenkomst geldt in deze gevallen immers niet tussen de verrijkte en de verarmde, maar tussen de verrijkte en een derde, zodat de verarmde buiten de overeenkomst staat.

In dit hoofdstuk zal met name gezocht worden naar een perspectief van waaruit in een dergelijke meerpartijenverhouding de toepasselijkheid van de verrijkingsactie moet worden beoordeeld. Moet het uitgangspunt zijn, dat de overeenkomst tussen de verrijkte en de derde, heeft te gelden als rechtvaardigingsgrond voor het bewuste voordeel van de verrijkte jegens de verarmde ten koste van wie de verrijkte is verrijkt, of moet het uitgangspunt zijn, dat dit juist niet het geval is? Het gaat dus niet zozeer om een maatstaf waaruit steeds eenduidig voortvloeit of de overeenkomst tussen de verrijkte en een derde als rechtvaardigingsgrond kan dienen voor de vermogensverschuiving tussen de verarmde en de verrijkte, het gaat om de vraag wat als uitgangspunt moet gelden in de beoordeling daarvan en waarom dat zo is. In hoofdstuk 9 worden verschillende feitenconstellaties besproken, al kan ook daar geen volledigheid worden betracht.

---

133 Het gaat met name om: HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3363, *NJ* 2004/458, m.nt. Jac. Hijma (Caribbean Bistros/-Club Caraibeen). HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2329, *NJ* 2010/498 (Proav/AVA); HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2729, *NJ* 2017/19, m.nt. F.M.J. Verstijlen (De Krom c.s./Van Logtestijn q.q.).

134 Zie par. 8.5.

6.5.3.2 *De doctrine in beweging*

De vraag of een overeenkomst tussen de verrijkte en een derde kan dienen als een rechtvaardigingsgrond jegens de verarmde, is in de literatuur sinds de invoering van de algemene verrijkingsactie in verschillende zin beantwoord.

Aanvankelijk was de leer heersend, dat de verrijkte de overeenkomst met een derde aan de verarmde kan tegenwerpen als rechtvaardigingsgrond voor zijn verrijking. Dit standpunt is door Nieskens-Isphording verdedigd.[135] Door onder andere Van Maanen, Schoordijk en Zwalve zijn soortgelijke zienswijzen gegeven.[136]

Het is Hartkamp geweest die deze destijds heersende zienswijze heeft bestreden. In zijn optiek kan een overeenkomst tussen de verrijkte en een derde alleen tegen de verarmde als rechtvaardigingsgrond dienen als het een normale rechtshandeling betreft.[137] Bij de vraag of een rechtshandeling kan gelden als een normale rechtshandeling, kan volgens hem onder andere worden gekeken naar de waardeverhouding van de overeenkomst. Wissink en Gerdes hebben een soortgelijk standpunt verdedigd.[138] Uitgangspunt is volgens hen dat de overeenkomst tussen de verrijkte en een ander dan de verarmde ook een rechtvaardigingsgrond inhoudt ten opzichte van de verarmde. Als de omstandigheden van het geval daar naar zijn kan volgens hen van dit uitgangspunt worden afgeweken.

Koolhoven en Damminga benaderen de vraag in hun beider recente dissertaties op een andere manier.[139] De overeenkomst, zo beredeneren zij, werkt enkel en alleen tussen partijen; derden kunnen aan de overeenkomst in beginsel geen rechten ontlenen. Volgens hen vloeit uit de relativiteit van de overeenkomst voort, dat als de verarmde de verrijkte aanspreekt uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, de verrijkte zich in beginsel niet op de overeenkomst met de derde kan beroepen als rechtvaardigingsgrond voor diens verrijking. Het uitgangspunt is dan dat de overeenkomst tussen de verrijkte en de derde de verrijking van de eerstgenoemde niet zonder meer rechtvaardigt jegens de verarmde. Koolhoven stelt onder andere als voorwaarde voor verrijkingsrechtelijke derdenwerking, dat de verrijkte te goeder trouw een reële tegenprestatie verricht heeft jegens zijn contractspartij.[140]

---

135 Nieskens-Isphording 1998, p. 102.
136 Engelhard & G.E. van Maanen 1998, p. 317; Schoordijk 1999, p. 157; Zwalve 2007, p. 208-212.
137 Hartkamp 2001, p. 332-334.
138 Wissink 2002, p. 32; Gerdes 2005, par. 8.5.1c, p. 188-193.
139 Koolhoven 2011, p. 236; Damminga 2014, p. 4 en 231-233.
140 Koolhoven p. 233.

6.5.3.3 De jurisprudentie in beweging

De jurisprudentie van de Hoge Raad begint met het arrest *Setz/Brunings* met een valse start.[141] Condico verkoopt een stuk grond. Dat doet hij eerst aan Brunings voor $ 80.000, en later – als Brunings er niet in slaagt alle betaaltermijnen te voldoen – aan Setz voor $ 47.000. Brunings betoogt vervolgens dat Setz het perceel van Condico voor dit lagere bedrag kon kopen, doordat de verkoper de verkoopprijs met het door Brunings reeds betaalde bedrag heeft verminderd. Veel meer dan dit wordt over de feiten niet duidelijk. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie Nederlandse Antillen en Aruba overweegt dat de verrijking van de tweede koper Setz ongerechtvaardigd is 'nu niet is gebleken dat daarvoor een redelijke grond aanwezig is'.[142]

Het namens Setz ingestelde cassatiemiddel bevat klachten die gericht zijn tegen i) de door het hof aangenomen verarming, ii) het door het hof aangenomen causale verband en iii) het miskennen van het hof van het beweerdelijke subsidiaire karakter van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking. Er is echter géén klacht geformuleerd tegen het voormelde oordeel dat de verrijking van Setz een redelijke grond ontbeerde. Dit is opmerkelijk omdat in een geval als dit het betoog voor de hand ligt, dat de overeenkomst tussen Setz (de verrijkte) en Condico (de derde) de verrijking van eerstgenoemde legitimeert, óók jegens de verarmde (Brunings). Onder uitdrukkelijke overweging dat er geen klacht is gericht op het punt van de ongerechtvaardigdheid van de verrijking, wijst de Hoge Raad het middel af en blijft het arrest van het Gemeenschappelijke Hof in stand. In deze zaak heeft de Hoge Raad niet de kans gekregen zich uit te spreken over de verrijkingsrechtelijke 'derdenwerking' van overeenkomsten.

Een eerste arrest waarin de Hoge Raad de vraag voorgelegd kreeg, of een overeenkomst tussen de verrijkte en een derde de verrijking van de verrijkte ten koste van de verarmde rechtvaardigt, is het *Koker/Cornelius*-arrest.[143] Valentine Cornelius woont krachtens een levenslang gebruiksrecht in een woning – 'De Groene Specht' – toebehorend aan haar zuster Renate Cornelius. Gedurende de tijd dat Valentine het huis bewoonde, heeft zij – onverplicht – aanzienlijk in het huis geïnvesteerd en bovendien heeft zij ervoor gezorgd dat het huis een woonbestemming bleef behouden. Om redenen die in het arrest niet duidelijk worden, wil Renate Cornelius het levenslange gebruiksrecht van haar zuster beëindigen: zij wil het contractuele gebruiksrecht van haar zuster opzeggen. Wanneer dit niet lukt, verkoopt en levert zij het huis aan haar zoon Koker, voor een prijs die fors beneden de markt-

141 HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7249, *NJ* 1997/719, m.nt. Jac. Hijma (Setz/Brunings).

142 R.o.v. 8 van het arrest van het Gemeenschappelijk Hof, te kennen uit: HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7249, *NJ* 1997/719, m.nt. Jac. Hijma (Setz/Brunings).

143 HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928, *NJ* 2007/154, m.nt. J.B.M. Vranken (Koker/Cornelius).

waarde ligt. Koker, die contractueel niet aan dit gebruiksrecht is gebonden, slaagt als eigenaar van de woning wél in de ontruiming van het huis.

Valentine Cornelius spreekt Koker vervolgens aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Valentine Cornelius betoogt dat Koker tegen een zeer gunstige prijs eigenaar is geworden van een huis, dat dankzij haar inspanningen de waarde heeft verkregen die het nu heeft. Het hof wijst de verrijkingsactie van Valentine Cornelius toe: tussen haar en Koker bestaat er geen rechtsverhouding die de verrijking van de eerstgenoemde ten koste van de laatste rechtvaardigt. De Hoge Raad casseert en geeft het volgende uitgangspunt:[144]

> 'Het gaat hier om een geval waarin de waarde van een onroerende zaak (een woning) is vermeerderd als gevolg van investeringen door een persoon (de verarmde) die daarvoor geen vergoeding heeft gekregen. De zaak is vervolgens door de eigenaar daarvan verkocht en geleverd aan een derde (de koper) tegen een prijs die vrij aanzienlijk lager was dan de (door de zojuist genoemde investeringen verhoogde) marktwaarde van de zaak. In een dergelijke situatie geniet de koper van de zaak, als elke koper die een zaak verwerft voor een koopprijs die beneden de marktwaarde ligt, een voordeel. Dat voordeel vindt in beginsel rechtvaardiging in de koopovereenkomst. De omstandigheid dat een derde (de verarmde) in het verleden op eigen kosten de zaak heeft verbeterd en daardoor in waarde heeft doen toenemen, brengt in het algemeen niet mee dat een zodanig verband bestaat tussen de verrijking van de koper en de verarming van de verarmde dat de koper ongerechtvaardigd verrijkt is ten koste van de verarmde.'

In het vervolg formuleert de Hoge Raad vier aandachtspunten waarmee in een geval als dit de verrijkingsaanspraak moet worden beoordeeld. Heeft de verarmde geen aanspraak op de verkoper dan ook niet op een latere koper;[145] is de verarmde geen huurder, dan kan artikel 7:216 BW niet op zijn situatie worden toegepast; ontleent de verrijkte zijn voordeel aan een gunstige overeenkomst in de familiesfeer, dan rechtvaardigt de schenkingswil van de verkoper mede de verrijking van de verrijkte; als de verrijking van de bevoordeelde koper al ongerechtvaardigd is, moet nog worden bezien of schadevergoeding redelijk is.

Indien A investeert in de woning van B en B de woning vervolgens verkoopt aan C voor een prijs die onder de marktwaarde ligt, dan wordt de verrijking van C ten koste van A in beginsel gerechtvaardigd door de koopovereenkomst B-C. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van dit uitgangspunt worden afgeweken.[146] Veralgemeniseren wij deze regel, dan lijkt de Hoge Raad in het arrest *Koker/Cornelius* zich op het standpunt te stellen, dat een verrijking die C ontleent aan een overeenkomst met B in beginsel ook gerechtvaardigd is tegenover derden, die geen partij bij de overeenkomst zijn. Anders gezegd, ontleent iemand een voordeel aan een overeenkomst met zijn of haar wederpartij, dan is het uitgangspunt dat deze verrijking ook gerechtvaardigd is jegens derden. Slechts bijzondere omstan-

144 R.o.v. 3.6.3.

145 Ik meen echter, dat er uitzonderingen mogelijk zijn;. Zie par. 6.5.3.5. en par. 9.3.3.7.

146 Dezelfde interpretatie is te vinden bij Van Maanen 2006, p. 42-44.

digheden kunnen maken dat dit anders is. Met dit arrest lijkt de Hoge Raad zich aldus aan te sluiten bij de visie van Hartkamp, Gerdes en Wissink die de overeenkomst tussen de verrijkte en een derde – waaraan de verrijkte zijn voordeel dankt – in beginsel als rechtvaardigingsgrond zien.[147]

Het *Ponzi-scheme*-arrest lijkt echter aan de veralgemenisering van de regel uit het *Koker/Cornelius*-arrest in de weg te staan.[148] Deze zaak draait om de verwikkelingen rond een *Ponzi-scheme*. De fraudeur trekt liquide middelen aan door aan beleggers hoge rendementen op leningen of beleggingen te beloven: steeds is de boodschap dat hij kans ziet het uitgeleende of ingelegde geld lucratief weg te zetten. De fraudeur belegt het geld echter niet. Als de fraudeur de rente al betaalt, dan doet hij dat niet van de aldus gegenereerde winsten, maar van de inleg of uitleningen van andere deelnemers. Niet alle deelnemers lijden verlies: zij die hoog in de piramide zitten, kunnen (forse) winsten behalen. In de *Ponzi-scheme*-zaak gaat de fraudeur failliet en stelt de curator een verrijkingsactie namens de schuldeisers in diens faillissement in tegen een deelnemer die een flinke winst heeft gemaakt dankzij forse rentebetalingen van de fraudeur. De gelukkige deelnemer is volgens de curator ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van de schuldeisers in het faillissement, omdat de laatsten zijn benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden door het hoge uitgekeerde rentepercentage. Het hof doet de zaak af met de overweging, dat de deelnemer in een geval als dit niet ongerechtvaardigd is verrijkt, nu zij de verrijking ontleent aan een rechtsgeldige overeenkomst met de fraudeur. De Hoge Raad acht het middel tegen dit oordeel gegrond. Daarbij overweegt de Hoge Raad het volgende:[149]

> '[…] het bestaan van een aan de verrijking ten grondslag liggende (rechtsgeldige) overeenkomst tussen de verrijkte en de verarmde rechtvaardigt in beginsel die verrijking, maar een verrijking van een partij bij een overeenkomst ten koste van een derde wordt niet steeds en zonder meer gerechtvaardigd door die overeenkomst. Dat laatste geldt in nog sterkere mate indien tussen de prestaties waartoe die overeenkomst verplicht een wanverhouding bestaat, zoals in dit geval in cassatie veronderstellenderwijs moet worden aangenomen [...].'

De Hoge Raad lijkt hier een ander uitgangspunt te nemen dan in het arrest *Koker/Cornelius.* In dat arrest acht de Hoge Raad de verrijking van de koper van een huis, die hij aan de koopovereenkomst ontleent, in beginsel gerechtvaardigd jegens de verarmde die het huis in waarde heeft doen toenemen. In *het Ponzi-scheme*-arrest overweegt de Hoge Raad in algemene bewoordingen dat een overeenkomst tussen de verrijkte en een derde de verrijking van eerstgenoemde 'niet zonder meer' jegens de verarmde legitimeert. Dit wordt nog eens versterkt, doordat de Hoge Raad ten aanzien van de tweepartijenverhouding overweegt, dat de overeenkomst tussen de verrijkte en de ver-

147 Hartkamp 2001, p. 332-334; Wissink 2002, p. 32; Gerdes 2005, par. 8.5.1c, p. 188-193.
148 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, *NJ* 2012/495, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ponzi scheme*).
149 R.o.v. 3.7.2.

armde de verrijking van eerstgenoemde 'in beginsel' rechtvaardigt. Aldus lijkt de Hoge Raad tot een omgekeerd uitgangspunt als in het *Koker/Cornelius*-arrest te komen: ontleent de verrijkte een voordeel aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde, dan kan de verrijkte die overeenkomst niet 'zonder meer' als rechtvaardigingsgrond aan de verarmde tegenwerpen. Daarmee loopt het *Ponzi-scheme*-arrest in de pas met de visie verdedigd in de recente dissertaties van Koolhoven en Damminga.[150] Zij gaan beide uit van het uitgangspunt, dat een overeenkomst tussen de verrijkte en een derde in beginsel *niet* kan gelden als een rechtvaardigingsgrond jegens de verarmde.

Ik sluit echter niet uit, dat het maar schijn is dat de Hoge Raad van standpunt is veranderd. De casusposities die onderscheidenlijk aan het *Koker/Cornelius*-arrest en het *Ponzi-scheme*-arrest ten grondslag liggen, verschillen wezenlijk van elkaar. In het eerste geval ligt het voor de hand aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking af te wijzen – wat heeft een koper te maken met iemand die voor de koop de zaak heeft verbeterd voor de vorige eigenaar? -, terwijl in het tweede geval deze uitkomst veel twijfelachtiger is, omdat in dat geval de verrijkte profiteert van de fraude van een fraudeur ten koste van het vermogen van zijn slachtoffers. Wellicht leent de algemeen geformuleerde overweging uit het *Ponzi-scheme*-arrest zich niet voor veralgemenisering en moeten wij eigenlijk lezen, dat de overeenkomst tussen de 'winnaar' van een piramidespel en de organisator daarvan niet zonder meer de verrijking van eerstgenoemde rechtvaardigt jegens de verliezers.

In het *Bouwgros*-arrest lijkt de Hoge Raad (weer) van oordeel, dat de overeenkomst tussen de verrijkte en de derde in beginsel als rechtvaardigingsgrond kan gelden jegens de verarmde.[151] Een verhuurder ontvangt, vanwege het faillissement van diens huurder, van de bank een bedrag dat gelijk staat aan een jaar huur op grond van een daartoe strekkende bankgarantie. De vraag rees of de verhuurder daarmee ongerechtvaardigd was verrijkt ten koste van de boedel. Die vraag speelde, omdat de curator op grond van artikel 39 Fw de huurovereenkomst met inachtneming van een opzegtermijn van drie maanden kan opzeggen, en dat een beding met een langere huurtermijn de boedel niet kan worden tegengeworpen: niet door de verhuurder, maar ook niet door een derde.[152] De bank echter, had zich voor een jaar garant gesteld en had zich via verrekening verhaald op de boedel, zonder dat de curator zich daartegen had verzet, terwijl hij dit wel kon. In plaats daarvan spreekt de curator de verhuurder aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Deze heeft een jaar huur ontvangen die – uiteindelijk, via verrekening door de bank – ten laste van de boedel was gekomen. De Hoge Raad wijst verrijkingsaansprakelijkheid van de verhuurder af.

150 Koolhoven 2011, p. 236; Damminga 2014, p. 4 en 231-233.

151 HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278, *NJ* 2017/142, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Bouwgros).

152 HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, *NJ* 2014/68, m.nt. P. van Schilfgaarde (Romania Beheer), r.o. 3.3.4 *in fine.*

De ontvangst van de verhuurder van een betaling waartoe zij 'in haar verhouding tot ABN AMRO gerechtigd was, werd immers niet ongerechtvaardigd doordat ABN AMRO verhaal nam op de boedel en de curator dit niet verhinderde'.[153] De bankgarantie legitimeert de verrijking van de verhuurder, zodat hij niet ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de boedel.

6.5.3.4 Uitgangspunt: verrijkingsrechtelijke derdenwerking

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt, dat de verrijkte niet steeds en altijd diens overeenkomst met de derde aan de verarmde kan tegenwerpen als rechtvaardigingsgrond voor zijn verrijking. Terecht. Een dergelijke strikte opvatting zou weliswaar de rechtszekerheid dienen en in de pas lopen met een soepel lopend rechtsverkeer, maar er is dan geen ruimte om de bijzondere omstandigheden van het geval mee te wegen. Daar waar er in een tweepartijenverhoudingen verschillenden *checks and balances* zijn – variërend van de finesses van de wilsvertrouwensleer tot het paardenmiddel van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid – zijn deze tussen de indirect verarmde en de indirect verrijkte – bij ontstentenis van een onderlinge contractuele relatie – afwezig. De algemene verrijkingsactie zou in plaats van de contractuele mechanismes kunnen functioneren als 'check'. Zou de rechtshandeling met een derde per definitie als rechtvaardigingsgrond gelden voor het door de verrijkte ten koste van de verarmde genoten voordeel, dan zou de verrijkingsactie die rol niet kunnen vervullen, hetgeen niet goed zou passen bij de op de redelijkheid en billijkheid gefundeerde aanvullende functie van de verrijkingsvordering. Die richting is de Hoge Raad dan ook niet opgegaan.

De resterende analyse draait om het te hanteren uitgangspunt. Is het zo dat de overeenkomst tussen de verrijkte en de derde waaraan de verrijkte zijn voordeel ontleent 'niet zonder meer' geldt als rechtvaardigingsgrond jegens de verarmde (*Ponzi-scheme*), of moet het uitgangspunt zijn dat een dergelijke overeenkomst een toereikende rechtvaardigingsrond is (*Koker/Cornelius, Bouwgros*)? Zijn er, anders geformuleerd, bijzondere omstandigheden nodig om de overeenkomst tussen de verrijkte en de derde aan te merken als rechtvaardigingsgrond jegens de verarmde, of wordt de overeenkomst tussen de verrijkte en de derde in beginsel ook jegens de verarmde als rechtvaardiging voor de verrijking van de verrijkte aangemerkt en kunnen alleen bijzondere omstandigheden dit anders doen zijn?

In mijn optiek moet het uitgangspunt zijn, dat het voordeel dat de verrijkte ontleent aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde (een derde) in beginsel niet ongerechtvaardigd is jegens de verarmde, omdat de overeenkomst waaruit het voordeel voortvloeit – behoudens bijzondere omstandigheden – de verrijking van de verrijkte rechtvaardigt. Enerzijds beschermt een dergelijk uitgangspunt het rechtsverkeer, dat erbij is gebaat

153 R.o. 4.2.

dat iemand die een gunstig contract sluit niet te gemakkelijk kan worden aangesproken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking door iemand die buiten de overeenkomst staat.[154] Anderzijds laat dit model toe – doordat verrijkingsrechtelijke derdenwerking slechts het uitgangspunt is – dat er bijzondere omstandigheden kunnen zijn die dit anders kunnen maken, zodat onwenselijke resultaten worden voorkomen.

Is het uitgangspunt van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking niet in strijd met de relativiteit van de overeenkomst?[155] Het antwoord op deze vraag moet ontkennend luiden. Het contractuele uitgangspunt dat een overeenkomst alleen tussen partijen rechten en verplichtingen in het leven roept, is – in mijn optiek – niet een overtuigend argument om verrijkingsrechtelijke derdenwerking aan de overeenkomst tussen de verrijkte en een derde te ontzeggen. Het relativiteitsbeginsel brengt primair met zich, dat uit een overeenkomst enkel en alleen tussen de contractspartijen verbintenissen voortvloeien. De verrijkte die jegens de verarmde een overeenkomst met een derde opvoert als rechtvaardigingsgrond, beroept zich wel op een contract, doch hij beroept zich 'slechts' op een overeenkomst met een derde om zich tegen de door de verarmde ingestelde verrijkingsactie te verweren. Hij gebruikt de overeenkomst niet om een verplichting aan de verarmde op te dringen, doch om vordering uit ongerechtvaardigde verrijking met succes af te wenden.

Met de enkele constatering dat de relativiteit van de overeenkomst niet principieel aan een mogelijke verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst in de weg staat, is nog niet aangetoond dat die werking daadwerkelijk bestaat, of behoort te bestaan. Die diepere grondslag is in mijn optiek wel te geven.

6.5.3.5 Grondslag verrijkingsrechtelijke derdenwerking

De verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst tussen de verrijkte en een ander dan de verarmde berust in mijn optiek op een fundament, dat op het snijpunt ligt van het goederenrecht en het verbintenissenrecht. De omstandigheid dat de gedaagde het voordeel ontleent aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde, betekent namelijk dat het voordeel primair uit het vermogen van die ander (een derde) afkomstig is. Voor Janssen is dit reden voor de conclusie dat er geen causaal verband tussen de verrijking van de gedaagde en de verarming van de eiser bestaat.[156] Dat gaat, zoals eerder betoogd, te ver.[157] De omstandigheid dat de gedaagde zijn voordeel aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde dankt, behoort echter wél mee te brengen dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser in beginsel niet ongerechtvaardigd is. De derde waarmee

154 Zie voor dit argument ook Gerdes 2005, par. 8.5.1c, p. 190
155 Vgl. Koolhoven 2011, p. 236; Damminga 2014, p. 4 en 231-233.
156 Janssen 2009, par. 5.1.1.
157 Zie par. 5.4.4.3.

de verrijkte gedaagde heeft gecontracteerd is namelijk bevoegd om – met binding tegenover eenieder – over zijn vermogen te beschikken.

Die beschikkingsbevoegdheid heeft meer dan een dimensie. Draagt iemand zijn piano ten titel van koop over op de voet van artikel 3:84 BW, dan is de verkrijger in beginsel eigenaar van de piano tegenover de rest van de wereld. De beschikkingsbevoegdheid manifesteert zich hier als de bevoegdheid om een afzonderlijk vermogensbestanddeel in goederenrechtelijke zin over te dragen. Maar ook als de piano nog niet geleverd is, heeft de verkoper reeds – met de verkoop – over zijn vermogen beschikt op een manier die derdenwerking heeft. De verkoper staat vanaf het moment van koop met zijn vermogen in om de piano te leveren. Bij het verhaal op het vermogen van de verkoper zullen diens schuldeisers rechtens rekening moeten houden met de vordering van de koper. Alle schuldeiser hebben, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang, een gelijk recht op verhaal en moeten uit de netto-opbrengst van de goederen naar evenredigheid worden voldaan (artikel 3:277 lid 1 BW).

De verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst moet worden gezien als een andere consequentie van de bevoegdheid van de rechthebbende om over zijn vermogen te beschikken. Omdat de derde rechthebbende is van zijn vermogen ten opzichte van de rest van de wereld, kan hij de gedaagde ten koste van zijn vermogen bevoordelen op een manier die ook tegenover derden – waaronder de verarmde – werkt. De verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst, is de afgeleide van de bevoegdheid van de wederpartij van de verrijkte om over diens vermogen te beschikken.

Dit kan worden toegepast op de zaak *Koker/Cornelius*.[158] Valentine Cornelius investeert in het huis van Renate Cornelius. De investeringen van de eerste doen het huis van de laatste in waarde stijgen. Renate Cornelius verkoopt het huis vervolgens aan haar zoon Koker voor een prijs onder de marktwaarde. Koker kan die overeenkomst aan Valentine Cornelius als rechtvaardigingsgrond tegenwerpen. Redengevend hiervoor is dat Renate Cornelius rechthebbende is van haar vermogen ten opzichte van de rest van de wereld, waardoor zij met werking tegenover eenieder over haar vermogen kan beschikken. Iets soortgelijks geldt in Bouwgros. De verrijking van de verhuurder die een jaar huur krijgt op grond van een daartoe strekkende bankgarantie, is niet ongerechtvaardigd ten koste van de boedel omdat de bank bevoegd is haar vermogen tot een dergelijke prestatie te binden. Daarmee is de verrijking van de verhuurder gelegitimeerd.

De verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst tussen de verrijkte en een derde is het uitgangspunt. Bijzondere omstandigheden kunnen de verrijkingsrechtelijke derdenwerking echter doorbreken.

158 HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928, *NJ* 2007/154, m.nt. J.B.M. Vranken (Koker/Cornelius).

In de eerste plaats kan het geval zodanig zijn, dat de ratio van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking in de omstandigheden van het geval afwezig is. Dit is het geval indien degene waarmee de verrijkte gedaagde heeft gecontracteerd – X – heeft beschikt over vermogensbestanddelen die aan de verarmde toebehoren. Dit zou aan de orde zijn als X het vakantiehuis van de verarmde aan de verrijkte verhuurt of ter beschikking stelt.[159] De algemene beschikkingsbevoegdheid van X om diens vermogen te binden is dan geen sterk argument voor verrijkingsrechtelijke derdenwerking van deze overeenkomst, omdat de verhuurde vakantiewoning niet aan X, maar aan de verarmde toebehoort. De verrijking van de verrijkte ten koste van de verarmde is ongerechtvaardigd als er geen nadere rechtvaardigingsgrond voor het gebruik van de verrijkte kan worden aangewezen.[160]

In de tweede plaats kunnen er bijzondere omstandigheden zijn die een uitzondering op de verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst kunnen rechtvaardigen. Hier toont zich de op de redelijkheid en billijkheid gefundeerde aanvullende functie van de verrijkingsvordering. Daar waar het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht mechanismes heeft om recht te doen aan de omstandigheden van het geval, kan er in het verrijkingsrecht op basis van de bijzondere omstandigheden van het geval een uitzondering worden gemaakt op de verrijkingsrechtelijke derdenwerking.

Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een geval, waarin X juridisch technisch over diens eigen vermogen beschikt, maar dat desalniettemin dicht tegen een geval aanligt waarin X over het vermogen van de verarmde beschikt. Dit is het geval in het *Ponzi scheme*-arrest:[161] de spin in het web betaalt de winst van de gedaagde met beleggingen van potentiële eisers.[162] Weliswaar behoorden de gelden de beleggers niet meer in goederenrechtelijke zin toe, maar de oplichter besteedt de gelden 'van' de beleggers op een andere manier als beloofd. Zoals we hebben gezien overweegt de Hoge Raad juist in dat arrest dat een overeenkomst niet steeds en zonder meer derdenwerking heeft.

Maar er zijn ook andere gevallen denkbaar waarin het gerechtvaardigd is om van het uitgangspunt van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking af te wijken. In een geval als *Koker/Cornelius* zou dit bijvoorbeeld het geval kunnen zijn als Koker de verarmde Valentine Cornelius zou hebben aangemoedigd om in het huis van Renate Cornelius te investeren, terwijl hij wist dat hij het huis binnen afzienbare tijd voor een zacht prijsje zou verkrijgen. In dat geval rechtvaardigt het principe dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag, een uitzondering op het beginsel van verrijkingsrech-

159 Het voorbeeld is ontleend aan: Damminga 2014, p. 242-243.

160 Toch zal de verrijkingsactie lang niet altijd slagen. Enerzijds kan de verrijkte door diens aansprakelijkheid een ongewenst bestedingspatroon opgedrongen krijgen zodat aansprakelijkheid niet redelijk is. Anderzijds kan hij zich mogelijk beroepen op de in art. 6:212 lid 2 en 3 neergelegde verweermiddelen. Zie: Damminga 2014, p. 242-243.

161 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, *NJ* 2012/495, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ponzi scheme*).

162 Zie verder par 9.3.3.

telijke derdenwerking, óók als dit handelen niet kwalificeert als een onrechtmatig handelen in de zin van artikel 6:162 BW.[163] Anders dan de Hoge Raad van oordeel lijkt te zijn, zou de omstandigheid dat Valentine Cornelius geen (contractuele) vordering heeft jegens Renate Cornelius ter zake van de investeringen, niet per definitie aan een verrijkingsactie van de verarmde tegen de verrijkte in de weg moeten staan.[164]

Verdere grenzen van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking en de uitzonderingen daarop zullen verderop in dit boek nader worden verkend.[165]

6.5.4 Rechtvaardiging door wet

6.5.4.1 Heersende leer; rechtvaardiging door wet

Als de verarmde per ongeluk op de grond van de verrijkte een huis heeft gebouwd, dan is de verrijkte krachtens de natrekkingsregel eigenaar van het huis. De vermogensverschuiving is dan veroorzaakt door de wet. Als een vermogensverschuiving aldus door de wet is veroorzaakt, hangt het van de strekking van de wettelijke regeling af, of de wet ook als rechtvaardigingsrond geldt in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW.[166] Als de wet de strekking heeft, de daaruit voortvloeiende vermogensverschuiving ook in obligatoire zin te legitimeren, dan is er van een ongerechtvaardigde verrijking geen sprake. Heeft de wet die strekking niet, dan is een daaruit voortvloeiende verrijking – behoudens een andere rechtvaardigingsgrond zoals een tot de verrijking strekkende overeenkomst – ongerechtvaardigd en moet bezien worden of een verplichting tot de betaling van schadevergoeding redelijk is. Omdat de voornoemde natrekkingsregel 'slechts' de goederenrechtelijke ordening beoogt, strekt de regel er niet toe de grondeigenaar op wiens grond gebouwd is te verrijken, zodat de verrijking van de grondeigenaar in beginsel ongerechtvaardigd is. Deze in de rechtspraak en de literatuur heersende zienswijze – die de strekking van de wet ziet als allesbepalende factor – is één op één terug te voeren tot de beschouwingen daarover in de parlementaire geschiedenis.[167]

Bij de beoordeling van de (on)gerechtvaardigdheid van de verrijking ligt de focus dus op de strekking – de uitleg – van de wet. Dit uitgangspunt kan onderschreven worden. Als de wet een bepaalde vermogensverschui-

---

163 Vgl. Gerdes 2005, par. 8.5.1c, p. 191, alwaar hij aanstipt dat 'unclean hands' de verrijkingsrechtelijke derdenwerking kan doorbreken.

164 HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928, *NJ* 2007/154, m.nt. J.B.M. Vranken (Koker/Cornelius), r.o. 3.6.3. onder a.

165 Hoofdstuk 9.

166 Zie bijvoorbeeld: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/466; *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Vriesendorp), nr. 316; Hartlief 2012, p. 253-256, p. 262. HR 15 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0155, *NJ* 2004/126, m.nt. W.M. Kleijn (Daams/Staat), r.o. 3.4; HR 24 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9600, *NJ* 2010/508 (Groesbeek/Derks c.s.), r.o. 3.5. Vgl. Wissink 2002, p. 21-26 en p. 57-65.

167 PG Boek 6, p. 830 en p. 836. Daarover Wissink 2002, p. 24-25.

ving beoogt, dan brengt reeds een voor de hand liggende wetssystematische uitleg met zich, dat een daarmee samenhangende verrijking niet ongerechtvaardigd is in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW. 'Het is niet logisch', zo merkt Wissink op, 'met de ene hand te geven, wat met de andere is weggenomen'.[168]

Ik geef een aantal voorbeelden. Bij de analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad zullen er meer volgen.

(i) Het goederenrecht kent verschillende bepalingen, die de daaruit voortvloeiende vermogensverschuivingen in verrijkingsrechtelijke zin legitimeren. Degene die, bijvoorbeeld, wordt beschermd tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder op de voet van artikel 3:86 en 3:88 BW, wordt daarmee verrijkt ten koste van de rechthebbende.[169] Die verrijking is niet ongerechtvaardigd. Degene die te goeder trouw een goed bezit, wordt op de voet van artikel 3:120 BW eigenaar van de daardoor afgescheiden vruchten. Ook die verrijking is niet ongerechtvaardigd.[170]

(ii) Is de gedaagde op grond van bevrijdende verjaring bevrijd van een rechtsvordering op de voet van artikel 3:306 e.v. BW dan is de daarmee samenhangende verrijking niet ongerechtvaardigd.[171] Een architect die buiten de verjaringstermijn een factuur verstuurt, en aldus zijn vorderingsrecht verliest, kan zich vervolgens niet beroepen op ongerechtvaardigde verrijking.[172] Voor verkrijgende verjaring op grond van artikel 3:99 e.v. BW geldt hetzelfde.

(iii) Een natuurlijke verbintenis kan fungeren als een rechtvaardigingsgrond.[173] Wanneer de eiser bijvoorbeeld in het kader van een affectieve relatie investeert in de huurwoning van de gedaagde en dit kwalificeert als een 'dringende morele verplichting' als bedoeld in artikel 6:3 lid 2 sub b BW, dan levert dit geen ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde op.[174] Iets soortgelijks moet gelden als de eiser jegens de gedaagde een rechtshandeling voldoet waaraan 'de wet of een rechtshandeling de afdwingbaarheid onthoudt'.[175]

(iv) Wordt aan iemand, zo bepaalt artikel 7:7 lid 1 BW, ongevraagd een zaak toegezonden en mag de ontvanger redelijkerwijze aannemen dat deze zaak verzonden is om hem tot verkoop te bewegen, dan mag de ontvanger de zaak om niet behouden tenzij het de ontvanger is toe te rekenen dat de zaak aan hem verzonden is. De strekking van artikel 7:7 lid 1 BW is dat de ontvanger die de hem toegezonden zaak mag houden, niet ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van degene die hem de zaak heeft toegezonden.[176]

---

168 Wissink 2002, p. 63.
169 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/467.
170 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/467.
171 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/467.
172 Hof Amsterdam 10 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4641,*NJF* 2016/96.
173 Zie: Koolhoven 2011, p. 190-191.
174 Zie bijvoorbeeld: Rb. Haarlem 9 juli 2003, ECLI:NL:RBHAA:2003:AI1183, *NJF* 2003/54.
175 Zie art. 6:3 lid 1 sub a. BW.
176 In gelijke zin t.a.v. art. 6:203: Asser/Hijma 7-I* 2013/155.

6.5.4.2 Heersende leer; rechtvaardiging door stelsel wet

Nauw verwant met de situatie waarin de verrijking van de gedaagde wordt gerechtvaardigd door een *specifieke* wettelijke bepaling, is de situatie waarin de verrijking wordt gerechtvaardigd door het stelsel van de wet. Er zijn twee verschillende manieren op grond waarvan het stelsel van de wet een verrijking kan rechtvaardigen.

In de eerste plaats kan een verrijkingsgeval exclusief door een specifieke wettelijke regeling worden bestreken.[177] Of die regeling exclusief is, zal afhangen van de strekking van die wettelijke regeling[178] en de plaats van die regeling in het systeem van het vermogensrecht.

(i) Is, bijvoorbeeld, de mogelijkheid om een rechtshandeling te vernietigen wegens een wilsgebrek verjaard of vervallen, dan kan de wederpartij van de benadeelde partij niet worden aangesproken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking.[179] De eventuele verrijking die met het ontvallen van de vernietigingsmogelijkheid samenhangt, is niet ongerechtvaardigd. De verrijking wordt gerechtvaardigd door de belangenafwegingen die aan de verjarings- of vervalregels ten grondslag liggen.

(ii) Is de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser, het gevolg van een tussen hen gewezen rechterlijke uitspraak dan is die verrijking – óók als het oordeel achteraf onterecht is – niet ongerechtvaardigd.[180] Staat er nog hoger beroep of cassatie open, dan moet de eiser die weg kiezen met inachtneming van de daarvoor geldende processuele regels. Staat er géén hoger beroep open en is het vonnis of arrest in gezag van gewijsde gegaan, dan geeft het vonnis of het arrest het recht tussen de partijen weer. Een verrijkingsvordering kan daar geen verandering in brengen.[181] Deze *hard and fast rule* volgt uit het gesloten systeem van rechtsmiddelen en de daaraan ten grondslag liggende gedachte dat aan een procedure eens een einde moet komen.

(iii) Schuldeisers in een faillissement kunnen ten koste van een individuele schuldeiser (de eiser) worden verrijkt, in die zin dat de eersten betere verhaalsmogelijkheden hebben gekregen doordat de laatste in een onhandige transactie met de failliet verzeild is geraakt.

Dit is bijvoorbeeld het geval, als de eiser voor het faillissement onverschuldigd aan de failliet heeft betaald of als iemand een lening aan de failliet verstrekt – en op grond van die lening heeft uitbetaald – zonder zekerheid

---

177 PG Boek 6, p. 830.

178 Zie Wissink 2002, p. 24-25.

179 PG Boek 6, p. 830; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/467; M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 6.3.

180 PG Boek 6, p. 833; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/467; M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 6.3; Koolhoven 2011, p. 196.

181 Zie: Hof Den Bosch 13 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4099, *Prg.* 2016/284, r.o. 3.8. Het gezag van gewijsde kan ook een zekere reflexwerking hebben voor een partij die buiten de rechterlijke uitspraak staat. Zie: Rb. Oost-Brabant 1 februari 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:445.

te bedingen. De solvent en degene die krediet heeft verstrekt hebben slechts een concurrente vordering, terwijl het beloop van respectievelijk de onverschuldigde betaling en de geldlening in de failliete boedel vallen, hetgeen een verbetering in de verhaalsmogelijkheden voor (een deel van) de overige schuldeisers kan betekenen.

De verrijking van (een deel van) de schuldeisers in het faillissement ten koste van respectievelijk degene die voor het faillissement onverschuldigd heeft betaald en degene die de geldlening heeft verstrekt is echter niet ongerechtvaardigd. De verrijking wordt in beide gevallen gerechtvaardigd door het stelsel van de faillissementswet.[182] Volgens Schoordijk is één van de gouden regels van het verrijkingsrecht, dat het preferentiesysteem niet doorbroken mag worden door de toepassing van de verrijkingsvordering.[183]

6.5.4.3 Heersende leer; rechtvaardiging door stelsel wet; vervolg

In de tweede plaats kan het zich voordoen, dat de gedaagde ten koste van de eiser wordt verrijkt, terwijl niet aan alle vereisten is voldaan van een rechtsfiguur die de verrijking in potentie ongedaan kan maken en die *prima facie* voor toepassing in aanmerking komt. Sluit het feit dat niet aan de voorwaarden van bijvoorbeeld onverschuldigde betaling, zaakwaarneming of onrechtmatige daad is voldaan, ook de verrijkingsvordering uit? De minister formuleert het probleem als volgt:[184]

> 'Het ligt voor de hand dat een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking niet is uitgesloten op de enkele grond dat de schuldeiser zijn vordering reeds op een andere rechtsgrond kan baseren. Maar minder eenvoudig te beantwoorden is de vraag wanneer de afbakening van die rechtsgrond meebrengt dat een verrijking die met een daarop gebaseerde vordering niet aangepakt kan worden, daardoor ook niet ongerechtvaardigd is, omdat zij blijkbaar door de wetgever na afweging van de over en weer bestaande belangen zonder bezwaar is geacht.'

Verrijkingsaansprakelijkheid afwijzen omdat er niet aan de eisen voor een andere grondslag (onrechtmatige daad, zaakwaarneming, onverschuldigde betaling, etc.) is voldaan, mag nooit een automatisme zijn. Redengevend daarvoor is het negatieve karakter van het feit dat een bepaalde regeling op een geval *niet* van toepassing is. Is niet voldaan aan de eisen voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, dan vallen domweg *alle* gevallen daaronder waarin niet aan alle vereisten van artikel 6:162 lid 2 BW is voldaan. Een eenvoudig voorbeeld. Als de eiser de schuld van de gedaag-

182 Zie in algemene zin Engelhard & Van Maanen 1998, p. 317-319. Voor de onverschuldigde betaling volgt dit (impliciet) uit: HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, *NJ* 1998/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (Ontvanger/Hamm), r.o. 3.4; Voor de geldlening volgt dit uit: HR 30 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1779, *NJ* 1995/707 (Royal/Van Kemenade q.q.), r.o. 3.5. Zie over het laatstgenoemde arrest: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/469.

183 Schoordijk 1979, p. 457.

184 PG Boek 6, M.v.A, p. 833.

de voldoet bij X, dan kan de gedaagde aansprakelijk zijn uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking omdat hij bevrijd is van zijn schuld bij X. De omstandigheid dat in de omstandigheden van het geval geen onrechtmatige daad van de gedaagde jegens de eiser besloten ligt, is in geen enkel opzicht een argument tegen de verrijkingsaansprakelijkheid.

Wissink heeft – op basis van passages uit de parlementaire geschiedenis – voor dit soort gevallen een hanteerbare toets gegeven op basis waarvan kan worden beoordeeld, wat het betekent voor de toepasbaarheid van de verrijkingsactie indien aan de eisen van een andere regel niet is voldaan. Volgens hem moet worden bezien waarom de gedaagde niet jegens de eiser aansprakelijk is op grond van regeling *x* of *y*.[185] Vervolgens moet worden onderzocht of de reden die aan toepassing van regeling *x* of *y* in de weg staat, ook een obstakel is voor aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Daarbij komt het aan op de strekking van de bijzondere regeling. Wissink geeft twee voorbeelden uit de parlementaire geschiedenis. Als een vordering tot vernietiging is verjaard, zo betoogt Wissink, dan is de verrijkingsvordering uitgesloten. Is echter niet aan alle vereisten voor zaakwaarneming voldaan, dan is verrijkingsaansprakelijkheid niet uitgesloten.

Ik kan instemmen met het denkkader zoals dat is geformuleerd door Wissink, al vergt de aard van het probleem – de invloed van de niet-toepasselijkheid van regeling *x* of *y* op de ongerechtvaardigdheid van de verrijking – steeds een nauwkeurige analyse. Ik geef een aantal voorbeelden.

(i) De verhouding tussen onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking is in dit verband eenvoudig. Faalt de vordering uit onverschuldigde betaling omdat deze niet gericht is tegen de ontvanger of omdat er geen sprake is van betaling dan is verrijkingsaansprakelijkheid van de gedaagde niet uitgesloten.[186] Bezien moet worden of aan de vereisten van artikel 6:212 lid 1 BW is voldaan. Faalt de vordering uit onverschuldigde betaling echter omdat er niet ongegrond is betaald, dan sluit dat in de meeste gevallen aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking uit.[187]

(ii) Iets soortgelijks geldt voor de zaakwaarneming. Faalt de zaakwaarneming bij ontstentenis van een redelijke inmengingsgrond, dan is aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking mogelijk voor zover dit redelijk is, dat wil zeggen zolang de autonomie van de gedaagde niet wordt aangetast door de verrijkingsaansprakelijkheid. Faalt de zaakwaarneming omdat de 'zaakwaarnemer' zijn bevoegdheid tot inmenging ontleent aan een overeenkomst tussen hem en de belanghebbende, dan zal dit de verrijkingsvordering in de regel ook uitsluiten omdat de belangenbehartiging dan een rechtvaardiging zal vinden in de overeenkomst. In het

185 Wissink 2002, p. 24-25.

186 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/433.

187 Getwijfeld kan worden in de zaak: HR 23 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2620, *NJ* 2006/100 (LRS/Sint Willibrordus). Daar zal het in mijn optiek niet helemaal zeker zijn of de nagetrokken kunstvoorwerpen op grond van onverschuldigde betaling kunnen worden teruggevorderd.

geval van een leemte kan de belanghebbende op grond van de aanvullende redelijkheid en billijkheid ex 6:248 lid 1 BW verplicht zijn om een vergoeding voor de (mogelijk onverwachte) belangenbehartiging te betalen.

(iii) De vorige voorbeelden laten zich redelijk makkelijk oplossen omdat het steeds gaat om leerstukken waaraan de *sine causa* conceptie van het verrijkingsbeginsel aan de oppervlakte ligt. Lastiger wordt het wanneer er andersoortige regels in de analyse worden betrokken.

De Hoge Raad is bijvoorbeeld van oordeel, dat het niet voor de hand ligt, dat degene die ten onrechte geen ingebrekestelling heeft gestuurd en daarom niet met succes schade kan vorderen op grond van artikel 6:74 BW, een deel van zijn schade op grond van ongerechtvaardigde verrijking kan vorderen.[188] Zoals we verderop in dit boek zullen zien, is de gevolgtrekking allerminst vanzelfsprekend.[189] Verderop zal betoogd worden dat verrijkingsaansprakelijkheid een middenweg kan bieden tussen helemaal geen aansprakelijkheid en een op artikel 6:74 BW gefundeerde aansprakelijkheid.[190]

(iv) De gedachte dat een verrijking niet ongerechtvaardigd is, vanwege het enkele feit dat de handeling waarmee de gedaagde diens verrijking ten koste van de eiser tot stand heeft gebracht niet onrechtmatig is, moet worden verworpen.[191] Is er sprake van een vermogensverschuiving dan moet er voor de vermogensverschuiving een rechtvaardigingsgrond bestaan. Is er geen sprake van een vermogensverschuiving, dan moet de verrijkingsvordering in beginsel worden afgewezen. Niet omdat er geen sprake is van een onrechtmatige daad, maar omdat eenieder in beginsel de in het economische verkeer behaalde voordelen mag behouden. Bijzondere omstandigheden echter, kunnen toch tot de conclusie nopen dat de verrijking ongerechtvaardigd is. De vraag in hoeverre de vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking die uit de onrechtmatige daad kan aanvullen, wordt onderzocht in hoofdstuk 10.

6.5.4.4 Een nuance op de heersende leer

De strekking van de wet bepaalt, volgens de heersende leer, of een verrijking die wordt veroorzaakt door een wettelijke bepaling of het stelsel van de wet al dan niet ongerechtvaardigd is. Toch is de zienswijze waarbij enkel en alleen naar de strekking van de wet wordt gekeken wat eenzijdig. Er zijn in mijn optiek twee, aan elkaar complementaire redenen, om uit te gaan van de opvatting waarin – onder sprekende omstandigheden – een vermogensverschuiving toch ongerechtvaardigd kan zijn, als deze het gevolg is van een

188 HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3363, *NJ* 2004/458, m.nt. Jac Hijma. (Caribbean Bistros/Club Caraibeen)., r.o. 3.4.2.

189 Kritisch is ook: Wissink 2003, p. 93-94.

190 Zie par. 8.5.5. en ten aanzien van de onrechtmatige daad: hoofdstuk 10.

191 In die richting echter: HR 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6098, *NJ* 2008/120, m.nt. Ch. Gielen (CFS/Stork). Op dit arrest wordt verderop in dit hoofdstuk in kritische zin teruggekomen.

wet die impliciet of zelfs expliciet tot deze vermogensverschuiving strekt. De eerste reden hangt samen met de aard van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking, de tweede reden hangt samen met de specifieke aard van de wet als rechtvaardigingsgrond.

In de eerste plaats kan worden opgemerkt wat hiervoor meerdere malen naar voren is gebracht. De verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking heeft als sluitstuk van het vermogensrecht een aanvullende functie. Wordt aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking als een *hard and fast rule* afgewezen, zodra de wet die de verrijking heeft veroorzaakt tot de desbetreffende verrijking strekt, dan verliest de verrijkingsactie daarmee aan aanvullende en corrigerende kracht. Bij een actie, die het verbintenissenrecht aanvult om in concrete – niet voorziene – casusposities zoveel als mogelijk tot aanvaardbare resultaten te komen, behoren de concrete omstandigheden van het geval principieel een rol te kúnnen spelen. Kijkt men slechts naar de strekking van de wet, dan verliest men licht de bijzonderheden van het te beoordelen geval uit het oog. De hier verdedigde opvatting past goed bij de observatie van Wissink dat de redelijkheid en billijkheid – als onderdeel van het systeem van het vermogensrecht – een rol mogen spelen bij de toepassing van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking.[192]

In de tweede plaats is de wet in haar kwaliteit van verrijkingsrechtelijke rechtvaardigingsgrond in een bepaald opzicht meer zwart-wit dan een overeenkomst. Daar waar het overeenkomstenrecht mechanismen heeft die de bindende kracht van de overeenkomst van binnenuit kunnen aantasten in de vorm van *checks and balances* – men denke in het bijzonder aan de wilsgebreken, de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en de rechterlijke wijzigingsbevoegdheid vanwege onvoorziene omstandigheden – zijn er geen *checks and balances* die een wettelijke bepaling als *prima facie* rechtvaardigingsgrond opzij kunnen zetten als de omstandigheden van het geval dit eisen.

Als nu wordt aanvaard dat een verrijking, in bijzondere omstandigheden, toch ongerechtvaardigd kan zijn in gevallen waarin de wet tot de desbetreffende vermogensverschuiving strekt, dan kan de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking als een soort 'check' functioneren die de scherpe kanten van een wettelijke regel verzacht. In twee, niet helemaal van elkaar te onderscheiden gevallen, zou de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking een dergelijke rol kunnen vervullen. Dit is enerzijds het geval als er zich een door de wetgever niet voorzien geval voordoet en anderzijds als de vermogensverschuiving in de concrete omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.[193] Ik geef een voorbeeld:

---

192 Wissink 2002, p. 65.

193 Dezelfde norm is te vinden in resp. art. 6:2 en 6:248 BW. Als de eiser en de gedaagde (nog) geen schuldeiser en schuldenaar van elkaar zijn, zijn deze normen niet van toepassing. De redelijkheid en billijkheid is geen zelfstandige bron van verbintenissen.

Stel, X steelt een drachtig paard van de eiser en schenkt dit aan de gedaagde, die te goeder trouw is. De gedaagde wordt, ondanks zijn goede trouw, niet tegen de beschikkingsonbevoegdheid van X beschermd op de voet van artikel 3:86 lid 1 BW. De gedaagde heeft om niet verkregen.[194] Wél is de gedaagde na de schenking en levering bezitter te goeder trouw van het paard. Aan de bezitter te goeder trouw behoren krachtens artikel 3:120 lid 1 BW de natuurlijke en burgerlijke vruchten toe. Bevalt het paard dan behoort het veulen dientengevolge aan de gedaagde toe. Artikel 3:120 lid 1 BW beoogt de verrijking van de bezitter te goeder trouw (de gedaagde) ten koste van de rechthebbende (de eiser) te legitimeren.

Kan de verrijking in bijzondere omstandigheden toch ongerechtvaardigd zijn? De verrijking is in mijn optiek niet ongerechtvaardigd als het drachtige paard en/of het veulen maandenlang verzorgd is door de gedaagde. Maar wat is rechtens als het paard daags na de schenking bevalt, vlak voor het moment dat de eiser het paard revindiceert? In dat geval vind ik het verdedigbaar de verrijking van de gedaagde ongerechtvaardigd te achten. Het recht behoort niet over één nacht ijs te gaan. Dit geldt des te sterker als het paard wordt vervangen door een pandabeer, waarvan de drachtige exemplaren nog zeldzamer zijn.

Waar het om gaat, is dat er in een voorbeeld als dit, de wet geen mechanismen heeft die mogelijke onaanvaardbare consequenties van het systeem kunnen mitigeren. De bezitter te goeder trouw behoren de afgescheiden vruchten toe. De regel doet ongeacht de omstandigheden van het geval zijn werk. In het genoemde voorbeeld zou – indien de hier verdedigde zienswijze wordt gevold – de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking – met instandhouding van de goederenrechtelijke ordening[195] – eventuele onaanvaardbare consequenties van deze regel kunnen corrigeren.

Zo ver lijkt de Hoge Raad nog niet te zijn. Wel zal ik aan de hand van de nu volgende analyse van rechtspraak van de Hoge Raad laten zien dat er voor de hier verdedigde ruimere opvatting enige – kleine – aanknopingspunten te vinden zijn, al hanteert de Hoge Raad – in de gevallen waarop ik het oog heb – vooralsnog een rechtsverfijnende interpretatiemethode waarbij een zodanige draai aan de strekking van de wet wordt gegeven, dat de wet in de concrete omstandigheden de verrijking niet rechtvaardigt.[196] Tegelijkertijd zijn er arresten aan te wijzen waarbij de Hoge Raad – in weerwil van bijzondere omstandigheden – een groot gewicht aan de strekking van de wet hangt.

194 En als hij al beschermd zou worden – wat dus niet zo is – dan zou de eigenaar op grond van 3:86 lid 3 nog drie jaar de tijd hebben om zijn paard op te eisen.

195 In een mogelijk faillissement van de bezitter, zou de rechthebbende slechts een concurrente vordering hebben.

196 Zinsnede letterlijk ontleent aan: Van der Linden 2016, p. 298.

6.5.5 Rechtvaardiging door wet; jurisprudentie; strekking versus omstandigheden[197]

6.5.5.1 De ruilverkavelingsarresten

In het arrest *Groesbeek/Derks c.s*. komt de verhouding tussen de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking en het stelsel van de wet heel nadrukkelijk naar voren. De feiten lagen als volgt.[198] Derks c.s. verloren in 1996 als gevolg van de ruilverkaveling 'Groesbeek' enkele percelen grond aan de gemeente zonder dat daar enige compensatie tegenover stond. Dit hadden Derks c.s. min of meer aan zichzelf te wijten: zij hadden verzuimd om binnen de termijn van artikel 170 lid 1 van de Landinrichtingswet bezwaar te maken. Wel waren de termijnen tamelijk kort: Derks c.s. moesten binnen een maand en twee weken vanaf het moment dat 'de lijst van rechthebbenden' ter inzage lag, bezwaar indienen. Derks c.s. stelden een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking tegen de gemeente in. In de daaropvolgende procedure kwam de vraag centraal te staan, of de strekking van de Landinrichtingswet de verrijking van de gemeente rechtvaardigde.

De rechtbank was van oordeel dat de verrijking van de gemeente niet ongerechtvaardigd was, omdat de toewijzing van de percelen aan de gemeente plaats had gevonden overeenkomstig de procedure die besloten lag in de Landinrichtingswet. Het hof vernietigde het vonnis van de rechtbank. Het hangt, aldus het hof, van de strekking van de wettelijke regeling af, of een verrijking die het gevolg is van die wettelijke regeling ongerechtvaardigd is. Vervolgens overweegt het hof dat de Landinrichtingswet niet beoogt om aan de één ten koste van de ander enig voordeel te verschaffen. Het gaat, volgens het hof, om een herverdeling van goederenrechtelijke aanspraken op stroken grond, zonder dat het de bedoeling is dat iemand door de regeling ten koste van een ander wordt verrijkt. Dit leidt het hof af uit het feit dat de Landinrichtingswet zelf voorziet in schadeloosstelling als iemand zijn rechten verliest. Voorts blijkt nergens uit de wet dat iemand al zijn rechten verliest op de enkele grond dat hij een in de wet opgenomen termijn overschrijdt. Aldus redenerend komt het hof tot de conclusie dat de Landinrichtingswet een verrijkingsactie niet uitsluit en dat het instellen van een verrijkingsactie in beginsel mogelijk is.

De Hoge Raad casseert. De Hoge Raad overweegt dat het hof op zichzelf terecht van oordeel was dat de wetgever met de Landinrichtingswet niet de bedoeling had de een ten koste van de ander te bevoordelen. Juist om dit te voorkomen heeft de Landinrichtingswet een met waarborgen omklede procedure in het leven geroepen op grond waarvan belanghebbenden bezwaar kunnen maken. Anders dan het hof is de Hoge Raad van oordeel dat deze

197 De basis van deze analyse is voor een groot deel eerder gepubliceerd in: Van der Linden, 2013b, p. 1451-1463.

198 HR 24 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9600, *NJ* 2010/508 (Groesbeek/Derks c.s.).

regeling uitputtend is en dat er derhalve geen plaats is voor een verrijkingsactie. De Hoge Raad overweegt dan:

> 'Zoals het hof heeft overwogen, dienen de in de Landinrichtingswet opgenomen termijnen ertoe om binnen korte tijd het proces van ruilverkaveling onherroepelijk te kunnen afronden door middel van een onaantastbare vaststelling van de rechten op in de ruilverkaveling betrokken percelen. Behoudens bijzondere gevallen, waarvan in dit geding geen sprake is, is daarmee niet te verenigen dat ter zake van de voordelen en nadelen die voor de betrokkenen uit de ruilverkaveling voortvloeien en waarvoor in het kader van de ruilverkaveling een definitieve (financiële) regeling wordt getroffen, na het verstrijken van de wettelijke termijnen alsnog een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking zou kunnen worden ingesteld.'[199]

Omdat de Landinrichtingswet een met waarborgen omklede procedure bevat, op grond waarvan belanghebbenden bezwaar en beroep kunnen instellen, verzet de strekking van de wet zich ertegen dat een benadeelde een verrijkingsactie instelt tegen iemand die in zijn ogen 'te veel' heeft gekregen. Dit oordeel lijkt mij juist. Het gaat niet aan om de procedure zoals gegeven in de Landinrichtingswet te doorbreken: bedacht moet worden dat met een dergelijke actie niet alleen andere materiële regels van toepassing zijn maar – uiteraard – ook andere procesregels. De strekking van de Landinrichtingswet geeft bij de Hoge Raad dus de doorslag. Het recht – zeker voor zover dat voortvloeit uit de Landinrichtingswet – is voor de waakzamen geschreven.

Maar wat als ook de waakzame burger mistast? Waarschijnlijk mede voor hen heeft de Hoge Raad de deur op een kier gelaten: in bijzondere gevallen kan de verarmde een verrijkingsactie instellen tegen degene die ten koste van hem is verrijkt door de werking van de Landinrichtingswet. En daarmee komt de aanvullende en corrigerende functie van de verrijkingsactie in beeld. Leidt de Landinrichtingswet tot een verrijking waarvan het, alle omstandigheden in aanmerking genomen, *onaanvaardbaar* is als de verrijkte die ten koste van de verarmde zou mogen behouden, dan is de conclusie gewettigd dat de verrijking ongerechtvaardigd is in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW. Of dat in een concreet geval zo is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Dat dit niet snel het geval zal zijn ligt voor de hand.

Dat de slag om de arm geen *slip of the pen* is geweest blijkt uit het arrest Post/Kleijweg.[200] Op grond van de Reconstructiewet waren er in Midden-Delfland goederenrechtelijke wijzigingen doorgevoerd. Hoewel er ten aanzien van de percelen van Post en Kleijweg niets op de planning stond, verloor Kleijweg zijn erfdienstbaarheid die op het erf van Post rustte. Dit was het gevolg van het feit dat hetzij het Kadaster hetzij de Reconstructiecommissie verzuimd had om de erfdienstbaarheden in de akte van toedeling over te nemen. Kleijweg stelde niet binnen de voorgeschreven termijn bezwaar in. Dit leek hem duur komen te staan omdat Post weigerde om opnieuw de erfdienstbaarheden te vestigen. Nadat de Hoge Raad had over-

199 R.o. 3.5.

200 HR 25 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0472, *NJ* 2012/143 (Post/Kleijweg).

wogen dat de strekking van de Reconstructiewet, evenals die van de Landinrichtingswet, een verrijkingsactie uitsloot was de Hoge Raad van oordeel dat zich een bijzonder geval voordeed. Het ging hier namelijk om een administratieve vergissing. De Hoge Raad overweegt:

> 'In een dergelijk bijzonder geval komt de toewijzing van een vordering tot herstel van de erfdienstbaarheden, zoals hier door het hof uitgesproken, niet in strijd met het gesloten stelsel van de wet. Die vordering betreft immers niet een heropening van (het debat over) de verdeling en vaststelling van rechten en aanspraken in het kader van de reconstructie en doorkruist het wettelijk stelsel niet. Het gaat slechts om de correctie achteraf van een vaststaande, onmiskenbare fout, waarbij duidelijk is, door genoemde bijzondere omstandigheden van het geval, hoe de vaststelling van rechten zou zijn geweest indien de fout niet zou zijn begaan, en waarbij de correctie alsnog leidt tot het resultaat waartoe die vaststelling zou hebben geleid. Die correctie betreft dezelfde partijen als ten aanzien van wie de fout is gemaakt en speelt zich uitsluitend tussen hen af. Rechten en belangen van derden zijn niet in het geding.'[201]

Hoewel de Hoge Raad over 'het stelsel van de wet' spreekt, zijn het in wezen de bijzondere omstandigheden die maken dat een verrijkingsactie niet in strijd komt met het stelsel van de wet. Anders gezegd, de strekking van de wet 'spreekt' pas in het licht van de bijzondere omstandigheden van het geval. De ratio van de Reconstructiewet staat, aldus de Hoge Raad, in dit specifieke geval niet aan een verrijkingsactie in de weg. In wezen ging het om een geval dat niet door de reconstructiewet was voorzien. Enerzijds ging het om een fout die zonder uitvoerig debat te herstellen is en anderzijds waren er geen belangen van derden in het geding. De vermogensverschuiving die het gevolg is van een dergelijke administratieve vergissing wordt niet gerechtvaardigd door de Reconstructiewet. Post is ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van Kleiweg.

De ruilverkavelingsarresten tonen aan, dat men niet kan volstaan met een analyse van de strekking van de wet. Alle omstandigheden van het concrete geval kunnen van invloed zijn op de vraag of de verrijking die wordt veroorzaakt door een wettelijke bepaling, ongerechtvaardigd is. Dit neemt niet weg dat de strekking van de wet – zo leert het arrest *Groesbeek/Derks c.s.* – zwaar weegt.

6.5.5.2 Ontvanger/Hamm

Als er ergens géén ruimte lijkt te zijn voor de verrijkingsactie en de weging van 'de omstandigheden van het geval', dan is het wel bij de toepassing van de regels van de faillissementswet. Er werd dan ook fikse kritiek geleverd op het *Ontvanger/Hamm*-arrest.[202] In dit arrest maakte de Hoge Raad uit dat

---

201 R.o. 4.4.3.

202 Zie bijv: Kortmann, 2006, p. 156-164; Engelhard & Van Maanen, p. 312; Verstijlen 2001, p. 937 en Vranken in zijn noot onder HR 7 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3796, *NJ* 2002/608 (Komdeur/Nationale Nederlanden). Vranken bestempelt *Ontvanger/Hamm* als een geval van *Einzelfallgerechtigkeit*.

de curator, op grond van de maatschappelijke betamelijkheid, verplicht is een tijdens het faillissement verrichte onverschuldigde betaling integraal terug te storten indien de betaling per onmiskenbare vergissing is verricht. Dit is het geval als er, kort gezegd, tussen de solvent en de gefailleerde geen rechtsverhouding bestaat of heeft bestaan die aanleiding tot de betaling gaf. Zou de curator anders handelen dan zouden de boedelschuldeisers worden verrijkt ten koste van degene die per onmiskenbare vergissing heeft betaald. Voor deze verrijking is volgens de Hoge Raad geen rechtvaardiging te vinden, noch in het stelsel van de Faillissementswet, noch in de regeling die de rangorde van vorderingen regelt.

> 'Ingevolge het bepaalde in art. 6:212 BW is de curator in het hier bedoelde geval dan ook verplicht om, nadat hij het onverschuldigd betaalde heeft ontvangen en heeft geconstateerd dat sprake is van een vergissing, uit de beschikbare middelen van de boedel een bedrag gelijk aan dat waarmee de boedel is verrijkt te voldoen aan degene die onverschuldigd heeft betaald.'[203]

Tegen dit arrest zijn met name twee punten van kritiek gerezen. (i) Het eerste punt van kritiek is, zoals gezegd, dat de beslissing van de Hoge Raad *contra legem* is: omdat het stelsel van de wet geen preferentie toekent aan een onverschuldigde betaling, zo luidt de kritiek, leveren alle onverschuldigde betalingen die verricht zijn na het faillissement een concurrente boedelvordering op.[204] In die opvatting wordt de verrijking van de boedelschuldeisers, die het gevolg is van de onverschuldigde betaling aan de boedel, juist wel gerechtvaardigd door het stelsel van de Faillissementswet. (ii) Het tweede punt van kritiek is, dat er geen aansprekende verklaring zou kunnen worden gegeven, voor het feit dat een onverschuldigde betaling voor het faillissement van de ontvanger 'slechts' een *concurrente* vordering oplevert, terwijl de betaling na het faillissement wordt behandeld als een *preferente* boedelvordering. Tegen beide punten van kritiek kan een weerwoord worden gegeven.[205]

(i) Hoewel er zeker iets te zeggen is voor de opvatting dat de *Ontvanger/Hamm*-regel op gespannen voet staat met het stelsel van de faillissementswet, is op dit kritiekpunt zeker wat af te dingen.

Een onverschuldigde betaling die is verricht vóór het faillissement valt krachtens het in artikel 20 Fw neergelegde fixatiebeginsel in het faillissement.[206] Deze vordering is concurrent, nu de wet (artikel 3:277 e.v. BW) geen

---

203 HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, *NJ* 1998/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (Ontvanger/Hamm), r.o. 3.4.

204 Kortmann 2006, p. 161.

205 Het arrest is bevestigd in: HR 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4569, *NJ* 2007/419, m.nt. P. van Schilfgaarde (Van der Werff/BLG); Zie over dit arrest ook Boekraad 2007, p. 209-213.

206 Pannevis & Polak 2017, p. 370.

voorrecht aan een dergelijke vordering verbindt. Juridisch gezien levert de betaling voor de faillissementsdatum derhalve geen probleem op.[207]

Is de onverschuldigde betaling na de faillietverklaring verricht dan ligt het anders. Een onverschuldigde betaling die is verricht tijdens het faillissement kan niet ter verificatie worden ingediend: de betaling heeft immers na het fixatiemoment plaatsgevonden. Wel levert een onverschuldigde betaling op de voet van artikel 24 Fw een *boedelschuld* op voor zover de boedel door de onverschuldigde betaling is gebaat.[208] Ten opzichte van de gewone schuldeisers in het faillissement gaat een boedelschuldeiser voor: eerst als alle boedelschuldeisers (waaronder de curator zelf) zijn voldaan, komen de gewone schuldeisers aan bod. Desondanks kan het voorkomen dat de faillissementskosten hoger zijn dan het aanwezige vermogen in de boedel zodat de boedel ontoereikend is om alle boedelschuldeisers te voldoen. In een zogenaamde 'negatieve boedel' rijst de vraag wat de rang is van een onverschuldigde betaling die tijdens het faillissement is verricht.

Welnu de rangorde van *boedel*schulden is *niet* wettelijk geregeld.[209] De Hoge Raad heeft dit probleem in het arrest *De Ranitz/Ontvanger* opgelost door uit te maken dat de rangorde die tussen gewone schuldeisers geldt – in beginsel – van overeenkomstige toepassing is voor de rangorde tussen boedelschuldeisers.[210] Deze regel zou meebrengen dat een onverschuldigde betaling die is verricht tijdens het faillissement een *concurrente* boedelschuld oplevert, omdat de wet geen voorrecht toekent aan een onverschuldigde betaling.[211] Goed beschouwd maakt de Hoge Raad in het *Ontvanger/Hamm*-arrest een uitzondering op de *jurisprudentiële* regel dat de voorrangsregels van overeenkomstige toepassing zijn op boedelschulden.[212] De *Ontvanger/Hamm*-regel is in zoverre in strijd met het stelsel van de faillissementswet, dat de analogie niet voor de onverschuldigde betaling na het faillissement wordt doorgetrokken. Hier komt nog bij dat de vraag wat de rangorde tussen boedelschuldeisers is en behoort te zijn voorwerp van discussie is.[213]

(ii) In de tweede plaats heerst in de literatuur de mening dat er geen goede grond is, om een per onmiskenbare vergissing verrichte onverschuldigde betaling die voor het faillissement van de ontvanger is verricht, anders te behandelen dan een onverschuldigde betaling die na het intreden van het faillissement van de ontvanger is verricht. Niet zou kunnen worden verklaard, waarom er in het eerste geval een concurrente vordering ontstaat, terwijl de onverschuldigde betaling in het tweede geval een preferente boedelvorering doet ontstaan.[214]

---

207 Kritisch is echter: Zwalve 1996, p. 88-97.
208 Pannevis & Polak 2017, p. 370.
209 Van Galen 1997, p. 255.
210 HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, *NJ* 1991/305, m.nt. P. van Schilfgaarde (De Ranitz/Ontvanger), r.o. 3.5.
211 Kortmann 1995, p.160.
212 Zie ook: Smelt 2017, p. 43.
213 Zie: Jongsma 2010, p. 851-861.
214 Boekraad 2007, p. 210; Kortmann 2006, p. 161; Vriesendorp 2008, p. 132.

In mijn optiek is het verschil in behandeling wel degelijk te verklaren. In de eerste plaats is expliciet door de wet geregeld – zoals hierboven betoogd – dat een onverschuldigde betaling die voor het faillissement is verricht, leidt tot een concurrente vordering. De status van de vordering naar aanleiding van een per onmiskenbare vergissing verrichte onverschuldigde betaling tijdens het faillissement is ten hoogste impliciet geregeld, zodat de rechter daar meer ruimte heeft.[215] Uiteraard blijft dan staan, de vraag waarom een per onmiskenbare vergissing verrichte onverschuldigde betaling die voor het faillissement is verricht anders behoort te worden behandeld dan een eveneens per onmiskenbare vergissing verrichte onverschuldigde betaling die tijdens het faillissement is verricht. Ik meen dat er een klein maar principieel verschil is, dat naar voren komt als wij het geval vergelijken waarin onverschuldigd betaald is voor het faillissement met het geval waarin betaald is tijdens het faillissement.

In één opzicht lopen beide gevallen gelijk op. Zowel degene die per onmiskenbare vergissing voor het faillissement onverschuldigd heeft betaald aan de failliet als degene die dat tijdens het faillissement doet zullen – Zwalve heeft daar indringend op gewezen – in de regel geen vertrouwen hebben gesteld in hun failliete schuldenaar: de betaling is immers onverschuldigd verricht.[216] Beiden raken min of meer toevallig verzeild in een faillissement, zonder dat zij – anders dan de meeste andere schuldeisers van de failliet – van tevoren het insolventierisico hebben ingeschat en zonder dat zij de kans hebben gehad enige vorm van zekerheid te bedingen.

De twee gevallen verschillen echter ten opzichte van elkaar ten aanzien van het gerechtvaardigd belang van respectievelijk de schuldeisers in het faillissement en de boedelschuldeisers.Als onverschuldigd is betaald vóór het faillissement, dan is er een som geld in het vermogen van de uiteindelijk failliete ontvanger gevloeid. Als de onverschuldigde betaling groot genoeg is, dan bestaat de kans dat de onverschuldigde betaling een schijn van liquiditeit of de schijn van kredietwaardigheid in het leven roept.[217] De betaling komt immers terecht op een bankrekening of wordt geïnvesteerd in vaste of vlottende bedrijfsmiddelen. Het is denkbaar dat deze schijn van kredietwaardigheid voor de overige schuldeisers van invloed is geweest op de beslissing om in zee te gaan met degene die uiteindelijk failliet is. In mijn optiek is er een zekere analogie te trekken met het goederenrechtelijke publiciteitsbeginsel van het goederenrecht. Door een onverschuldigde betaling wordt de schijn in het leven geroepen dat de onverschuldigd betaalde som tot het vermogen van de ontvanger behoort. Het is terecht dat degene die onverschuldigd betaalt voor het faillissement slechts een concurrente vordering krijgt, omdat het mogelijk is dat een aantal schuldeisers in het faillisse-

215 Zie ook: Smelt 2017, p. 43.
216 Zwalve 1996, p. 92 en p. 97.
217 Dit gezichtspunt wordt – genuanceerd – besproken in: Verstijlen 2001, p. 931 e.v.

ment zijn afgegaan op de schijn van kredietwaardigheid die door de onverschuldigde betaling in het leven is geroepen.[218]

Wordt er per onmiskenbare vergissing betaald aan de failliet tijdens diens faillissement dan vloeit er *out of the blue* een som gelds in de boedel zonder dat er – op het tijdstip van de betaling – boedelschuldeisers zijn die zijn afgegaan op de schijn van kredietwaardigheid. De boedelschuldeisers hebben weliswaar een belang bij de onverschuldigd betaalde som, maar dit belang is – zo zou kunnen worden betoogd – minder zwaarwegend omdat zij niet op de betaling hebben voortgebouwd op het moment dat de superpreferente *Ontvanger/Hamm*-vordering ontstaat. Er is, anders gezegd, minder gevaar dat zij door de betaling op het verkeerde been zijn gezet door een valse schijn van kredietwaardigheid.[219] Bij een onverschuldigde betaling die is verricht vóór het faillissement en die na de faillietverklaring nog níet is gerestitueerd is het gevaar dat een tijdlang een valse schijn van krediewaardigheid van de failliet heeft bestaan groter.

In een *Ontvanger/Hamm*-geval heeft dus enerzijds degene die heeft betaald, nimmer het insolventierisico van de failliet aanvaard. Anderzijds zullen de boedelschuldeisers minder snel op de betaling hebben voortgebouwd. Hierin ligt – in mijn optiek – in ieder geval een begin van een rechtvaardiging van de *Ontvanger/Hamm*-uitzondering besloten.

6.5.5.3 Geen uitbouw Ontvanger/Hamm

Hoewel het oordeel van de Hoge Raad in *Ontvanger/Hamm* niet in strijd is met het stelsel van de Faillissements*wet* (de rangorde van boedelschulden is, als gezegd, niet expliciet geregeld), zie ik het arrest toch als een aanwijzing dat niet alleen de strekking van de wet bepaalt of de verrijking ongerechtvaardigd is, maar ook de omstandigheden van het geval. Zou het stelsel van de Faillissementswet, met in haar kielzog de regeling inzake rangorde en verhaal, hier immers analogisch worden toegepast conform het arrest *Ranitz/De Ontvanger*, dan zou degene die onverschuldigd betaalt aan de failliet na diens faillissement slechts een concurrente boedelvordering hebben. De verrijking van de boedelschuldeisers zou dan worden gerechtvaardigd door het stelsel – en de strekking – van de Faillissementswet. Het feit dat de Hoge Raad aanvaardt dat de verrijking van de boedelschuldeisers niet wordt gerechtvaardigd door de Faillissementswet, is een aanwijzing dat naast het stelsel van de wet, de aard van het specifieke geval meeweegt in het oordeel inzake de (on)gerechtvaardigdheid van de verrijking.

---

218 Verstijlen 2001, p. 931.

219 Verstijlen heeft erop gewezen dat er ook een schijn van kredietwaardigheid van de boedel kan intreden als de curator de per onmiskenbare vergissing verrichte onverschuldigde betaling niet op tijd erkent en de onderneming voortzet. Verstijlen 2001, p. 931-933. Het is een van de redenen waarom Verstijlen kritisch is op dit arrest..

Wel is het zo – en in zoverre is de rechtspraak niet erg consequent – dat de Hoge Raad tot op heden de *Ontvanger/Hamm*-regel niet oprekt naar situaties die daarvoor in aanmerking zouden komen.

(i) Wanneer de curator bij de eiser een vonnis executeert die bij voorraad uitvoerbaar is verklaard, dan heeft de eiser slechts een concurrente boedelvordering als het vonnis in een latere instantie vernietigd wordt en de betaling achteraf onverschuldigd blijkt te zijn. De curator hoeft het bedrag dat met de executie was gemoeid, met andere woorden, niet met voorbijgaan aan de andere boedelschuldscheisers uit te keren. De Hoge Raad beargumenteert dit in *Komdeur q.q./Nationale Nederlanden* met de overweging dat de *Ontvanger/Hamm*-regel slechts geldt voor een *Ontvanger/Hamm*-geval, waarbij de solvent na het faillissement betaald heeft als gevolg van een onmiskenbare vergissing.[220] Nu is *Komdeur* in zoverre te verklaren dat de solvent in zeker opzicht het insolventierisico van de failliet op zich genomen heeft.[221] Enerzijds speelde het veroordelende vonnis in het kader van een onroerendgoedtransactie, zodat de solvent met de ontvanger van de betaling in zee gegaan was. Anderzijds had de solvent, zoals Zwalve betoogt, van de curator zekerheid kunnen verlangen voor het geval de betaling achteraf onverschuldigd zou zijn.[222]

(ii) Minder goed te verklaren dan *Komdeur* – en daardoor minder aansprekend (al wordt daar verschillend over gedacht)[223] – is *Rabobank/Verdonk*, waarin de curator ten onrechte een aan de bank verpande vordering heeft geïnd omdat hij er – ten onrechte – vanuit ging dat het pandrecht niet geldig was.[224] Niet in discussie is, dat de Rabobank een boedelvordering heeft met dezelfde voorrang als een pandrecht.[225] Het probleem was echter dat de boedel *negatief* was en dat de kosten van vereffening – als *De Ranitz/Ontvanger* zou worden toegepast – vóór de vordering van de Rabobank zou gaan. Effectief betekende dit, dat de salarisvordering van de curator vóór zou gaan, zodat de curator profiteerde van zijn onrechtmatige gedraging. De Hoge Raad verwierp het middel, dat erop was gebaseerd, dat de Rabobank in ieder geval vóór de curator voldaan zou moeten worden, omdat deze anders zou profiteren van zijn onrechtmatige gedraging. De Hoge Raad overweegt (refererend aan de regel uit *De Ranitz/De Ontvanger* waarin hij overwoog dat de rangorde tussen boedelvorderingen overeenkomstig artikel 3:277 BW e.v. plaats moet vinden):[226]

---

220 Zie: HR 7 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3796, *NJ* 2002/608, m.nt. J.B.M. Vranken (Komdeur/Nationale Nederlanden), r.o. 3.3.

221 Zwalve wijst op het belang van dit perspectief zie: W.J. Zwalve 2002, p. 482.

222 T.a.p.

223 Instemmend: Wibier 2016, p. 635-636. Naar het resultaat genomen kritisch is: Smelt 2017, p. 43.

224 HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, *NJ* 2016/187, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Rabobank/Verdonk).

225 HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, NJ 2010/96, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Hamm/ABN AMRO), r.o. 4.3.3..

226 R.o. 3.3.4.

> 'Anders dan het onderdeel betoogt, dient deze regel ook toepassing te vinden in een geval waarin het boedelactief mede bestaat in de opbrengst van verpande vorderingen die door de curator onrechtmatig zijn geïncasseerd. Weliswaar kan dit tot het onwenselijke resultaat leiden dat de curator de door hem gemaakte kosten van executie en vereffening – waaronder zijn salaris – kan verhalen ten koste van de pandhouder wiens rechten en verhaalsmogelijkheden hij heeft gefrustreerd en die zonder die handelwijze van de curator niet ten laste van de pandhouder zouden zijn gekomen, maar daarin is geen grond gelegen om het wettelijk preferentiestelsel opzij te zetten.'

De Hoge Raad geeft het tussen de regels zelf aan: het resultaat dat de curator profiteert van zijn onrechtmatige gedrag is 'onwenselijk'. *Ontvanger/Hamm* doorbreekt de rangorde van *De Ranitz/Ontvanger* voor een welomschreven, bijzonder, geval: een onverschuldigde betaling, die per onmiskenbare vergissing na het faillissement is verricht. Waarom zou er niet een nieuwe categorie aanvaard kunnen worden voor het geval waarin de curator dreigt te profiteren van zijn eigen onrechtmatige gedraging?[227]

Degene die meent dat het hier om een zware, enkel op de curator *q.q.* rustende, zorgvuldigheidsnorm gaat – zodat het profiteren van onereus gedrag mogelijk een minder krachtig argument is – werp ik tegen dat de salarisbetaling aan de curator *pro se* (op wie een minder strenge zorgvuldigheidsnorm rust) in ieder geval een verrijking oplevert die buiten de normale gang van zaken ligt. Zou hij, anders gezegd, als curator q.q. de vorderingen niet ten onrechte hebben geïnd, dan had hij minder salaris ontvangen. Fnuikend is, dat in het huidige recht de persoon van de curator er belang bij kan hebben om als curator q.q. een gok te wagen en bij twijfel tot inning over te gaan.

De Hoge Raad geeft wel een uitweg. De curator kan, aldus de Hoge Raad, persoonlijk aansprakelijk zijn. Hij verwijst daarbij naar de rechtspraak waarin de maatstaven van de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator zijn neergelegd.[228] Dat is echter niet een race die bij voorbaat gelopen is.[229] De zorgvuldigheidsnormen die gelden voor de curator q.q. zijn, als gezegd, zwaarder dan de normen voor de aansprakelijkheid *pro se*. In de zaak *Verdonk/Rabobank* was de persoonlijke aansprakelijkheid bij de rechtbank bijvoorbeeld afgewezen (daartegen was namens de Rabobank geen grief gericht.)[230]

In mijn optiek zou *Ontvanger/Hamm* aan kracht winnen als de Hoge Raad bereid is de norm uit te bouwen. Wat te denken van het volgende geval.[231] De failliet steelt of verduisterd tijdens diens faillissement een som geld dat hij stort op zijn bankrekening. In een dergelijk geval is het zeer verdedigbaar om *Ontvanger/Hamm* overeenkomstig toe te passen. De bestolene behoort gelijk te worden behandeld als degene die per onmiskenbare vergis-

---

227 De mogelijkheid wordt opgeworpen maar verworpen door: Smelt 2017, p. 40.

228 Zie 3.3.5. De Hoge Raad verwijst daarin naar: HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, *NJ* 1996/727 (Maclou) en HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, *NJ* 2012/515, m.nt. Verstijlen (X/Gips).

229 Smelt 2017, p. 41-42.

230 Zie de feitenvaststelling van de Hoge Raad: HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, *NJ* 2016/187, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Rabobank/Verdonk), 3.2.2.-3.2.3.

231 Zie ook de voorbeelden bij Verstijlen 2001, p. 936-937.

sing betaalt aan de failliet. Ook in dat geval heeft de verarmde het insolventierisico van de failliet/dief niet aanvaard. Ook dan vloeit er *out of the blue* geld in de boedel, dat afkomstig is van iemand die voorheen niets met de failliet te maken heeft gehad. Het is echter maar zeer de vraag of de Hoge Raad dat met mij van oordeel zou zijn.

6.5.5.4 Andere arresten over ongerechtvaardigde verrijking en faillissement

Degenen die bevreesd zijn dat de Hoge Raad het stelsel van de faillissementswet in *Ontvanger/Hamm* te licht opvat, en ruimhartig bereid is om, geïnspireerd door de omstandigheden van het geval, de regels van de faillissementswet door middel van de verrijkingsactie te doorbreken, zal – nog afgezien van de hierboven weergegeven uitspraken waarin de Hoge Raad niet lijkt voort te willen bouwen op *Ontvanger/Hamm* – worden gerustgesteld door enkele andere verrijkingsrechtelijke arresten op het vlak van het faillissementsrecht.

Gedacht kan in de eerste plaats worden aan *Royal/Van Kemenade*.[232] Van Empel brengt schade toe aan Everstijn. Everstijn spreekt daarop verzekeraar Royaal aan, die eerst dekking weigert, maar in kort geding in het ongelijk wordt gesteld. Om te voorkomen dat Van Empel zich tegenover Royal verweert met de stelling dat laatstgenoemde ten onrechte heeft uitgekeerd, komen Royal en Everstijn een geldleningsconstructie overeen. Royaal keert aan Everstijn de schadepenningen als renteloze geldlening uit. De lening zou pas opeisbaar worden als Everstijn zich met succes op Van Empel zou verhalen of als Royal dit krachtens volmacht namens Everstijn zou doen. Everstijn gaat failliet. De door Royal gevoerde procedure wordt door de curator in het faillissement van Everstijn overgenomen. In het kader van een minnelijke schikking betaalt Van Empel *f* 200.000 uit aan de curator. De curator weigert dit bedrag desgevraagd aan Royal uit te keren en stelt zich op het standpunt, dat het slechts een concurrente vordering is. Royal stelt een verrijkingsvordering in, stellende dat de boedel ongerechtvaardigd is verrijkt doordat én de verzekeringspenningen in de boedel zijn gevloeid én hetgeen van Empel ter zake van diens aansprakelijkheid heeft voldaan. De verrijkingsactie wordt afgewezen:[233]

> 'De door het Hof aangenomen verplichting om het door Van Empel betaalde bedrag af te dragen aan Royal, berust op de vóór de faillietverklaring tussen Royal en Everstijn gesloten overeenkomst, welke overeenkomst […] bepaalt dat Everstijn uit de ontvangen schadeloosstelling, en tot ten hoogste het bedrag daarvan, het van Royal ontvangen bedrag aan deze zal terugbetalen. Dit brengt mee dat Royal ter zake van deze terugbetaling slechts een concurrente, in het faillissement in te dienen, vordering had en dat derhalve geen sprake is van een boedelschuld. […] De verrijking van de boedel die het onderdeel hierin ziet, vindt haar rechtvaardiging in het stelsel van de Faillissementswet, met name in de gelijkheid van de schuldeisers bij de verdeling van de in de boedel aanwezige baten.'

232 HR 30 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1779, *NJ* 1995/707 (Royal/Van Kemenade q.q.).
233 R.o. 3.5.

Het oordeel is terecht. De onregelmatigheid van het geval ligt in de merkwaardige constructie die de verzekeraar Royal heeft voorgesteld om de schade af te wikkelen. Krijgen de overige schuldeisers in het faillissement van Everstijn hierdoor een groter deel van hun uitstaande vordering uitgekeerd, dan schuilt hier geen ongerechtvaardigde verrijking in.

Een moeilijk geval ligt ten grondslag aan het *Ponzi-scheme*-arrest.[234] In dit arrest laat de Hoge Raad het stelsel van de Faillissementswet sterk doorwerken in zijn oordeel over de ongerechtvaardigdheid van de daar aan de orde zijnde verrijking. In deze zaak treedt de curator op in het faillissement van degene die een *Ponzi scheme* in het leven heeft geroepen. Namens de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement van de oplichter spreekt de curator een vrouw aan, die hoge rentepercentages uitbetaald heeft gekregen. De oplichter had de vrouw voorgehouden dat hij de rente kon realiseren doordat hij in staat was het geld lucratief weg te zetten; in werkelijkheid betaalde hij de rente – als hij dit al deed – van andere, veelal minder gelukkige deelnemers.

Kan de curator met vrucht een verrijkingsactie tegen de vrouw instellen, vanwege een ongerechtvaardigde verrijking van de vrouw ten koste van de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement van de oplichter, die in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld als gevolg van de rentebetalingen? Is de verrijking van de vrouw ten koste van de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement van de oplichter ongerechtvaardigd in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW? Na de overweging dat de overeenkomst van geldlening tussen de vrouw en de oplichter niet zonder meer als rechtvaardigingsgrond voor haar verrijking geldt jegens derden (zoals de gezamenlijke schuldeisers), wijst de Hoge Raad aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking van de vrouw jegens de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement van de oplichter af.

Krachtens artikel 47 Fw kan de curator de voldoening van een opeisbare schuld slechts op twee gronden vernietigen. Dat kan, ten eerste, als degene die de betaling ontving wist dat het faillissement reeds was aangevraagd, en ten tweede, wanneer de betaling het gevolg is van overleg tussen de schuldeiser en de schuldenaar en de betaling was verricht met het doel de desbetreffende schuldeiser boven de andere schuldeisers te bevoordelen. De Hoge Raad overweegt dat deze bepaling een limitatieve opsomming bevat: blijkens de parlementaire geschiedenis is het uitgangspunt dat er 'geen redelijke rechtsgrond bestaat om degene die ontving waarop hij krachtens zijn vorderingsrecht aanspraak had, tot teruggaaf daarvan te noodzaken' en dat het rechtsverkeer erbij is gebaat als de schuldeiser erop mag vertrouwen dat betaling aan hem onaantastbaar blijft, ook als vlak nadien het faillissement wordt uitgesproken. Na deze beschouwing komt de Hoge Raad toe aan de kernoverweging:

---

234 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, *NJ* 2012/495, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ponzi scheme*). Zie voor een bespreking ook: Strijbos 2012.; Bierens 2012, p. 279-286.

> 'Dit brengt mee dat in het stelsel van de Faillissementswet de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheid doordat de schuldenaar voor zijn faillissement betalingen aan een derde heeft verricht ter voldoening aan een opeisbare schuld, behoudens de in art. 47 uitdrukkelijk geregelde uitzonderingen, geen grond oplevert de derde tot teruggaaf (aan de boedel) van die betalingen te noodzaken. Zulks is van belang omdat, zoals is opgemerkt in Parl. Gesch. Boek 6, p. 836, bij beantwoording van de vraag of een verrijking ongerechtvaardigd is, grote betekenis toekomt aan het stelsel van de wet, en inhoud en strekking van een wetsbepaling de verrijking kunnen rechtvaardigen. Daarom kan, gelet op het stelsel van art. 47 Fw en de daaraan ten grondslag gelegde redenen zoals hiervoor weergegeven, de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden doordat X. [de oplichter, TvdL] vóór zijn faillissement betalingen aan Y. [de vrouw, TvdL] heeft verricht ter voldoening aan zijn verplichtingen uit de overeenkomsten met haar, door de curator niet met een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking worden bestreden; in het kader van het faillissement van X. is de verrijking van Y. immers, gelet op het stelsel van art. 47 Fw, niet ongerechtvaardigd ten opzichte van de aldus in hun verhaalsmogelijkheden benadeelde schuldeisers.'[235]

De verrijking van de vrouw ten koste van de schuldeisers in het faillissement wordt, aldus de Hoge Raad, gerechtvaardigd door artikel 47 Fw. Aldus laat de Hoge Raad zich niet verleiden artikel 47 Fw met een beroep op de algemene verrijkingsactie te doorbreken: het rechtsverkeer en het recht van de schuldeiser zouden zich daartegen verzetten. De Hoge Raad laat zich bij zijn oordeel dat de verrijking van de vrouw ten koste van de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement niet ongerechtvaardigd is sterk leiden door de strekking en het stelsel van de faillissementswet. Het *Ponzi scheme*-arrest prent ons aldus in, dat de strekking van de wet in beginsel leidend is voor de vraag, of een verrijking die uit de wet voortvloeit ongerechtvaardigd is.

Hier zij opgemerkt dat een andere uitkomst in deze zaak ook alleszins verdedigbaar zou zijn geweest. In het kader van artikel 47 Fw gaat het veelal om een, ten opzichte van de andere schuldeisers in het uiteindelijke faillissement, minder correcte *afwikkeling* van over het algemeen normale schulden. In dit – bijzondere – geval gaat het om een *regelmatige* afwikkeling van een schuld uit een minder correcte rechtsverhouding: het betreffen winsten uit een soort piramidespel. Dit laatste is – wellicht – een grond om artikel 47 Fw met een verrijkingsactie ten behoeve van alle schuldeisers in het faillissement aan te vullen. Inderdaad, men kan zich afvragen in hoeverre het rechtsverkeer door zijn hoeven zakt, als succesvolle *Ponzi scheme*-beleggers niet altijd veilig zijn voor een door de curator ingestelde verrijkingsactie.

Bij de beoordeling of er ruimte is voor een dergelijke verrijkingsactie ligt het voor de hand artikel 3:86 BW analogisch toe te passen en de vraag te laten afhangen in hoeverre de ontvanger van de *Ponzi scheme* betaling te goeder trouw is ter zake van de onderliggende rechtsverhouding. Met andere woorden: wist of behoorde de ontvanger op enigerlei wijze te weten dat het contract niet in de haak was? Is de gedaagde te goeder trouw dan zal de verrijkingsaansprakelijkheid afstuiten op het redelijkheidsvereiste. Maar dit zal niet zonder meer het geval zijn. In een wereld waar de goederen schaars

235 R.o. 3.7.4.

zijn, zijn geldleningen tegen tientallen procenten rente op jaarbasis op zijn zachtst een grond voor een twijfelplicht.[236] Anders dan de Hoge Raad lijkt mij een op artikel 6:212 lid 1 BW gefundeerde *actio Ponziana* ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, onder omstandigheden gerechtvaardigd.

6.5.5.5 Conclusie

Overziet men de jurisprudentie, dan is de omstandigheid dat de wet de verrijking beoogt te rechtvaardigen van groot gewicht. Slechts in heel bijzondere omstandigheden kan de strekking '*overruled*' worden. Het arrest *Post/Kleijweg* is daarvan een voorbeeld. Het arrest *Ontvanger/Hamm* ook, al lijkt de Hoge Raad geen uitbouwmogelijkheden te zien.

Zelf zou ik voor een openlijker – op de aanvullende functie geënte – corrigerende functie zijn,[237] die meer ruimte laat om de omstandigheden van het geval mee te wegen. Zoals een overeenkomst, bijvoorbeeld, op grond van een verandering van omstandigheden door de rechter gewijzigd kan worden, zo zou de rechter ook de wet of het stelsel van de wet als *prima facie* verrijkingsrechtelijke rechtvaardigingsgrond opzij moeten kunnen zetten als de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dit is een tot terughoudendheid nopende maatstaf. Er zullen ook *no-go area's* zijn. De verrijkingsvordering zal bijvoorbeeld niet een rechterlijke uitspraak die tussen eiser en gedaagde in gezag van gewijsde is gegaan opzij kunnen zetten omdat het oordeel onjuist blijkt te zijn of omdat er nieuwe feiten aan het licht zijn gekomen. Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen is daar te fundamenteel voor.

6.6 Verrijking zonder vermogensverschuiving

6.6.1 Algemeen

In de vorige paragraaf ging het om de maatstaf van ongerechtvaardigdheid die moet worden toegepast bij een vermogensverschuiving. Is er sprake van een vermogensverschuiving, dan moet er voor de daaruit voortvloeiende verrijking een rechtvaardigingsgrond bestaan. Verschillende rechtvaardigingsgronden zijn de revue gepasseerd, zoals de overeenkomst, de wet en het stelsel van de wet.

Nu is het tijd nader in te gaan op de – veel – zeldzamere groep gevallen waarin de gedaagde ongerechtvaardigd is verrijkt, zonder dat er tussen de eiser en de gedaagde sprake is van een daadwerkelijke vermogensverschuiving. Is dit het geval, dan is het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond een noodzakelijke, maar niet een voldoende voorwaarde voor het oordeel

236 Opgemerkt zij dat in rechte kwam vast te staan dat mevrouw Y in ieder geval niet te kwader trouw was.

237 Welwillend lijkt Vranken 1998, p. 1501-1502.

dat de verrijking van de eiser ten koste van de gedaagde ongerechtvaardigd is. Er moet een bijzondere reden zijn op grond waarvan de verrijking aangemerkt kan worden als een ongerechtvaardigde verrijking. Hiervoor is deze theorie al voor een goed deel uiteengezet. In deze paragraaf beperk ik mij tot een twee punten.

Allereerst zal ik laten zien dat er in het arrest *Van der Tuuk Adriani/Batelaan* enige aanknopingspunten te vinden zijn voor de benadering, waarbij een verrijking die niet het gevolg is van een vermogensverschuiving slechts ongerechtvaardigd is als daar – naast het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond – positieve indicatoren voor zijn. Vervolgens zal ik laten zien dat de hier verdedigde benadering een werkbaar kader biedt om een geval als *CFS/Stork* te beoordelen. In de rest van het boek zullen we meer voorbeelden aantreffen waarin de hier bepleite *unjust factors*-benadering kan worden beproefd. De verschillende in dit boek onderscheiden concepties van het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijkingen moeten worden tegengegaan kunnen daarbij een rol van betekenis spelen.

6.6.2 Het arrest-*Van der Tuuk Adriani/Batelaan*

In het arrest *Van der Tuuk Adriani/Batelaan* passen hof en Hoge Raad weliswaar de taal van de *sine causa*-benadering toe, maar uiteindelijk zijn het in deze zaak positieve indicatoren die het oordeel stutten dat de verrijking van de gedaagde ongerechtvaardigd is.

Het gaat om het volgende.[238] De zich in Smilde vestigende apotheker Van der Tuuk Adriani had langs bestuursrechtelijke weg bewerkstelligd, dat de in Smilde gevestigde huisarts Batelaan diens apothekersvergunning verloor. Van der Tuuk Adriani kon dit doen, omdat de toenmalige *Wet op de Geneesmiddelenvoorziening* hierin voorzag. De achtergrond van deze wet was het uitgangspunt dat de apothekerspraktijk en de dokterspraktijk zoveel mogelijk gescheiden moet worden uitgeoefend. In de zogenaamde BACO-overeenkomst hadden de beroepsorganisaties zich verbonden om hun leden er in dit soort gevallen ertoe te bewegen de huisartsenapotheek over te dragen, respectievelijk over te nemen, tegen de in de BACO-overeenkomst vastgestelde tarieven.[239] Van der Tuuk Adriani had Batelaan 125% van het BACO-tarief geboden, maar toen Batelaan dit bod niet aanvaardde bewandelde Van der Tuuk Adriani – met succes – de bestuursrechtelijke weg. Pas op het moment dat Batelaan diens vergunning definitief kwijt was, wilde hij het aanbod alsnog accepteren. Toen Van der Tuuk Adriani dit weigerde stelde Batelaan een verrijkingsvordering in.

238 HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2018, *NJ* 1997/3, m.nt. E.J.H. Schrage (Van der Tuuk Adriani/Batelaan).

239 Concl. A-G. Koopmans, r.o. 3 bij: HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2018, *NJ* 1997/3, m.nt. E.J.H. Schrage (Van der Tuuk Adriani/Batelaan).

Na de intrekking van de vergunning waren de klanten van de doktersapotheek van Batelaan aangewezen op Van der Tuuk Adriani, zodat de laatstgenoemde feitelijk 'om niet' het klantenbestand van de eerste had 'overgenomen.' In een geval als dit, is Van der Tuuk Adriani verrijkt ten koste van Batelaan, zonder dat er sprake is van een vermogensverschuiving of op een met een vermogensverschuiving gelijk te trekken wijze.[240] De *sine causa*-benadering werkt dan minder goed. Als klanten van A aangewezen zijn op B dan maakt het enkele ontbreken van een rechtvaardigingsgrond de verrijking van B ten koste van A niet ongerechtvaardigd. De klanten behoren de ondernemer niet in vermogensrechtelijke zin toe.

Hof en Hoge Raad passen de *sine causa*-benadering dan ook niet *more geometrico* toe. Het hof was van oordeel dat Van der Tuuk Adriani ongerechtvaardigd was verrijkt en legde de nadruk op twee punten. In de eerste plaats was het, gelet op de BACO-overeenkomst, in de branche gebruikelijk dat de apotheker een vergoeding betaalde voor de overname van de doktersapotheek. In de tweede plaats hadden respectievelijk de Commissie voor Gebiedsaanwijzing, de Minister en de Afdeling rechtspraak, die tot intrekking van de apothekersvergunning van Batelaan hadden besloten, in hun oordeel meegewogen dat Van der Tuuk Adriani een vergoeding had aangeboden. De Hoge Raad laat dit oordeel in stand:[241]

> 'De enkele omstandigheid dat de overgang van de bevoegdheid tot geneesmiddelenvoorziening, waardoor Batelaan inkomsten heeft verloren en Van der Tuuk Adriani inkomsten heeft verworven, steunt op de wet, brengt niet mee dat Van der Tuuk Adriani de daarin gelegen verrijking mag behouden zonder gehouden te zijn de schade van Batelaan, voor zover dat redelijk is, te vergoeden.
> In aanmerking genomen dat Van der Tuuk Adriani zich op eigen initiatief in het verzorgingsgebied van Batelaan heeft gevestigd, en door een daartoe strekkend verzoek heeft bewerkstelligd dat aan Batelaan diens vergunning om een apotheek te houden, werd ontnomen, alsmede de omstandigheid dat blijkens de totstandkoming van de "BACO-overeenkomst" niet alleen de beroepsorganisatie van de artsen, maar ook die van de apothekers een door de apotheker in gevallen als het onderhavige te betalen vergoeding redelijk heeft geoordeeld, geeft 's Hofs oordeel, dat geen enkele redelijke grond aanwezig is, waarom Van der Tuuk Adriani de geneesmiddelenvoorziening kosteloos van Batelaan zou kunnen overnemen (rov. 24 eerste tussenarrest), niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dit oordeel is voorts niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.'

240 Zie echter Damminga 2014, p. 253-254. Aldaar wordt betoogd dat Van der Tuuk Adriani een inbreuk maakt op de *goodwill* van de apotheek van Batelaan. Vgl. Van Boom 2002, p. 140-144, waarin het geval wordt gezien als een 'private taking'. In mijn optiek blijft staan dat de huisarts geen exclusief recht heeft op diens klanten zodat de *sine causa*-benadering niet zomaar één op één kan worden toegepast. Hoogstens kan de *sine causa*-benadering analogisch worden toegepast, dan is gelijkenis met de vermogensverschuiving de bijzondere reden die de verrijking ongerechtvaardigd doet zijn. Dwingend is de gelijkenis niet. Van der Tuuk Adriani neemt niet zozeer de *goodwill* over, maar het 'blote' klantenbestand.

241 R.o. 3.7.

Deze overweging valt uiteen in twee delen. Allereerst overweegt de Hoge Raad dat de wet niet de strekking heeft om de verrijking van Van der Tuuk Adriani ten koste van Batelaan te sanctioneren. Het oordeel dat de wet niet zomaar kan dienen als een rechtvaardigingsgrond voor de verrijking van Van der Tuuk Adriani leidt echter níet *mutatis mutandis* tot de gevolgtrekking dat diens verrijking dus ongerechtvaardigd is.

In het tweede deel van de overweging somt de Hoge Raad de omstandigheden op, waarom de verrijking van Van der Tuuk Adriani als een ongerechtvaardigde verrijking moet worden gezien. Doorslaggevend lijkt te zijn dat Van der Tuuk Adriani zelf het initiatief heeft genomen om de vergunning van Batelaan te doen intrekken en dat zowel de beroepsorganisatie van de huisartsen als die van de apothekers een vergoeding destijds redelijk achtten. Het zijn in dit geval de bijkomende omstandigheden die de verrijking van Van der Tuuk Adriani ten koste van Batelaan ongerechtvaardigd doen zijn. De gevolgtrekking van de Hoge Raad dat de verrijking van Van der Tuuk Adriani 'geen redelijke grond' heeft past weliswaar bij de taal van de *sine causa*-benadering, maar kan niet wegnemen dat bijzondere omstandigheden de verrijking uiteindelijk ongerechtvaardigd doen zijn. Het oordeel 'geen redelijke grond' is meer een etiket op de eindconclusie.

Het arrest kan in de sleutel worden gezet in de gedachte dat een verrijking die buiten de normale gang van zaken is ontstaan met een kritisch oog moet worden bezien.[242]

6.6.3 Een nieuw perspectief op *CFS/Stork*

In de vorige paragraaf heb ik laten zien dat er in de overwegingen van het hof en de Hoge Raad in de *Van der Tuuk Adriani/Batelaan*-zaak aanknopingspunten te vinden zijn voor de benadering waarbij positieve indicatoren de verrijking ongerechtvaardigd doen zijn. In de nu volgende analyse zal ik laten zien dat deze benadering ook in een geval als *CFS/Stork* de voorkeur verdient. Enerzijds schept de hier verdedigde benadering meer ruimte om de tegenover elkaar staande belangen af te wegen dan de *sine causa*-benadering. Anderzijds kan de verrijkingsactie in deze benadering op overtuigender wijze worden afgewezen als de vordering inderdaad afgewezen moet worden.

Het ging in deze zaak om het volgende.[243] CFS had een Europees Octrooirecht op een industriële oven en beriep zich jegens afnemers van concurrent Stork op dit octrooi. Het gevolg is dat afnemers van Stork daarmee mogelijk werden aangespoord om naar CFS over te lopen of hun relatie met Stork anderszins te beëindigen. Nadat het octrooi van CFS op initiatief van Stork was vernietigd, vorderde Stork schadevergoeding op grond van onrecht-

242 Zie daarover: par. 2.10.

243 HR 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6098, *NJ* 2008/120, m.nt. Ch. Gielen (CFS/Stork). De zaak wordt aangestipt in: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/475.

matige daad en ongerechtvaardigde verrijking omdat CFS zich – achteraf ten onrechte – op het octrooi had beroepen.

Om het oordeel over de (on)gerechtvaardigdheid van de verrijking van CFS kritisch te bespreken, is het nodig om het oordeel over de mogelijke onrechtmatigheid van het gedrag van CFS in de analyse te betrekken, omdat hof en Hoge Raad een koppeling maken tussen de beoordeling van het gedrag en de (on)gerechtvaardigdheid van de verrijking.

Bij de beantwoording van de vraag of de handelswijze van CFS moet worden aangemerkt als een onrechtmatige daad, overweegt de Hoge Raad dat er twee gezichtspunten tegenover elkaar staan, die elk richting een andere uitkomst wijzen.[244] Enerzijds ligt aan het octrooistelsel de gedachte ten grondslag, dat het doen van uitvindingen, en de daarmee gepaard gaande investeringen gestimuleerd moeten worden. Een te ver gaande aansprakelijkheid zou ondernemingen kunnen ontmoedigen te innoveren en te octrooieren. Anderzijds werkt een octrooi concurrentiebeperkend terwijl in een vrije markt vrije concurrentie het uitgangspunt behoort te zijn. In het karakter van het octrooirecht als een gerechtvaardigde uitzondering op het beginsel van de vrije markt, ligt een argument besloten voor de opvatting dat degene die zich heeft beroepen op een octrooi dat achteraf is vernietigd of herroepen het risico moet dragen 'van de onjuistheid van zijn pretenties.'[245]

De Hoge Raad hecht het meeste aan het eerste gezichtspunt en is van oordeel dat het enkele beroep op een achteraf vernietigd octrooi niet zonder meer onrechtmatig is. Voor aansprakelijkheid wegens het beroepen op een achteraf vernietigd octrooi is vereist dat de octrooihouder heeft beseft 'dat een serieuze, niet te verwaarlozen kans bestaat dat het octrooi geen stand zal houden'.[246] De Hoge Raad overweegt dat dit oordeel in lijn is met de rechtspraak, de wet en de literatuur en dat in Duitsland en het Verenigd Koninkrijk tenminste enige verwijtbaarheid vereist is voor aansprakelijkheid van degene die zich onterecht op een achteraf vernietigd octrooi beroept.

Het oordeel van de Hoge Raad, dat iemand die zich te goeder trouw op een later vernietigd octrooi heeft beroepen in beginsel niet onrechtmatig heeft gehandeld, is aldus het resultaat van een zorgvuldige afweging van de belangen pro en contra. Het oordeel sluit grotendeels aan bij advocaat-generaal Huydecoper die meent, dat het handhavingsperspectief, waarbij past dat degene die zich te goeder trouw op een achteraf vernietigd octrooi heeft beroepen niet jegens de benadeelde aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad, een 'lichte voorkeur' verdient in het licht van het EU-recht dat belang hecht aan effectieve handhaving van IE-rechten.[247]

---

244 R.o. 5.5.

245 R.o. 5.5. *in fine*.

246 R.o. 5.8.

247 Zie nr. 29 van de aanvullende conclusie van A-G Huydecoper bij: HR 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6098, *NJ* 2008/120, m.nt. Ch. Gielen (CFS/Stork).

Stork beroept zich, als gezegd, niet alleen op onrechtmatige daad maar ook op ongerechtvaardigde verrijking. Door de uitoefening van het achteraf vernietigde octrooirecht, zou CFS – door de overlopende klanten – ten koste van Stork meer winst hebben gerealiseerd en zich aldus ten koste van Stork ongerechtvaardigd hebben verrijkt. Hiermee staat de vraag centraal, hoe het oordeel dat het te goeder trouw uitoefenen van een later vernietigd octrooi niet onrechtmatig is, zich verhoudt tot een op basis van deze feiten ingestelde vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking.

Het Hof is van oordeel dat het feit dat het CFS vrijstond om zich op het octrooi te beroepen, *mutatis mutandis* meebrengt dat de daaruit voortvloeiende verrijking niet ongerechtvaardigd is. De Hoge Raad gaat hierin mee:[248]

> 'Het onderdeel faalt omdat het oordeel van het hof juist is. Ook als zou komen vast te staan dat CFS is verrijkt ten koste van Stork door zich tegenover (potentiële) afnemers van laatstgenoemde en tegenover derden te beroepen op haar achteraf vernietigde octrooi, leidt dit niet zonder meer tot toewijzing van een op art. 6:212 BW gebaseerde vordering, nu daarvoor mede noodzakelijk is dat die verrijking in relatie tot Stork een ongerechtvaardigd karakter heeft. In het — door de eerder besproken onderdelen van het middel tevergeefs bestreden — oordeel van het hof dat het CFS vrijstond zich tegenover derden op haar octrooirechten te beroepen, ligt besloten dat en waarom aan deze laatstgenoemde voorwaarde niet is voldaan. De omstandigheid dat de vernietiging van het octrooi van CFS terugwerkende kracht heeft, brengt hierin geen wijziging.'

De minutieuze belangenafweging die in het kader van de onrechtmatige daad wordt gemaakt, steekt schril af tegen de verrijkingsrechtelijke belangenafweging. De Hoge Raad laat het oordeel van het hof dat de verrijking van CFS niet ongerechtvaardigd is, omdat zij niet onrechtmatig handelde in stand. De onrechtmatige daad lijkt op de voet van de *sine causa*-benadering als een soort rechtvaardigingsgrond voor de verrijking van CFS te functioneren. Dit is niet aansprekend en snijdt bij voorbaat een belangenafweging in een verrijkingsrechtelijke context af.[249] Dit fnuikt omdat de 'lichte voorkeur' om degene die zich te goeder trouw op een octrooi heeft beroepen jegens de afnemers van de concurrent niet jegens de concurrent aansprakelijk te achten op grond van onrechtmatige daad, in mijn optiek, heel wel kan omslaan naar de andere kant bij de vraag, of degene die zich te goeder trouw – maar onterecht – op een octrooi beroepen heeft, wél jegens de concurrent aansprakelijk moet worden geacht uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking voor de daardoor behaalde voordelen.

Bedacht moet worden, dat daar waar aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad in beginsel strekt tot *volledige schadevergoeding*, aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking is gemaximeerd tot de omvang van de (door Stork te bewijzen) verrijking. Voorts kan de rechter de aansprakelijkheid op de voet van de redelijkheid verminderen tot, bijvoorbeeld, 50% van het behaalde voordeel. Bovendien kan in het kader van

248 R.o. 5.10.
249 Zie in kritische zin ook Damminga 2014, p. 168.

artikel 6:212 lid 2 en 3 BW rekening worden gehouden met een eventuele vermindering van de verrijking aan de kant van degene die zich ten onrechte op een octrooi heeft beroepen. De ongerechtvaardigde verrijking kan zich aldus als middenweg aandienen tussen géén aansprakelijkheid en volledig aansprakelijkheid en de belangen van partijen meer in evenwicht brengen dan in het geval is in een alles-of-niets-oordeel.

De *ad rem* belangenafweging lijkt in dit arrest uit te blijven doordat de zaak in het keurslijf van de *sine causa*-benadering wordt gezet en de onrechtmatige daad vervolgens als *de facto* rechtvaardiging wordt aangemerkt. In het kader van de in dit hoofdstuk ontwikkelde benadering van het ongerechtvaardigdheidsvereiste is er meer ruimte voor een belangenafweging en kan de aansprakelijkheid – als dit nodig is – op een inzichtelijke wijze worden afgewezen. Uitgangspunt van de analyse moet in dit verband namelijk zijn, dat de verrijking van CFS ten koste van Stork in beginsel niet ongerechtvaardigd is omdat deze niet het gevolg is van een vermogensverschuiving. Het is daartoe niet nodig artikel 6:162 BW als een rechtvaardigingsgrond op te voeren of om anderszins naar de onrechtmatige daad te verwijzen.

Van het uitgangspunt dat de verrijking niet ongerechtvaardigd is, kan worden afgeweken als er in de omstandigheden van het geval een goede reden is aan te wijzen die maakt dat de verrijking van CFS ten koste van Stork toch ongerechtvaardigd is. Een dergelijke indicatie zou wellicht gevonden kunnen worden in het feit dat CFS zich heeft beroepen op een ten onrechte verleend – en later vernietigd – octrooirecht, waardoor er mogelijk klanten van Stork naar CFS zijn overgelopen. Dit is, gelet op het uitgangspunt van vrije concurrentie, een verrijking die buiten de normale gang van zaken ligt en die dientengevolge met een kritisch oog moet worden bezien. Onderzocht moet worden of een effectieve handhaving van IE-rechten zich ook verzet tegen de verplichting van CFS om in plaats van volledige schadevergoeding, het behaalde voordeel geheel – of ten dele – af te dragen uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Is dit niet het geval, dan is er veel voor te zeggen om de verrijking van CFS als een ongerechtvaardigde aan te merken.[250]

6.7 Slotsom

De te hanteren maatstaf om te bepalen of de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser ongerechtvaardigd is, verschilt al naar gelang er sprake is van een vermogensverschuiving of niet.

Is er sprake van een daadwerkelijke vermogensverschuiving, dan is de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser ongerechtvaardigd als er voor de verrijking een rechtvaardigingsgrond ontbreekt. Het ontbreken

250 Zie echter: BGH 14 februari 1978, BGHZ 71/86. Daarover Linssen 2001, p. 68-69. De verrijkingsaanspraak wordt in dit aan CFS/Stork verwante geval afgewezen, omdat de gedaagde geen inbreuk heeft gemaakt op het *Zuweisungsgehalt* van de eiser.

van een rechtvaardigingsgrond leidt bij een vermogensverschuiving tot een ongerechtvaardigde verrijking, omdat de verrijkte iets in zijn vermogen heeft gekregen dat voorheen aan de verarmde toebehoorde. Dit kan als de *sine causa*-benadering worden aangeduid. Bij deze benadering ligt het zwaartepunt van de analyse bij de beantwoording van de vraag wat als rechtvaardiging voor een verrijking kan dienen. De overeenkomst, de wet en het stelsel van de wet zijn in dit verband als rechtvaardigingsgronden de revue gepasseerd.

Is er geen sprake van een daadwerkelijke vermogensverschuiving tussen de eiser en de gedaagde, dan in is het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond een noodzakelijke, maar niet een voldoende voorwaarde om de verrijking van de gedaagde als een ongerechtvaardigde aan te merken. In dit soort gevallen heeft de gedaagde niet iets in zijn vermogen dat voorheen aan de eiser toebehoorde. In dat geval geldt als uitgangspunt dat eenieder de vruchten die het lot voor hem in petto heeft mag behouden. Bijzondere omstandigheden echter, kunnen de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser alsnog ongerechtvaardigd doen zijn.

Is de gedaagde ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van de eiser die hierdoor schade heeft geleden, dan staat de aansprakelijkheid van de gedaagde daarmee nog niet vast. De gedaagde is slechts aansprakelijk voor zover een verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverplichting redelijk is. Dit redelijkheidsvereiste staat in het volgende hoofdstuk centraal.

7 Het redelijkheidsvereiste

7.1 Inleiding

Het ongedaan maken van ongerechtvaardigde verrijkingen staat niet altijd bovenaan de vermogensrechtelijke agenda.[1] Het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijkingen moeten worden tegengegaan, is slechts één van de beginselen die aan het vermogensrecht ten grondslag liggen. Het beginsel moet, zoals dat het geval is met de meeste rechtsbeginselen, soms wijken voor andere vermogensrechtelijke overwegingen.

Dit komt tot uitdrukking in het redelijkheidsvereiste. Wanneer de gedaagde ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de eiser, dan staat daarmee nog niet vast dat de gedaagde ook aansprakelijk is voor de daarmee verband houdende schade. Dit is alleen het geval indien en 'voor zover dit redelijk' is. Weegt in een voorliggend geval een andere vermogensrechtelijke overweging zwaarder, dan stuit de verrijkingsaansprakelijkheid af op het redelijkheidsvereiste. Heeft de eiser per ongeluk een bouwwerk op de grond van de gedaagde geplaatst, dan zal de gedaagde ongerechtvaardigd ten koste van de eiser zijn verrijkt indien er geen rechtvaardiging voor deze vermogensverschuiving bestaat. Toch is hiermee de aansprakelijkheid van de gedaagde niet automatisch gegeven. De bescherming van de autonomie van de gedaagde kan in het concrete geval meer gewicht in de schaal leggen, dan het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijkingen moeten worden tegengegaan. Is dit het geval dan legt het verrijkingsbeginsel het af tegen het autonomiebeginsel en moet aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking worden afgewezen.

Ook andere beginselen en vermogensrechtelijke overwegingen kunnen aan verrijkingsaansprakelijkheid in de weg staan. Zoals de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking als het ventiel van het vermogensrecht kan worden beschouwd,[2] zo kan het redelijkheidsvereiste als het ventiel van de verrijkingsactie worden gezien. Het systeem van het vermogensrecht, dat wordt aangevuld met een algemene verrijkingsactie, komt in het redelijkheidsvereiste als corrigerend element terug. Aansprakelijkheid vanwege ongerechtvaardigde verrijking kan alleen ontstaan wanneer dit verenigbaar is met de overige regels en beginselen die aan het systeem van het vermogensrecht ten grondslag liggen. Bovendien biedt de redelijkheidstoets ruimte

1 Bregstein 1927, p. 196.
2 Het beeld van het 'ventiel' is ontleend aan: Smits 1995, p. 185, nt. 151.

voor argumenten die niet één op één op het systeem van het vermogensrecht zijn terug te voeren.

In dit hoofdstuk zal dit beeld verder worden uitgewerkt. Allereerst zullen achtereenvolgens de ratio en het karakter van de redelijkheidstoets worden belicht. Daarbij zal worden betoogd, dat het redelijkheidsvereiste een hard ontstaansvereiste is. Daarna zal de werking van het redelijkheidsvereiste worden uiteengezet. Wij zullen zien dat het redelijkheidsvereiste een concrete afweging mogelijk maakt tussen het belang dat een ongerechtvaardigde verrijking in een concreet geval ongedaan moet worden gemaakt en andere door het recht beschermde – en te beschermen – belangen. En passant zal duidelijk worden, dat de redelijkheidstoets ook ruimte biedt om gezichtspunten mee te wegen, die niet direct zijn ontleend aan het systeem van het vermogensrecht. Wat in het kader van de redelijkheidstoets aan de orde kan komen, laat zich niet uitputtend weergeven.

7.2 Ratio redelijkheidsvereiste

Waarom is het redelijkheidsvereiste in artikel 6:212 lid 1 BW opgenomen? Met de constatering van zojuist, dat er naast het verrijkingsbeginsel andere rechtens relevante beginselen zijn, is een belangrijk deel van de verklaring al gegeven. Maar niet helemaal. Het onrechtmatigedaadsrecht beperkt de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad ook niet tot die gevallen waarin de aansprakelijkheid 'redelijk' is, terwijl het *neminem laedere* evenmin een beginsel is dat het hele privaatrecht beheerst. Een belangrijk verschil tussen de vordering op grond van onrechtmatige daad en die op grond van ongerechtvaardigde verrijking, is dat de laatstgenoemde een aanvullende functie heeft.[3] Het redelijkheidsvereiste van artikel 6:212 lid 1 BW is nauw verbonden met deze aanvullende functie van de algemene verrijkingsactie.

De bestaansreden van ongerechtvaardigde verrijking als zelfstandige bron van verbintenissen is dat het een grondslag biedt voor verrijkingsgevallen waar niet door het overige vermogensrecht in is voorzien.[4] Is er sprake van een ongerechtvaardigde verrijking zonder dat er een specifieke regel een oplossing biedt, dan kan op de voet van artikel 6:212 lid 1 BW een schadevergoedingsverbintenis ontstaan, die strekt tot gehele of gedeeltelijke ongedaanmaking van de ongerechtvaardigde verrijking. Welnu, een rechtsregel die het recht beoogt aan te vullen, zal van tijd tot tijd op gevallen toegepast moeten worden waar geen rekening mee is gehouden. Het redelijkheidsvereiste is een daarbij passende veiligheidsklep. De rechter heeft dankzij dit vereiste veel ruimte om te beslissen dat de ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser in het concrete geval níet tot aansprakelijkheid leidt. In de parlementaire geschiedenis staat:

3 Zie par. 3.5.1.
4 Zie par. 3.2-3.4.

> 'Door de woorden "voor zover dit redelijk is" wordt […] aan de rechter de bevoegdheid gegeven alle omstandigheden in aanmerking te nemen en in verband daarmede een vordering tot schadevergoeding geheel of gedeeltelijk af te wijzen.'[5]

Zoals 'alle' argumenten meegewogen kunnen worden die vóór een concrete verrijkingsaansprakelijkheid pleiten, biedt het redelijkheidsvereiste de ruimte om 'alle' argumenten mee te wegen die tegen aansprakelijkheid zijn in te brengen. Er is geen *a priori* afbakening van te voeren verweren. Het redelijkheidsvereiste is daarmee de tegenhanger van het brede toepassingsbereik van de verrijkingsactie. Leidt aansprakelijkheid in een concreet geval tot een aansprakelijkheid die het systeem van het vermogensrecht doorkruist, of om andere redenen ongewenst is, dan kan aansprakelijkheid worden afwezen omdat deze in de omstandigheden van het concrete, voorliggende geval niet redelijk is.

De redelijkheidstoets is, zo bezien, een alternatief voor andere afbakeningsmethoden waarmee de algemene verrijkingsactie kan worden afgebakend. Zo geldt er géén subsidiariteitsvereiste dat in de weg staat aan aansprakelijkheid, wanneer de eiser – jegens de gedaagde of jegens een ander – een vordering op andere grondslag dan ongerechtvaardigde verrijking heeft.[6] Ook het schadevereiste brengt niet met zich mee, dat de eiser geacht wordt geen schade te hebben in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW, als hij – jegens de gedaagde of jegens een ander – beschikt over een andere vordering om zijn schade mee te verhalen.[7] Het vereiste causale verband wordt níet dusdanig streng opgevat dat gevallen van indirecte verrijking categorisch van toepassing van artikel 6:212 lid 1 BW uitgesloten zijn.[8] Ook wordt het causale verband niet zo opgevat dat de aansprakelijkheid op grond van artikel 6:212 lid 1 BW is beperkt tot gevallen waarin er sprake is van een vermogensverschuiving.[9] Het ongerechtvaardigdheidsvereiste wordt, ten slotte, níet zo uitgelegd dat de verrijking die iemand ontleent aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde, altijd aan aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking in de weg staat.[10]

---

5 PG Boek 6, P. 831.

6 Wissink 2002, p. 28 en p. 37; Damminga 2014, p. 163; Schrage 2017, nr. 158-159. Zie par. 4.3.3.

7 Deze beperkte uitleg van het schadevereiste wordt verdedigd in: Van Maanen 2001, p. 12-15. Zie echter: HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7249, *NJ* 1997/ 719, m.nt. Jac. Hijma (Setz/Brunings). Zie par. 5.3.2.2.

8 Zoals verdedigd door: Janssen 2009, p. 163 *in fine*. Zie echter: HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7249, *NJ* 1997/ 719, m.nt. Jac. Hijma (Setz/Brunings) en ook uit HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928, *NJ* 2007/154 (Koker/Cornelius) is geen hard causaal verband af te leiden. Zie par. 5.4.2.2.

9 Zoals verdedigd door: Damminga 2014, p. 193-194, 201-202. Zie par. 5.4.5.

10 Verdedigd door: B.W.M. Nieskens-Isphording 1998, p. 102; Engelhard en Van Maanen 1998, p. 317; W.J. Zwalve, 2007, p. 208-212. Zie echter: HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928, *NJ* 2007/154 (Koker/Cornelius) en HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, *NJ* 2012/495 (*Ponzi scheme*) waaruit valt af te leiden tot een overeenkomst met een derde de verrijking *in beginsel* (Koker/Cornelius) of zelfs 'niet zonder meer' (*Ponzi scheme*) rechtvaardigt. Zie par. 6.5.3 en par. 9.3.

In plaats van een categorische afbakening door een subsidiariteitsvereiste[11] of door een enge (feiten*on*gevoelige) uitleg van de overige aan artikel 6:212 lid 1 BW gestelde vereisten – hetgeen ten koste kan gaan van de aanvullende kracht van de verrijkingsvordering – kan verrijkingsaansprakelijkheid via het redelijkheidsvereiste geheel of ten dele worden afgewezen, indien de omstandigheden van het geval daartoe nopen. De belangen van de verrijkte en de verarmde moeten, zo kan met Wissink worden betoogd, steeds in concreto tegenover elkaar worden afgewogen.[12] De observatie geldt bij uitstek voor het redelijkheidsvereiste. Via dit vereiste bestaat, als gezegd, ruimte om gezichtspunten mee te wegen die in het concrete geval tégen verrijkingsaansprakelijkheid pleiten.

Artikel 6:212 BW is een contextloze bron van verbintenissen,[13] die op uiteenlopende typen gevallen van toepassing kan zijn die hemelsbreed van elkaar kunnen verschillen. Maar ook gevallen die op het eerste oog gelijksoortig zijn kunnen zowel qua karakter als de erbij betrokken belangen sterk van elkaar verschillen. Het geval waarin de huurder van een woning de huurwoning verbetert, verschilt van het geval waarin iemand in het kader van een affectieve relatie hetzelfde doet ten aanzien van het huis van zijn of haar partner. Voortgezet gebruik van een huurder na afloop van de huurperiode is anders van aard dan het gebruik dat een consument heeft genoten van een telefoontoestel in de periode tussen het afsluiten van het telefoonabonnement en de vernietiging daarvan vanwege schending van consumentenrecht. Zoals we verderop zullen zien dingen in elk van deze gevallen andere gezichtspunten mee om erkenning.[14] Het redelijkheidsvereiste biedt hiervoor de dogmatische ruimte.

Er is nog een tweede bestaansreden van het redelijkheidsvereiste. Het redelijkheidsvereiste is de tegenhanger van het ongerechtvaardigdheidsvereiste. Bij het laatstgenoemde vereiste ligt de focus op de verrijking. Is er sprake van een vermogensverschuiving, dan is de daaruit voortvloeiende *verrijking* ongerechtvaardigd als daarvoor geen toereikende rechtvaardigingsgrond bestaat. Is er geen sprake van een vermogensverschuiving dan moet er worden gekeken of er bijzondere omstandigheden kunnen worden aangewezen die de *verrijking* ongerechtvaardigd doen zijn.

Het ongerechtvaardigdheidsvereiste heeft geen oog voor omstandigheden die maken dat de *ongedaanmaking* van een eenmaal ongerechtvaardigd geoordeelde verrijking *bezwaarlijk* kan zijn.[15] Dit is het domein van het redelijkheidsvereiste. De redelijkheidstoets maakt het mogelijk dat bij de aansprakelijkheidsvraag ook omstandigheden kunnen worden meegewogen die niet rechtstreeks zien op de status van de verrijking. ‘Ook als een verrij-

11 Zie t.a.v. het redelijkheidsvereiste als substituut van subsidiariteit: Koolhoven 2011, p. 262.
12 Vgl. Wissink 2002, p. 37.
13 Zimmermann 1990, p.891.
14 Zie par. 7.5-7.10.
15 In deze zin ook Langemeijer 1969, p. 157-158.

king ongerechtvaardigd is', zo brengt de parlementaire geschiedenis dit tot uitdrukking, 'kunnen de omstandigheden van het concrete geval medebrengen dat een verplichting tot vergoeding van de schade tot het bedrag van de verrijking niet redelijk is.'[16]

De ogen van het recht zijn niet alleen op de verrijking gericht, maar ook op de overige omstandigheden van het geval die maken dat verrijkingsaansprakelijkheid in het concrete geval wel of niet redelijk is. Schilder ik ongevraagd het huis van mijn buurman, dan is hij ongerechtvaardigd verrijkt, wanneer een rechtvaardigingsgrond voor diens verrijking ontbreekt. Het redelijkheidsvereiste heeft vervolgens oog voor de omstandigheid dat mijn buurman een bestedingspatroon opgedrongen zou krijgen wanneer hij uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking aansprakelijk zou zijn. In zeker opzicht ontlast het redelijkheidsvereiste het ongerechtvaardigdheidsvereiste: niet al het normatieve werk hoeft door het laatstgenoemde vereiste te worden gedaan.

7.3 Karakter redelijkheidstoets

7.3.1 De balancerende werking van het redelijkheidsvereiste

In het kader van de redelijkheidstoets kunnen allerlei argumenten aan de orde komen die tegen verrijkingsaansprakelijkheid pleiten. De toets is daarnaast ook op een andere manier flexibel.

Is de gedaagde ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van de eiser, dan is de gedaagde slechts verplicht om tot het bedrag van zijn verrijking de schade van de eiser te vergoeding 'voor zover' dit redelijk is.[17] De uitkomst is niet alles-of-niets. De aansprakelijkheid kan op de juiste maat worden gesneden, waarbij de gerechtvaardigde belangen van de eiser en de gedaagde zoveel mogelijk in evenwicht kunnen worden gebracht. Is de gedaagde ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van de eiser dan kunnen er uit de redelijkheidstoets vier verschillende resultaten rollen:

(i) In de eerste plaats kan het zonder meer redelijk zijn dat de gedaagde – tot het bedrag van de ongerechtvaardigde verrijking – de schade van de eiser moet vergoeden.

(ii) In de tweede plaats kan de rechter de schadevergoedingsverplichting op een lager bedrag vaststellen dan zowel de genoten verrijking als de geleden schade. Een middenweg tussen volledige verrijkingsaansprakelijkheid en in het geheel geen aansprakelijkheid behoort reeds in de vestigingsfase principieel tot de mogelijkheden.

16 PG Boek 6 p. 830.
17 Art. 6:212 lid 1 BW.

In een geval waarin, bijvoorbeeld, vast staat dat de gedaagde slechts een x-bedrag voor een dienst kwijt wil zijn, kan het redelijk zijn de eventuele verrijkingsaansprakelijkheid tot het x-bedrag te beperken, ook al is zowel de verrijking als de schade hoger dan dit bedrag.[18]

Heeft de rechter echter minder aanknooppunten dan het 'x-bedrag' uit het vorige voorbeeld, dan is het nog mogelijk dat de rechter *ex aequo et bono* de verrijkingsaanspraak beperkt tot, bijvoorbeeld, 25% of 50% van het maximale beloop van de verrijkingsaansprakelijkheid om zo de belangen van de verrijkte en verarmde in balans te brengen.[19]

(iii) In de derde plaats kan schadevergoeding in geld niet redelijk zijn, terwijl schadevergoeding in natura op de voet van artikel 6:103 BW wél redelijk is. Liggen de dakpannen die eerder aan de eiser toebehoorden nu op het huis van de gedaagde, dan kan het zo zijn tot een vordering in geld niet redelijk is, terwijl restitutie van de dakpannen op de voet van artikel 6:103 BW wel redelijk is.

De rechter kan creatief met de mogelijkheid van schadevergoeding in natura omgaan. Niet alleen de teruggave van een nagetrokken dakpan komt voor toewijzing in aanmerking, maar in mijn optiek bijvoorbeeld ook een verrijkingsrechtelijk wegneemrecht ter zake van – bijvoorbeeld – een gebouwde schuur op andermans grond. Wil de gedaagde de schuur behouden, dan zal hij met de eiser in onderhandeling moeten treden.[20]

(iv) Ten slotte kan verrijkingsaansprakelijkheid geheel en al onredelijk zijn zodat de redelijkheidstoets leidt tot afwijzing van de verrijkingsvordering.

7.3.2 Op één lijn met derogerende werking redelijkheid en billijkheid?

Door de werking van de redelijkheidstoets kan het dus zo zijn dat het recht een ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser geheel of ten dele in stand laat. De vraag zou kunnen worden gesteld of de redelijkheidstoets daarmee op één lijn te stellen is met de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.

Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord. Op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan een tussen schuldeiser en schuldenaar geldende regel, buiten toepassing worden gelaten indien dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* zou zijn (vgl. artikel 6:2 lid 2 BW en 6:248 lid 2 BW). De eis dat de toepassing van de regel 'onaanvaardbaar' moet zijn, maakt dat de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid slechts

18 Vgl. HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3195, *NJ* 2015/448 (Muradin/Waaijer), r.o. 3.5.3.

19 Zie inderdaad: Hof Amsterdam 18 augustus 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK3847, *NJF* 2010/1, r.o. 4.11.6-4.11.7.

20 Zie par. 5.3.9.2.

in uitzonderlijke gevallen wordt toegepast.[21] Het is een paardenmiddel. Met de redelijkheidstoets van artikel 6:212 lid 1 BW is dit allerminst het geval. De redelijkheidstoets wijst verrijkingsaansprakelijkheid niet slechts af wanneer toepassing van de verrijkingsactie in de omstandigheden van het geval onaanvaardbaar is. Aansprakelijkheid wordt afgewezen als het verrijkingsbeginsel het 'verliest' van andere vermogensrechtelijk relevante overwegingen. Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt is niet *a priori* zwaarder dan andere vermogensrechtelijke regels en beginselen.

7.3.3 Is het redelijkheidsvereiste ontstaansvereiste?

De redelijkheidstoets is dus minder 'zwaar' en anders van karakter dan de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. De vraag kan gesteld worden of het redelijkheidsvereiste, zoals dat in artikel 6:212 lid 1 BW naar voren komt, een 'gewoon' toepassingsvereiste van de ongerechtvaardigde verrijking is, net zoals de toerekenbaarheid dat is bij de onrechtmatige daad.

In de literatuur wordt de 'redelijkheid' veelal niet opgesomd bij de toepassingsvoorwaarden.[22] De redelijkheidstoets wordt gepositioneerd als een mechanisme dat invloed uitoefent op de rechtsgevolgen, nadat de *prima facie* aansprakelijkheid vaststaat. In de meest recente proefschriften wordt de redelijkheidstoets echter wél opgesomd bij de ontstaansvoorwaarden van de verrijkingsverbintenis.[23]

De laatste zienswijze is de juiste. In mijn optiek is het redelijkheidsvereiste een hard ontstaansvereiste. Is het niet redelijk de gedaagde een schadevergoedingsverplichting op te leggen, dan ontstaat de verbintenis *níet*. De redelijkheid van de aansprakelijkheid is *condicio sine qua non* voor het ontstaan ervan. Daar komt bij, dat het niet uitzonderlijk is dat de aansprakelijkheid op het redelijkheidsvereiste afstuit. De omstandigheid dat de gedaagde een bestedingspatroon opgedrongen zou krijgen, is slechts één (heel belangrijke) reden waarom de verrijkingsactie kan afketsen op het redelijkheidsvereiste. Dadelijk zullen we meer situaties zien waarin dit het geval is, of waarin dit het geval kan zijn.

---

21 MvA II, Parl. Gesch., p. 67-6; M. Vriend, in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 2 Boek 6 BW, aant. 21.

22 Zie bijvoorbeeld: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/479; M.W. Scheltema in*: GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, nr. 3-7; Hijma/Olthof 2014, nr. 450-451; Biegman-Hartogh 1971, p. 7; Nieskens-Isphording 1998, p. 100; Engelhard & Van Maanen 1998, p. 313-319; Wissink 2002, p. 13-14; Hartlief 2012, p. 263.

23 Damminga 2014, p. 1; Koolhoven 2011, p. 245; Meijer 2007, p. 13; Zie ook: Vriesendorp 2015, paragraaf 13.1, nr. 317. Vgl. echter Schrage 2017 bij wie het redelijkheidstoets niet met naam en toenaam wordt behandeld bij de bespreking van de aan art. 6:212 lid 1 BW gestelde vereisten.

Verder is de heersende leer dogmatisch niet fraai. Wordt de heersende zienswijze gevolgd, en wordt de redelijkheidstoets niet als vereiste gezien, dan kan het zo zijn dat op het niveau van de toepassingsvereisten aansprakelijkheid lijkt te ontstaan, terwijl op het niveau van de rechtsgevolgen – in het kader van de 'aanvullende' redelijkheidstoets – de aansprakelijkheid tot 'nul' wordt gereduceerd zodat er bij nader inzien toch géén schadevergoedingsverbintenis is ontstaan. De regels van het schadevergoedingsrecht kunnen tot eenzelfde schijnbeweging leiden (in het kader van de eigen schuld bijvoorbeeld), maar dit is uitzonderlijk. Zuiverder is het om het redelijkheidsvereiste als een 'vol' vereiste te zien waaraan moet zijn voldaan eer de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking in een concreet geval ontstaat. Dit past ook bij de observatie dat het redelijkheidsvereiste niet op één lijn mag worden gesteld met de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

Wellicht dat hier tegenin gebracht kan worden, dat de redelijkheidsclausule, zoals we hierboven al hebben gezien, ook invloed kan hebben op de vorm en de omvang van de schadevergoedingsverplichting. De redelijkheid lijkt dan – zoals de regels van het schadevergoedingsrecht dat doen – te werken als een mechanisme dat de schadevergoedingsplicht op de juiste maat snijdt nadat de aansprakelijkheid reeds gevestigd is.

In mijn optiek hoeft deze eigenschap van het redelijkheidsvereiste er echter niet aan in de weg te staan om het redelijkheidsvereiste uit artikel 6:212 lid 1 BW als een normaal toepassingsvereiste te zien. De vraag is namelijk steeds of voor het ontstaan van een verrijkingsverbintenis *met een bepaalde strekking*, aan alle voorwaarden van artikel 6:212 lid 1 BW – inclusief het redelijkheidsvereiste – is voldaan.

Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Stel, een dakdekker legt een stel dakpannen van de eiser op het dak van de gedaagde, zodat de gedaagde eigenaar van de dakpannen wordt door natrekking. De vraag kan daarmee opkomen of de gedaagde voor die dakpannen een geldelijke schadevergoeding verschuldigd is uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Schadevergoeding in geld zal in de regel in een geval als dit niet redelijk zijn. (Temeer omdat schadevergoeding in natura tot de mogelijkheden behoort.) Een schadevergoedingsplicht die strekt tot het betalen van een som geld voor de dakpannen stuit daarmee af op het redelijkheidsvereiste. Dit doet de vraag rijzen of er wél een verrijkingsverbintenis is ontstaan die strekt tot het terug leveren van de dakpannen. Het antwoord op die vraag zal in de regel bevestigend zijn, zodat de gedaagde aansprakelijk zal zijn op grond van ongerechtvaardigde verrijking om de dakpanpen terug te geven. Voor geldelijke schadevergoeding is, in het geschetste geval, niet voldaan aan de vereisten van artikel 6:212 lid 1 BW. Voor schadevergoeding in natura – restitutie van de dakpannen – is wel voldaan aan de vereisten van artikel 6:212 lid 1 BW.

7.3.4 Invloed redelijkheidvereiste op ontstaansmoment

De kwalificatie van het redelijkheidscriterium als ontstaansvereiste is niet een kwestie van louter academisch belang. Heersend is de leer, dat de verrijkingsvordering ontstaat op het moment dat de gedaagde is verrijkt.[24] Geldt de redelijkheid echter als ontstaansvereiste, dan kan de verbintenis uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking ook op een later moment ontstaan. Een voorbeeld. Verbouwt de eiser het huis van de gedaagde, dan kan het redelijkheidsvereiste in de weg staan aan verrijkingsaansprakelijkheid omdat deze de gedaagde een ongewenst bestedingspatroon zou opdringen. De verbouwing doet geen verbintenis op grond van ongerechtvaardigde verrijking ontstaan. Latere omstandigheden kunnen hier verandering in brengen. Heeft de gedaagde het verbouwde huis verkocht en heeft de verbouwing een meeropbrengst opgeleverd, dan verschiet de beoordeling van kleur en zal schadevergoeding in geld wel redelijk kunnen zijn geworden. De verrijking is dan immers liquide geworden.[25] De verrijkingsverbintenis ontstaat dan pas ná de succesvolle verkoop, op het moment dat een schadevergoedingsverplichting redelijk geworden is en dus na het moment van de initiële verrijking.

De hier verdedigde zienswijze, waarin het redelijkheidsvereiste als ontstaansvereiste wordt gezien, laat buiten twijfel dat er pas een vordering is ontstaan die aan verjaring ex artikel 3:310 lid 1 BW onderhevig is, indien óók aan het redelijkheidsvereiste is voldaan. Wordt de verrijking als ontstaansmoment van de verrijkingsvordering gezien en de redelijkheidstoets slechts als correctiemechanisme, dan zou de opvatting kunnen postvatten dat de verjaringstermijn steeds vanaf het moment van de verrijking gaat lopen.

De zienswijze dat de verjaring van de verrijkingsvordering op een later moment kan aanvangen dan het moment van de verrijking is van belang voor het oplossend vermogen van de verrijkingsvordering. Bouwt de eiser in dwaling een huis op de grond van de gedaagde, dan ontstaat er een onbevredigende situatie. De gedaagde is eigenaar geworden van een bouwwerk en is daarmee flink verrijkt ten koste van degene die gebouwd heeft. De eiser heeft een flinke schadepost. Het zou echter een grove inbreuk op de autonomie van de gedaagde zijn wanneer hij zou moeten betalen voor een huis dat hij nooit heeft willen hebben. Zowel toewijzen als afwijzen heeft iets onbevredigends. De tijd kan de zaken echter veranderen. Verkoopt de gedaagde bijvoorbeeld na tien jaar de grond met het door de eiser gebouwde huis, dan kan de eiser nog uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking aanspraak maken op een (deel van) de meeropbrengst zonder dat een vijfjarige verjaringstermijn daaraan in de weg staat.

---

24 M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 7; PG Boek 6, p. 831; *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Vriesendorp), nr. 320; Koolhoven 2011, p. 311.

25 Zie daarover: par. 7.6.2.

Dit lijkt echter een andere consequentie te hebben. Doordat het in de hier verdedigde zienswijze mogelijk is dat na het verrijkingsfeit (de verbouwing van het huis) nog geen verjaarbare verrijkingsvordering bestaat (omdat de gedaagde door de aansprakelijkheid een bestedingspatroon opgedrongen zou krijgen), maar latere omstandigheden hier verandering in kunnen brengen (de gedaagde verkoopt het huis), is het mogelijk dat meer dan twintig jaar na de verrijkingsgebeurtenis een verrijkingsverbintenis ontstaat. Dit zou het geval zijn als de gedaagde het verbouwde huis pas na meer dan twintig jaar met een meeropbrengst verkoopt. Dit zou de geest van de lange verjaringstermijn echter doorkruisen.

Hier moet een pragmatische oplossing worden aanvaard. In mijn optiek moet het ervoor worden gehouden dat de redelijkheid zich in beginsel tegen een verrijkingsaansprakelijkheid verzet die zich pas twintig jaar na de verrijkingsgebeurtenis manifesteert. Het beginsel dat vorderingen in ieder geval na twintig jaar verjaren (neergelegd in artikel 3:306 BW e.v.) werkt dan in het redelijkheidsvereiste door, al is de vordering juridisch-technisch nog niet ontstaan.

7.4 Invulling redelijkheidsvereiste

Het redelijkheidsvereiste is een vage norm, in het kader waarvan alle omstandigheden van het geval meegewogen kunnen worden.[26] De vraag kan worden gesteld waarmee het soortelijk gewicht van de omstandigheden van het geval bepaalt moet worden. Wat maakt, dat omstandigheid *x* aan verrijkingsaansprakelijkheid in de weg staat, terwijl omstandigheid *y* daar geen beletsel voor vormt? Voorop moet worden gesteld, dat een algemeen geldend antwoord op deze vraag niet te geven is. Het is een onbepaaldheid die eigen is aan rechtsvragen die afhankelijk zijn van 'alle omstandigheden van het geval'. Wel kan in grove trekken een beeld worden geschetst, van de wijze waarop de redelijkheidstoets moet worden ingevuld.

De invulling van het redelijkheidsvereiste wordt voor een belangrijke mate bepaald door de omstandigheid dat het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt slechts één vermogensrechtelijk beginsel is naast andere beginselen en vermogensrechtelijke overwegingen. Het redelijkheidsvereiste geeft ruimte aan die andere beginselen en overwegingen. Het systeem van het vermogensrecht is daarmee niet alleen van betekenis voor de vraag of een concrete *verrijking* van de gedaagde ten koste van de eiser *ongerechtvaardigd* is, maar ook of de *aansprakelijkheid* van de gedaagde daarvoor *redelijk* is. Het ontstaan van een

26 PG Boek 6, p. 831; *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Vriesendorp), nr. 317, hij verwijst daarbij naar HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, *NJ* 1994/172, m.nt. P. van Schilfgaarde (Vermobo/Van Rijswijk), r.o. 3.4 waarin de Hoge Raad overweegt dat bij de toepassing van de verrijkingsvordering rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval.

verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis kan in een concreet geval bijvoorbeeld in strijd komen dan wel op gespannen voet staan met het autonomiebeginsel,[27] de *paritas creditorum*,[28] de contractsvrijheid,[29] regels van consumentenbescherming,[30] specifieke vermogensrechtelijke regels[31] en andere overwegingen.[32] De noodzaak het systeem van het vermogensrecht af te tasten, zoals betoogd door Schoordijk en Van Maanen,[33] geldt ook ten aanzien van de vraag of aansprakelijkheid voor een ongerechtvaardigde verrijking in een concreet geval redelijk is.[34]

Of het systeem van het vermogensrecht in de weg staat aan verrijkingsaansprakelijkheid is een kwestie van wetsuitleg. Steeds moet een afweging worden gemaakt tussen het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijkingen moeten worden tegengegaan en andere vermogensrechtelijke overwegingen. Bregstein schrijft onder het oude recht:[35]

> 'De verrijkingsactie is een uitvloeisel van algemeene beginselen, waarop de positieve rechtsorde is opgetrokken. Indien dezelfde rechtsorde nu in bepaalde gevallen die terugvordering niet wenscht, dat zij nog andere doelstellingen dan het in stand houden der vermogens heeft, dan heeft men zich daarm bij neer te leggen. Of bepaalde voorschriften dit nu inderdaad doen, is steeds een vraag van wetsinterpretatie.'

Enerzijds kan een specifieke wettelijke regel aan aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking in de weg staan. Anderzijds kunnen de beginselen die aan het systeem van het vermogensrecht ten grondslag liggen aan verrijkingsaansprakelijkheid dat doen. In abstracto is er geen toverformule te geven waarmee het kaf van het koren gescheiden kan worden. Daarom zal in het vervolg van dit hoofdstuk op thematische en casuïstische wijze worden geïllustreerd hoe het systeem van het vermogensrecht in het redelijkheidsvereiste kan doorwerken.[36]

Het moge duidelijk zijn dat een systematische interpretatie bij de uitleg van het redelijkheidsvereiste een belangrijke plaats inneemt. Maar bedacht moet worden dat het redelijkheidsvereiste óók ruimte biedt aan argumenten die tégen verrijkingsaansprakelijkheid pleiten die niet – of niet een-op-een – op het systeem van het vermogensrecht zijn terug te voeren. Die ruimte past bij een algemene verrijkingsactie; onvoorziene gevallen van ongerechtvaardigde verrijking kunnen op onvoorziene bezwaren stuiten. De gedachte van

---

27 Zie par. 7.6-7.7.
28 Zie par. 7.10.
29 Zie par. 7.7.1.
30 Zie par. 7.8.
31 Zie par. 7.5.
32 Zij bijvoorbeeld par. 7.11.
33 Schoordijk 1979, p. 453; Van Maanen 2006, p. 39.
34 In gelijke zin: Koolhoven 2011, p. 260. In de optiek van Koolhoven heeft het redelijkheidsvereiste naast een beperkende functie, een richtinggevende functie waarbij het systeem van het vermogensrecht een bepalende rol speelt. Zie: Koolhoven 2011, p. 245-247, p. 259-260.
35 Bregstein 1927, p. 196.
36 Vgl. Koolhoven 2011, p. 245 e.v.

Wissink dat ook argumenten gebaseerd op de billijkheid een rol kunnen spelen in het kader van artikel 6:212 lid 1 BW,[37] geldt onverkort voor de invulling van het redelijkheidsvereiste. Bij de beoordeling van de toewijsbaarheid van de verrijkingsvordering kan en moet op de voet van artikel 3:12 BW rekening worden gehouden met 'algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken'.[38]

7.5 Wettelijke aanwijzingen

In bepaalde gevallen kan een concrete verrijkingsaansprakelijkheid op gespannen voet staan met een bijzondere wettelijke bepaling. Dogmatisch kan verrijkingsaansprakelijkheid dan op twee manieren worden afgewezen. Enerzijds kan gewerkt worden met de regel dat de bijzondere regel voor de algemene gaat, zonder dat aan het redelijkheidsvereiste wordt toegekomen. Anderzijds kan met een benadering worden gewerkt waarbij een bijzondere wettelijke regeling doorwerkt in de aan artikel 6:212 lid 1 BW gestelde vereisten. Koolhoven laat het adagium *'Lex specialis derogat legi generali'* bijvoorbeeld doorwerken in de redelijkheidstoets.[39]

In mijn optiek kunnen de belangenafwegingen die besloten liggen in bijzondere regels doorwerken in de toepassingsvereisten van artikel 212 lid 1 BW. Bij het ongerechtvaardigheidsvereiste hebben we dit al gezien. De strekking van de wet kan maken dat een verrijking die voortvloeit uit het stelsel van de wet in beginsel niet ongerechtvaardigd is. De strekking van de wet kan evenzeer meebrengen dat aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking in beginsel niet redelijk is. Anders dan het geval zou zijn bij exclusiviteit van de bijzondere regel, maakt de weg van de redelijkheidstoets het mogelijk dat er in bijzondere omstandigheden afgeweken kan worden van het wettelijke uitgangspunt.

(i) Op grond van artikel 7:216 lid 3 BW kan alleen ten aanzien van 'geoorloofde veranderingen en toevoegingen' bekeken worden of er aansprakelijkheid op grond van artikel 6:212 lid 1 BW is ontstaan. Is de verandering of toevoeging niet geoorloofd – heeft de verhuurder (op grond van artikel 7:215 lid 1 BW) of de kantonrechter (op grond van artikel 7:215 lid 3 BW) geen toestemming gegeven – dan is een verrijkingsvordering in principe niet aan de orde. Hoewel het dogmatisch niet helemaal zuiver is – de weg naar artikel 6:212 lid 1 BW lijkt voor niet geoorloofde veranderingen en toevoegingen te zijn geblokkeerd[40] – zou ik willen betogen, dat de omstandigheid dat het niet om een 'geoorloofde' verandering of toevoeging gaat, mee moet wegen bij

37 Zie Wissink 2002, p. 65.
38 Zie: Hijma 2017, p. 783-784.
39 Zie Koolhoven p. 259 e.v.
40 Zie: Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2017/143; J.K. Six-Hummel in: *GS Huurrecht*, artikel 216 Boek 7 BW, aant. 62.

het redelijkheidsvereiste zonder dat dit altijd doorslaggevend hoeft te zijn. Aan een succesvolle verrijkingsactie zou met name gedacht kunnen worden als de verhuurder verplicht zou zijn geweest om de toestemming te geven.[41]

(ii) Is het in het kader van een overeenkomst van aanneming van werk op initiatief van de opdrachtgever tot meerwerk gekomen, dan kan de aannemer op grond van artikel 7:755 BW slechts de prijs verhogen 'wanneer hij de opdrachtgever tijdig heeft gewezen op de noodzaak van een daaruit voortvloeiende prijsverhoging, tenzij de opdrachtgever die noodzaak uit zichzelf had moeten begrijpen'. Van deze regel kan, zo bepaalt het slot van artikel 7:755 BW, niet ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken. Is er sprake van meerwerk zonder dat de opdrachtgever op de noodzaak van hogere kosten is gewezen en zonder dat de opdrachtgever had moeten begrijpen dat er hogere kosten zouden zijn, dan zal dit ook invloed hebben op de redelijkheid van de verrijkingsvordering. Slechts in bijzondere omstandigheden is een verrijkingsvordering toegestaan.[42]

(iii) Een enkele keer blokkeert een bijzondere regel de weg naar artikel 6:212 lid 1 BW. Heeft de pachter bij het einde van de pacht verbeteringen achtergelaten, dan is aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking daarvoor uitgesloten. 'De pachter kan', zo bepaalt artikel 7:350 lid 6 BW, 'geen vordering tot vergoeding voor verbeteringen gronden op artikel 212 van Boek 6.'[43] Of de pachter recht heeft op vergoeding voor verbeteringen moet worden beoordeeld op basis van artikel 7:350 BW. Aan het redelijkheidsvereiste wordt niet toegekomen.

7.6 Opgedrongen bestedingspatroon[44]

7.6.1 Het uitgangspunt

Het is al meer dan eenmaal aan de orde gekomen. Een belangrijke verrijkingsrechtelijke vuistregel is dat aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking niet mag leiden tot een 'besteding' die aan de verrijkte gedaagde tegen zijn wil en buiten zijn toedoen is opgedrongen.[45]

---

41 Vgl. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 31 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4533. In deze zaak werd geoordeeld dat er ondanks het ontbreken van een toestemming een 'geoorloofde' verbetering was omdat de verhuurder niet reageerde op het bericht dat de – uiteindelijk door de huurder vervangen – CV-ketel lekte.

42 Aldus beslissend: Hof Arnhem-Leeuwarden 26 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3347, r.o. 6.4. Het hof doet het echter af op het ongerechtvaardigdheidsvereiste. Zie ook: Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9854, r.o. 4.16.

43 Rb. Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:1366, r.o. 5.18-5.19.

44 Deze paragraaf is deels ontleend aan en bouwt voort op een eerder door mij geschreven artikel: Van der Linden 2013-1, p. 11-20.

45 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/479; Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 317; M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 7; Schrage 2017, nr. 162; PG Boek 6, p. 830.

Vertaald naar de toepassingsvereisten van artikel 6:212 lid 1 BW zal een dergelijke aansprakelijkheid in de meeste gevallen geheel of ten dele afstuiten op het redelijkheidsvereiste.

Wanneer stuit aansprakelijkheid voor een 'opgedrongen verrijking' af op het redelijkheidsvereiste en onder welke omstandigheden kan van de hierboven genoemde vuistregel worden afgeweken? Dit is een vraag die, mede door de veelkleurigheid van de mogelijke casusposities, niet eenvoudig te beantwoorden is. Daarom is het goed in te zien, dat het uitgangspunt dat een verrijking die aan de gedaagde is opgedrongen niet voor schadevergoeding in geld in aanmerking komt, een uitwerking is van een belangrijk vermogensrechtelijk beginsel: het autonomiebeginsel.[46]

In het privaatrecht is niemand zomaar tegen zijn wil gebonden. Een overeenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding daarvan. Degene die onbevoegd vertegenwoordigd wordt is niet zomaar gebonden aan de in zijn naam verrichte rechtshandeling.[47] Een zaakwaarnemer heeft jegens de belanghebbende alleen recht op schadevergoeding, wanneer de laatste zich op basis van een redelijke grond heeft ingelaten met de belangen van de laatste.[48] Evenzo kan de autonomie van de gedaagde in de weg staan aan aansprakelijkheid voor een 'voordeel' dat hem is opgedrongen.

In gevallen waarin de eiser de gedaagde aanspreekt tot het betalen van schadevergoeding in geld voor een voordeel dat de gedaagde in natura ontvangen heeft, is de overkoepelende vraag of de verrijkingsaansprakelijkheid de autonomie van de gedaagde op een onaanvaardbare wijze in zijn autonomie zou aantasten.[49] De vraag is, met andere woorden, of het autonomiebeginsel in het concrete geval zwaarder weegt dan het verrijkingsbeginsel. Is dit het geval, dan moet de aansprakelijkheid in zoverre worden afgewezen. Is dit niet het geval – behoort het gewicht van de autonomie van de gedaagde in de concrete omstandigheden van het geval minder zwaar te wegen of wordt de gedaagde bij nader inzien niet in diens autonomie aangetast – dan staat het feit dat een verrijking in meer of mindere mate aan de gedaagde is opgedrongen, niet aan diens aansprakelijkheid in de weg.

Het uitgangspunt moet dus zijn dat een verplichting tot het betalen van een geldelijke schadevergoeding voor een voordeel in natura dat aan de gedaagde is opgedrongen in beginsel niet redelijk is. Dit is anders als er bijzondere omstandigheden zijn die maken dat de autonomie van de gedaagde niet al te zeer door een verrijkingsaansprakelijkheid zou worden aangetast.

---

46 Zie over het autonomiebeginsel onder andere: Nieuwenhuis 1979, p. 63-65.

47 Ook baattrekking is geen grond voor vertegenwoordiging: Asser/Kortmann 3-III 2017/137.

48 Ratio is dat een te grote bemoeizucht wordt tegengegaan. Zie: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/400.

49 Van der Linden 2013, p. 20.

Illustratief is een arrest dat ging over de plaatsing van nogal kostbare raamkozijnen.[50] De eiser brengt op het huis van de gedaagde gevelkozijnen en ramen aan en vordert op grond van de daaraan ten grondslag liggende aannemingsovereenkomst € 49.991,90. De gedaagde betwist echter dat er sprake was van een daartoe strekkende overeenkomst; hij was nog met meerdere aannemers in gesprek over de opdracht en bovendien had hij een budget tot zijn beschikking van € 16.000. Het hof wijst de vordering voor € 40.505,48 toe op grond van ongerechtvaardigde verrijking. In cassatie wordt geklaagd dat het hof niet voorbij de stelling van de gedaagde mocht gaan, dat de kosten voor de ramen en kozijnen beperkt moest blijven tot € 16.000. Het middel slaagt:[51]

> 'Het hof heeft de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking niet kunnen toewijzen zonder op deze stelling in te gaan. Indien gegrond, kan deze immers meebrengen dat een schadevergoeding boven het bedrag van € 16.000,-- niet redelijk in de zin van […] art. 6:212 BW is.'

De Hoge Raad formuleert het voorzichtig. De verrijkingsaansprakelijkheid 'kan' onredelijk zijn als zij uitstijgt boven het bedrag dat de gedaagde aan de raamkozijnen uit wenste te geven. In mijn optiek behoort dit echter het uitgangspunt te zijn; slechts bijzondere omstandigheden zouden kunnen maken dat dit anders is. Het is niet mogelijk om die omstandigheden uitputtend te beschrijven, wel kan een aantal omstandigheden worden opgesomd waaraan in het bijzonder kan worden gedacht.

7.6.2 Het voordeel is liquide geworden

Is het voordeel dat de gedaagde van de eiser ontvangen heeft inmiddels liquide geworden, dan komt de aansprakelijkheid van de gedaagde niet meer neer op een bestedingspatroon, dat de gedaagde wordt opgedrongen.[52] Heeft de eiser het huis van de gedaagde verbouwd en heeft de gedaagde het huis daardoor voor een hogere prijs kunnen verkopen, dan is de verrijking – de waardevermeerdering van het huis – liquide geworden. Het redelijkheidsvereiste zal in dit soort gevallen – in mijn optiek – in de regel niet aan verrijkingsaansprakelijkheid in de weg behoren te staan. Evenals degene die zonder rechtsgrond een som geld heeft ontvangen verplicht is die som geld terug te betalen,[53] zal het in de regel redelijk zijn dat de gedaagde verplicht is geldelijke schadevergoeding te betalen voor zover een hem toegevallen ongerechtvaardigde verrijking liquide is geworden.

---

50 HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3195, *NJ* 2015/448 (Muradin/Waaijer).

51 R.o. 3.5.3.

52 In het Engelse recht kan het feit dat de verrijking in geld is omgezet – of dat de verrijking in geld kan worden omgezet – in de weg staan aan een beroep op 'subjective devaluation'. Zie: Goff & Jones/Mitchell, Mitchell & Watterson 2016, nr. 4-28-4-33.

53 Vgl. 6:203 lid 2 BW.

Een soortgelijke gedachte is terug te vinden in het arrest *Dupomex/Duijvelaar c.s.*[54] De vraag of de verhuurder aansprakelijk is voor een (niet weggenomen)[55] verbetering die de huurder tijdens de huur heeft aangebracht, is volgens de Hoge Raad mede afhankelijk van de vraag of de verhuurder daadwerkelijk profijt heeft (gehad) van de verbetering. Dit is het geval wanneer de verhuurder door de verbetering in staat is een hogere huurprijs te bedingen of in staat is het pand voor een hogere prijs te verkopen. Daarmee is de mate waarin het voordeel (de verbetering) kan worden omgezet in liquide middelen van invloed op de toewijsbaarheid van de aansprakelijkheid.[56]

Het voorgaande heeft, het is al eerder gezegd, implicaties voor het ontstaansmoment van de verrijkingsvordering. Het kan namelijk zo zijn dat schadevergoeding in geld eerst niet redelijk is (A bouwt per ongeluk een huis op de grond van B, zonder dat B van plan is de grond te verkopen), maar op een later moment wél (B verkoopt de grond en realiseert dankzij A's bouwwerk een meeropbrengst). Het redelijkheidsvereiste heeft, zo bezien, een temporele dimensie: ook in procesrechtelijke zin. Wordt de vordering eerst in rechte afgewezen, dan sluit dit in mijn optiek niet uit dat hetzelfde verrijkingsfeit op een later moment wel toewijsbaar is, namelijk dan als het voordeel – bijvoorbeeld het nagetrokken bestanddeel of de ontvangen dienst – in geld is omgezet.

De omstandigheid dat een verrijking in natura liquide is geworden, is zwaarwegend als het gaat om de vraag of de verrijkingsaansprakelijkheid redelijk is. Toch kunnen de omstandigheden van het geval zo zijn, dat het redelijkheidsvereiste ook aan aansprakelijkheid in de weg staat, wanneer de verrijking liquide is geworden. Dit kan het geval zijn als de eiser de verrijking *willens en wetens* aan de gedaagde heeft opgedrongen. Reviseer ik als garage – ongevraagd – de motor van een auto van een klant, omdat ik wéét dat de laatste zijn auto wil verkopen, dan staat het redelijkheidsvereiste aan verrijkingsaansprakelijkheid in de weg, óók als de verrijking inmiddels liquide geworden is nadat de auto is verkocht. Het redelijkheidsvereiste kan, zoals we dadelijk zullen zien, ook de contractsvrijheid beschermen zonder dat er sprake is van een opgedrongen bestedingspatroon.[57]

Een andere manier om de schadevergoedingsplicht in een geval als dit te minderen of tot nul te reduceren is om een beroep op eigen schuld te honoreren.[58]

---

54 HR 25 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4373, *NJ* 2005/338 (Dupomex/Duijvelaar c.s.), r.o. 3.3.

55 Op grond van 7:216 lid 1 BW heeft de huurder een wegnemings- of wegbreekrecht.

56 Vanzelfsprekend spelen ook andere gezichtspunten een rol zoals datgene wat in de huurovereenkomst overeengekomen is; het kan zijn dat de huurovereenkomst als een rechtvaardigingsgrond voor de verrijking heeft te gelden. Is dit laatste het geval dan ketst de aansprakelijkheid af op grond van het ongerechtvaardigdheidsvereiste omdat de verrijking van de verhuurder dan niet ongerechtvaardigd is.

57 Zie par. 7.7.1 met de aldaar vermelde rechtspraak.

58 Zie par. 5.3.8.

7.6.3 Het voordeel bestaat uit besparing van noodzakelijke kosten

Bespaart de gedaagde dankzij het door hem verkregen voordeel noodzakelijke kosten, dan zal de bescherming van de autonomie van de gedaagde minder gewicht in de schaal leggen.[59] Het noodzakelijke karakter van de bespaarde kosten zal maken dat de verrijkingsaansprakelijkheid minder snel zal leiden tot een bestedingspatroon dat aan de gedaagde is opgedrongen.

Een voor de hand liggend voorbeeld is het geval waarin de eiser – zonder schenkingsbedoeling – de schuld van de gedaagde betaalt bij diens schuldeiser als bedoeld in artikel 6:30 BW. De solvent heeft vaak de mogelijkheid, de bevrijde schuldenaar aan te spreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking.[60] De verrijking is in een dergelijk geval opgedrongen, maar in de meeste gevallen zal de gedaagde niet in zijn autonomie worden aangetast.

Dit kan echter anders zijn. Schoordijk geeft een mooi voorbeeld.[61] De vader van degene die mogelijk schuld heeft aan een ongeluk, betaalt de schade van het slachtoffer. Een verrijkingsactie van de vader op de zoon acht hij – terecht – niet op zijn plaats. Enerzijds omdat onduidelijk is of de zoon wel verrijkt is (zijn schuld is nog niet in rechte vast komen te staan). Anderzijds omdat de zoon een legitieme reden kan hebben om te procederen.

Snijders heeft opgemerkt dat, met name, bedrijven groot belang kunnen hebben bij een zelfgekozen betalingsbeleid. Hij schrijft:[62]

> 'Van de ene schuldeiser kan [de gedaagde] verwachten dat deze niet zal murmureren, bijvoorbeeld omdat die schuldeiser regelmatig zaken met hem doet die tot tegenvorderingen leiden. Van de andere schuldeiser, die een agressieve inningspolitiek pleegt te voeren, kan hij bij gebreke van prompte betaling wellicht ontbinding van de met deze gesloten overeenkomst verwachten of misschien zelfs een faillissementsaanvrage. Ook kunnen verschillen in rente over de betreffende schulden een rol spelen of het feit dat de betaling nodig is om een bepaalde voor de cliënt voordelige voorwaarde in vervulling te doen gaan.'

De gedaagde wiens schulden door de eiser is voldaan, kan daarnaast nog andere belangen hebben om zelf het moment van betaling te kiezen. Een schuldenaar kan soms opschorten, verrekenen, ontbinden of vernietigen waarna de betaling van de schuld een tijdlang kan uitblijven (in geval van opschorting) of waarna de schuld zelfs geheel of ten dele teniet kan gaan (in het geval van verrekening, ontbinding of vernietiging).[63]

---

59 In het Engelse recht kan het feit dat de gedaagde noodzakelijke uitgaven heeft bespaard aan een beroep op *'subjective devaluation'* in de weg staan. Zie: Goff & Jones/Mitchell, Mitchell & Watterson 2016, nr. 4-34 e.v.

60 Asser/Sieburgh 6-I 2016/202; R.M.Ch.M. Koot in: *GS Verbintenissenrecht*, *artikel 30 Boek 6 BW*, aant. 7.

61 Vgl. Schoordijk 1988, p. 39.

62 Snijders 2001, p. 14.

63 Asser/Sieburgh 6-I 2016/200.

Ook als de eiser de schuld van de gedaagde heeft betaald, kan de autonomie van de gedaagde derhalve geheel of ten dele aan verrijkingsaansprakelijkheid in de weg staan. In een geval waarin een bank zonder opdracht daartoe een schuld van een cliënt betaalde, was de Hoge Raad van oordeel dat dit een verrijkingsvordering kan doen ontstaan indien de gedaagde door de onbevoegde betaling verrijkt is. De Hoge Raad wees bovendien op het redelijkheidsvereiste.[64] In dit kader kan het belang van een eigen betalingsbeleid tot zijn recht komen.

Dat de schuld van de gedaagde wordt betaald, is niet de enige manier waarop de gedaagde 'bevrijd' kan zijn van noodzakelijke uitgaven. Een ontvangen dienst kan evenzeer een noodzakelijke kostenbesparing met zich meebrengen. Gedacht kan worden aan het *Oldtimers*-arrest, waarin de Hoge Raad een verrijkingsactie honoreert ter zake van stallingskosten van een tweetal aan de gedaagde toebehorende oldtimers.[65] De Hoge Raad gaat niet in op het redelijkheidsvereiste, maar motiveert wel waarom hij – anders dan het hof – van oordeel is dat de gedaagde verrijkt is. 'Nieskens is verrijkt nu zij zich door te (blijven) profiteren van Car Centers diensten de kosten van stalling elders heeft bespaard.'[66] In een geval als dit, zal het verweer dat de verrijking aan de gedaagde is opgedrongen minder indruk maken, omdat kwetsbare, dure oldtimers nu eenmaal gestald moeten worden. Verdere voorbeelden worden in het volgende hoofdstuk besproken.[67]

7.6.4 Gedaagde heeft op verkregene voortgebouwd

Verwant aan de situaties waarin een voordeel in natura liquide is geworden en de gevallen waarin de gedaagde noodzakelijke kosten bespaard heeft, zijn gevallen waarin de gedaagde als het ware op het verkregene voortbouwt.

Een interessant geval dat in rechtspraak en literatuur aan de orde wordt gesteld, is het volgende.[68] Een geslachtskundige stelt iemand ervan in kennis dat hij erfgenaam is van een nader te noemen erflater en stelt voor om – tegen betaling – nadere gegevens te verstrekken. De erfgenaam gaat niet in op het aanbod, maar gaat zelf op onderzoek uit, waarna hij zelf de benodigde informatie vergaart om een erfenis op te strijken. De verrijking van de gedaagde is niet zozeer de erfenis, maar de dienst – de informatie – die de erfgenaam van genealoog verkregen heeft.

---

64 HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6100, *NJ* 2002/118, m.nt. Jac. Hijma (Standard/ING), r.o. 3.4.1.

65 HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO4936, *NJ* 2011/422, m.nt. Krans (Oldtimers).

66 R.o. 3.5.

67 Zie par. 8.4.3.

68 M.H. Bregstein, 'Ongegronde vermogensvermeerdering', *WPNR* 4043-4046 (1948), p. 240; Schrage 2005, p. 819; Zwalve 1995, p. 162, voetnoot 46. En meer recent: R. Koolhoven, *Niederländisches Bereicherungsrecht*, Göttingen: Universitätsverlag Osnabrück 2011, p. 326-327.

Kan de genealoog de erfgenaam aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking voor de informatie die tot de vondst van de erfenis heeft geleid? Ik neig ernaar deze vraag bevestigend te beantwoorden, indien de erfgenaam van de informatie gebruik maakt en aldus op zoek gaat naar de erfenis. De autonomie van de erfgenaam is niet wezenlijk aangetast. Integendeel, de erfgenaam heeft dankbaar van de informatie gebruik gemaakt.

7.6.5 Gedaagde heeft de ongerechtvaardigde verrijking laten ontstaan

Heeft de gedaagde de verrijking laten ontstaan, door passiviteit of mede door eigen toedoen, dan zal de autonomie van de gedaagde zich in de regel niet tegen verrijkingsaansprakelijkheid verzetten.[69]

Als de gedaagde zelf de hand in de verrijking heeft gehad, dan kan – uiteraard – niet worden gesproken van een bestedingspatroon dat de gedaagde is opgedrongen. Een voorbeeld biedt het *Subway-arrest*.[70] De huurder blijft na het einde van de huurovereenkomst met de onderverhuurder en gedurende de onderhandelingen met de reguliere verhuurder het pand gebruiken zonder ervoor te betalen. De Hoge Raad overweegt dat aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking in een geval als dit 'in beginsel niet onredelijk [is] omdat het gebruik van de bedrijfsruimte welbewust door de gebruiker is voortgezet, en het daaruit resulterende voordeel hem dus niet is opgedrongen'.[71]

Gedacht kan ook worden aan het geval dat speelde in het arrest *Katwijk/Westdijk*.[72] Westdijk onderhandelt met de directeur gemeentewerken van de gemeente Katwijk over de uitbaggering van de Berghaven. De directeur wil met Westdijk zakendoen, maar hij heeft toestemming nodig van het college van B&W. In de verwachting dat dit goed zal komen, vraagt de directeur aan Westdijk om in afwachting op de goedkeuring van het college alvast te beginnen met de werkzaamheden. Op het moment dat het werk bijna gedaan is, gunt het college de opdracht aan een ander. De Hoge Raad wees de verrijkingsactie af; het oud BW kende geen verrijkingsactie en de Hoge Raad was van oordeel dat de aansprakelijkheid van de gemeente niet aansloot bij wél in de wet geregelde gevallen (de *Quint/Te Poel*-formule). Thans zou de verrijkingsactie van Westdijk op de gemeente voor toewijzing in aanmerking komen omdat (1) de directeur van de gemeente erop had aan-

---

69 In de *common law* bestaat de leer van *'Free acceptance'* indien – kort gezegd – de gedaagde de verrijking niet heeft verhinderd terwijl hij dit wel kon en hij bovendien wist dat de eiser geen bevoordelingsbedoeling had. *Free acceptance* speelt zowel een rol bij de vraag of de gedaagde is verrijkt als bij de vraag of de verrijking ongerechtvaardigd is. Zie Goff & Jones 2016, nr. 17-01 e.v.

70 HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782, *NJ* 2013/540, m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (Credit Suisse/Subway).

71 R.o. 3.3.

72 HR 18 april 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC4925, *NJ* 1969/336, m.nt. G.J. Scholten (Katwijk/Westdijk).

gedrongen dat Westdijk alvast met de werkzaamheden zou beginnen en (2) de beslissing van het college lang op zich liet wachten, terwijl het werk van Westdijk almaar vorderde. Bovendien (3) moest het werk linksom of rechtsom gedaan worden. De werkzaamheden werden immers gegund aan een ander. In een dergelijke situatie kan niet worden gezegd dat de aansprakelijkheid de autonomie van de gemeente doorkruist of dat de aansprakelijkheid een bestedingspatroon aan haar zou opdringen.

Soms zal het feit dat de gedaagde de verrijking heeft laten ontstaan, niet tot de conclusie leiden dat hij zich niet met succes op zijn autonomie kan beroepen ter afwering van de verrijkingsaansprakelijkheid. Gedacht kan worden aan een geval waarin de verhuurder aan de huurder toestemming geeft om de huurwoning te verbouwen. De huurder mag niet verbouwen zonder toestemming (tenzij dit zonder schade ongedaan gemaakt kan worden) terwijl de verhuurder de toestemming in veel gevallen moét verlenen op grond van artikel 7:215 lid 2. 'Indien', zo schrijft deze bepaling immers voor, 'het de huur van woonruimte betreft, verleent de verhuurder binnen acht weken de toestemming in ieder geval, indien de voorgenomen veranderingen de verhuurbaarheid van het gehuurde niet schaden, dan wel niet leiden tot een waardedaling van het gehuurde.' De toestemming van de verhuurder staat er niet aan in de weg, dat hij zich in het kader van een eventuele verrijkingsaansprakelijkheid beroept op zijn autonomie.[73]

Evenzeer kan worden gedacht aan verrijkingsfeiten in de familiesfeer. Laat een vrouw haar vriend zijn gang gaan bij het opknappen van haar woning, dan zal dat wellicht enige afbreuk doen aan haar verweer dat haar een verrijking is opgedrongen. Ze is er steeds bij geweest. Tegelijkertijd heeft ze mogelijk nooit rekening gehouden met een mogelijk einde van de affectieve relatie en de daaropvolgende verrijkingsaansprakelijkheid. In dit soort gevallen zal het sterk van de concrete omstandigheden van het geval afhangen, of de aansprakelijkheid redelijk is. Heeft de vrouw de man aangemoedigd om er veel tijd en geld in te steken? Hebben ze er samen toe besloten? Of heeft de man zelf het initiatief steeds stevig in handen gehad?

7.6.6 Invloed andere leerstukken

In deze paragraaf is in algemene zin besproken wanneer de omstandigheid dat het voordeel aan de gedaagde is opgedrongen aan aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking in de weg staat en wanneer niet. Het verrijkingsleerstuk is echter geen eiland. De verrijkingsvordering kan aan de orde komen in de precontractuele fase,[74] bij gevallen die in het verlengde van de zaakwaarneming liggen,[75] bij de afwikkeling van een

73 HR 25 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4373, *NJ* 2005/336 (Dupomex/Duijvelaar c.s.), r.o. 3.5.3.

74 Zie par. 8.4.2.

75 Zie par. 8.4.3.

affectieve relatie,[76] bij de afwikkeling van een contract,[77] enzovoorts. In het volgende hoofdstuk zullen we zien, dat overwegingen afkomstig van aanpalende leerstukken van invloed kunnen zijn op de vraag of de gedaagde aansprakelijk is voor een voordeel dat hem in meer of mindere mate is opgedrongen. Speelt het geval, bijvoorbeeld, in de precontractuele fase dat werkt de norm dat de onderhandelende partijen rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen in het redelijkheidsvereiste door.[78]

7.7 Verdere bescherming autonomie

7.7.1 Bescherming contractsvrijheid

Aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking kan, zoals we zojuist hebben gezien, afstuiten op de omstandigheid dat de gedaagde daarmee een bepaald bestedingspatroon opgedrongen zou krijgen. Zou de gedaagde gedwongen worden om te betalen voor iets waarom hij niet heeft gevraagd, dan is hij duidelijk aangetast in zijn autonomie. Dit kan aansprakelijkheid onredelijk maken. Er is rechtspraak waarin de autonomie van de gedaagde op een verdergaande wijze is beschermd, in die zin dat de verrijkingsaansprakelijkheid afketst zonder dat gezegd kan worden dat de gedaagde een bestedingspatroon opgedrongen zou krijgen als hij aansprakelijk zou zijn. Ik doel op een tweetal uitspraken over de ongevraagde levering van gas en elektriciteit. In die uitspraken krijgt de afwijzing van de verrijkingsvordering, zoals we zullen zien, een zekere rechtspolitieke lading.

Oxxio probeert door middel van een door haar opgenomen telefoongesprek aan te tonen, dat er tussen haar en de gedaagde een overeenkomst tot stand is gekomen die strekt tot de levering van gas en elektriciteit. De rechtbank acht dit niet bewezen: de gedaagde heeft slechts 'ja' gezegd op het ontvangen van de contractuele voorwaarden. De rechtbank ziet voorts geen plaats voor een vordering op grond van onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking omdat dit niet redelijk is.[79] 'Het wel aannemen van een vergoedingsplicht zou immers', zo overweegt de rechtbank, 'de weg openen naar een praktijk waarbij energiemaatschappijen gebruikers tegen hun wil tot klant kunnen maken.'[80] In een ander geval, waarin Oxxio een opzegging niet goed had verwerkt, overweegt de rechtbank Haarlem, dat de gedaagde niet de dupe mag worden van de ondeugdelijke administra-

76 Zie par. 8.4.6.
77 Zie par. 8.5.
78 Zie par. 8.4.2.
79 De rechtbank overweegt dit overigens in een overweging ten overvloede, omdat het ervoor moet worden gehouden dat Essent de stroom heeft geleverd omdat gedaagde niet van maatschappij gewisseld is.
80 Rb. Lelystad 13 juli 2013, ECLI:NL:RBZLY:2010:BV6630, r.o. 8.

tie van Oxxio waarna de rechtbank aansprakelijkheid op grond van het redelijkheidsvereiste afwijst.[81]

Aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking zou in dit soort gevallen slechts in beperkte mate tot een opgedrongen bestedingspatroon leiden. Een stroom- en gasmeter gaat pas lopen indien er daadwerkelijk stroom en gas wordt betrokken. Hoogstens de prijs kan fluctueren. Met dit laatste zou rekening gehouden kunnen worden door de omvang van de verrijkingsaansprakelijkheid te beperken. De stroom- en gasgevallen vertonen grote gelijkenis met gevallen waarin de verrijking liquide/nuttig is zodat aansprakelijkheid voor geleverde stroom of geleverd gas op het eerste gezicht niet onredelijk is in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW. Toch kan de bescherming van de autonomie van de gedaagde een argument opleveren om aansprakelijkheid in het geheel af te wijzen. Eenieder is immers vrij om te kiezen van wie hij zijn of haar stroom betrekt en aan welke maatschappij hij zich verbindt. Dit geldt temeer nu 'groene' en 'grijze' stroom ook politieke keuzes zijn. Wordt de verrijkingsaansprakelijkheid in dit soort gevallen volledig afgewezen, dan kent men een groot gewicht toe aan deze vrijheid.

Er kan voor de afwijzing van verrijkingsaansprakelijkheid bovendien een algemenere rechtspolitieke reden worden gegeven. Het is verdedigbaar om een energiemaatschappij, die een agressieve wervingstactiek hanteert, niet al te zeer te 'beschermen' door hen klakkeloos aanspraak op grond van onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking te gunnen indien de wilsovereenstemming achteraf bezien niet tot stand blijkt te zijn gekomen. Dit zou de desbetreffende bedrijven te laks kunnen maken om hun wervingsbeleid aan te passen. Met het afketsen van de verrijkingsaansprakelijkheid worden niet alleen consumenten beschermd, maar – indirect – óók de concurrenten van de energiemaatschappij die zich wél aan de beginselen van *fair play* houden.

In mijn optiek kan in algemene zin verdedigd worden, dat iemand die willens en wetens een ander een verrijking opdringt geen verrijkingsaanspraak behoort te hebben. Dit soort verrijkingsgevallen zou overigens ook via het leerstuk van de eigen schuld opgelost kunnen worden. Het verweer dat aan het redelijkheidsvereiste wordt ontleend, loopt samen met het verweer gebaseerd op eigen schuld.[82]

7.7.2 Bescherming autonomie schuldenaar

Iets soortgelijks kan spelen wanneer de bank – zonder daartoe strekkende opdracht – een schuld van een rekeninghouder voldoet.

Voldoet iemand zonder schenkingsoogmerk de schuld van een ander, dan kan de eerste de laatste aanspreken op grond van zaakwaarneming of ongerechtvaardigde verrijking. Bij de verrijkingsvordering zal het met name

81 Rb. Haarlem 28 december 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BV0329, *Prg* 2012/51.
82 Zie par. 5.3.8.

draaien om de vraag of de schuldenaar is verrijkt en of de aansprakelijkheid het betalingsbeleid van de schuldenaar niet op een onaanvaardbare wijze doorkruist.[83] Wanneer een bank een schuld van de rekeninghouder voldoet, dan doet zich in zoverre een bijzondere situatie voor, dat banken de spil in het betalingsverkeer zijn. Het is mogelijk om in het kader van het redelijkheidsvereiste óók gewicht toe te kennen aan de bijzondere positie die banken in het betalingsverkeer innemen.

Zo twijfelt Zwalve aan de vanzelfsprekendheid van de verrijkingsactie van de bank wanneer zij – zoals in het geval van Standard/ING[84] – ongevraagd een schuld van een rekeninghouder voldoet. Hij meent dat rekeninghouders beschermd zouden moeten worden tegen al te opdringerig gedrag van banken en werpt de gedachte op, dat banken slechts een verrijkingsaanspraak behoren te hebben, indien zij aanleiding hebben gehad om de schuld van de rekeninghouder te voldoen.[85] Verderop in zijn betoog wijst hij naar een Engelse uitspraak waarin de gedachte naar voren komt, dat de bank niet als een *de facto* 'debt collector' mag functioneren die bepaalt welke schuldeiser van de schuldenaar wanneer voldaan wordt.[86]

Ik ben voor een genuanceerde aanpak. In mijn optiek moet de bank 'gewoon' een verrijkingsvordering kunnen instellen als er sprake is van een toevallige misslag.[87] Waar gehakt wordt vallen spaanders. Of de verrijkingsvordering slaagt hangt er dan vanaf of de rekeninghouder is verrijkt en of dat de autonomie van de rekeninghouder door de betaling zou worden doorkruist.[88] Is er op enig moment echter een bank die structureel schulden van een of meer rekeninghouders pleegt te voldoen, dan zou de redelijkheid zich er inderdaad tegen verzetten dat die bank diens rekeninghouder(s) met succes aanspreekt uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Het feit dat de bank een sleutelpositie inneemt in het betalingsverkeer zal hierbij gewicht in de schaal leggen.

7.7.3 Bescherming autonomie bank

Die centrale positie van de bank heeft ook een andere kant. De omstandigheid dat de bank een sleutelpositie inneemt in het betalingsverkeer, brengt feitelijk met zich mee dat de bank meer dan eens saldi van rekeninghouders zal moeten bevriezen indien hier redenen voor zijn. De vraag zou opgeworpen kunnen worden of de bank verplicht is op grond van ongerechtvaardigde verrijking rente te betalen over bevroren banktegoeden indien dit achteraf onterecht blijkt te zijn.

---

83 Zie par. 7.6.3..

84 HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6100, *NJ* 2002/118, m.nt. Jac. Hijma (Standard/ING).

85 Zwalve 2002, p. 612, nt. 29.

86 Zwalve 2002, p. 618.

87 Vgl. de teneur van het betoog van Snijders dat de verrijkingsactie misslagen in het betalingsverkeer kan herstellen. Snijders 2001.

88 Daarover: par. 7.6.3.

In de zaak *Arman/Rabobank* gaat het om een geval waarin de Rabobank een door Armin verrichte betaling van € 1.066.720 voor een partij palmolie bevroren heeft. Dit is gebeurd in het kader van de verordening 'betreffende beperkende maatregelen ten aanzien van Iran'.[89] Nadat de bevriezing eind 2010 is opgeheven vordert Arman – onder meer op grond van ongerechtvaardigde verrijking – handelsrente over het bevroren bedrag. De Rechtbank Utrecht stelt voorop dat uit artikel 12 van de verordening voortvloeit:[90]

> 'dat de bevriezing van tegoeden die plaatsvindt in het vertrouwen dat die maatregel in overeenstemming met de Verordening is, geen aanleiding mag geven tot enigerlei aansprakelijkheid van (onder meer) de rechtspersoon die die maatregel uitvoert, tenzij het bewijs wordt geleverd dat het tegoed als gevolg van nalatigheid is bevroren.'

Heeft de Rabobank aan dit criterium voldaan, dan is er volgens de rechtbank geen ruimte voor aansprakelijkheid.[91] Vanuit het perspectief van artikel 6:212 zou gezegd kunnen worden, dat verrijkingsaansprakelijkheid in dat geval niet redelijk is (als er al van enigerlei verrijking sprake is). Het kan niet zo zijn dat de bank verplicht is tot rentebetalingen als zij te goeder trouw saldi bevriest.

7.8 Consumentenbescherming

Ook rechtspolitieke argumenten die zijn terug te voeren op privaatrecht dat is gebaseerd op het unierecht, kunnen aan verrijkingsaansprakelijkheid in de weg staan. Met name overwegingen van consumentenbescherming kunnen zwaarder wegen dan het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijkingen moeten worden voorkomen.

Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de problematiek van het abonnement met het 'gratis' toestel. Een dergelijke overeenkomst moet – behoudens tegenbewijs – worden gekwalificeerd als een koop op afbetaling en als een consumentenkrediet.[92] De reden is, dat de abonnementstermijnen in de regel mede zullen strekken tot afbetaling van het telefoontoestel. Het gevolg is dat er flink wat bepalingen van toepassing zijn, die de consument beogen te beschermen. Het zijn bepalingen die de vernietigbaarheid van de overeenkomst met zich mee kunnen brengen. Is de overeenkomst vernietigd, dan moet de consument vanzelfsprekend het toestel als onverschuldigd betaald restitueren en de provider zal op zijn beurt datgene wat voor het toestel is betaald moeten terugbetalen. De vraag is gerezen of

89 Verordening (EG) 423/2007 van de Raad van 19 april 2007 betreffende beperkende maatregelen ten aanzien van Iran.

90 Rb. Utrecht 15 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX5423, *NJF* 2012/434, r.o. 4.3.

91 R.o. 4.4. In die zaak gaat het vervolgens om de vraag of de bank inderdaad aan het criterium heeft voldaan.

92 HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *NJ* 2015/477, m.nt. Jac. Hijma (Lindorff/Statia), r.o. 3.5.2-3.5.3.

de consument daarnaast op grond van ongerechtvaardigde verrijking aansprakelijk kan zijn voor het gebruik van het toestel in de periode die ligt tussen het afsluiten van het abonnement en de vernietiging daarvan.

In een zaak die in een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad is voorgelegd, voldeed KPN niet aan zijn verplichting om de prijs van het goed (de telefoon) te vermelden als bedoeld in artikel 7:61 lid 2 sub e (voor het consumentenkrediet) en artikel 7A:1576 lid 2 BW (voor de koop af afbetaling).[93] Volgens de Hoge Raad is er géén plaats voor een verrijkingsvordering voor het gebruik dat de consument heeft gehad van een door hem ontvangen telefoontoestel:[94]

> 'Het zou in strijd zijn met de effectieve bescherming van de consument die door de art. 7:61 en 7A:1576 BW wordt geboden (zie hiervoor in 3.9 en 3.11), indien hij naast de teruggave van het toestel en het eventueel betalen van de hiervoor in 3.15.1 en 3.15.2 bedoelde (schade)vergoedingen, ook zou moeten betalen voor het genot dat hij van het toestel heeft gehad. Dat zou bovendien afbreuk doen aan het vereiste dat de sanctie op schending van art. 7:61 lid 2 BW doeltreffend en afschrikwekkend moet zijn (zie hiervoor in 3.7.1). Om deze redenen is een vergoeding op grond van art.6:212 BW in strijd met de strekking van deze bepalingen en derhalve onredelijk.'

Op zichzelf bezien levert het gebruik door de consument een ongerechtvaardigde verrijking ten koste van de provider op, nu de rechtvaardigingsgrond voor het gebruik (het telefoonabonnement) door de vernietiging met terugwerkende kracht komt te vervallen. Toch doet deze ongerechtvaardigde verrijking geen schadevergoedingsverbintenis ontstaan. Zou de provider een vergoeding kunnen vorderen voor het gebruik op grond van ongerechtvaardigde verrijking, dan zou de sanctie voor het schenden van de informatieplicht niet afschrikwekkend genoeg zijn en dit zou voorts ten koste gaan van de consumentenbescherming. Deze rechtspolitieke overwegingen maken – in de ogen van de Hoge Raad – dat de redelijkheid in de weg staat aan de verrijkingsaansprakelijkheid van de consument voor het genoten gebruik. De consumentenbescherming staat in die zienswijze op een hoger plan dan het ongedaan maken van de ongerechtvaardigde verrijking van de consument.

Opgemerkt moet worden, dat dit alles-of-niets oordeel allerminst noodzakelijk was om recht te doen aan overwegingen van consumentenbescherming. Hijma heeft er terecht op gewezen dat de redelijkheidstoets de ruimte geeft voor een genuanceerder oordeel in die zin, dat de verrijkingsrechtelijke gebruiksvergoeding via het redelijkheidsvereiste kan worden *beperkt* in plaats van geheel uitgesloten. [95] Op deze wijze zou het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt aan de ene

---

93 Het vermelden van de 'overall prijs' was daartoe niet voldoende.

94 HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *NJ* 2017/282, m.nt. Jac. Hijma (Lindorff/Nazier), r.o. 3.16.

95 Jac. Hijma in annotatie onder: HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, NJ 2017/282, m.nt. Jac. Hijma (Lindorff/Nazier). Zie ook: Hijma 2017, p. 783-784.

kant en overwegingen van consumentenbescherming aan de andere kant, meer in balans gebracht worden dan in het arrest van de Hoge Raad het geval is.

7.9 Derdenbescherming

7.9.1 Algemeen

Ook de omstandigheid dat de gedaagde te goeder trouw was ten tijde van de verrijking kan aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking – onder omstandigheden – *onredelijk* maken.

7.9.2 Derdenbescherming als verweer

Op het eerste gezicht lijkt de goede trouw een potentiële rechtvaardigingsgrond.[96] Verkrijgt de gedaagde, bijvoorbeeld, een roerende zaak onder de marktwaarde van de beschikkingsonbevoegde X terwijl de gedaagde tegen de beschikkingsonbevoegdheid van X wordt beschermd op grond van artikel 3:86 lid 1 BW, dan kan de eiser de zaak niet revindiceren. Artikel 6:212 lid 1 BW sluit hierbij aan: de verrijking van de verkrijger ten koste van de oorspronkelijke rechthebbende is in een dergelijk geval niet ongerechtvaardigd.[97]

Het is echter niet zozeer de bescherming van de goede trouw als zodanig die de verrijking in een dergelijk geval rechtvaardigt, maar de algehele *verkrijging* op grond van artikel 3:84 jo. 3:86 BW. De wet – of het stelsel van de wet – rechtvaardigt de verrijking. Iets soortgelijks geldt als er sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen in de zin van artikel 6:217 jo. 3:33 en 3:35 BW. Mag de gedaagde er gerechtvaardigd op vertrouwen dat een voor hem gunstige overeenkomst tot stand is gekomen, dan legitimeert niet zozeer het gerechtvaardigde vertrouwen de verrijking, maar veeleer de overeenkomst die mede dankzij het gerechtvaardigde vertrouwen tot stand is gekomen.[98]

In een verrijkingsrechtelijke context kan de bescherming van de goede trouw het beste worden gezien als een *verweer* dat de gedaagde in het kader van het redelijkheidsvereiste kan voeren.[99] Het beginsel dat meebrengt dat de gedaagde niet ongerechtvaardigd mag worden verrijkt ten koste van de eiser, legt het af tegen overwegingen van derdenbescherming indien en voor zover de gedaagde met succes een beroep doet op zijn goede trouw.

96 In die zin Koolhoven 2011, p. 212. Zij toont zich daar kritisch over.
97 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/467.
98 Zie daarover: par. 6.5.2.1
99 Vgl. Koolhoven 2011, p. 212. Zij ziet goede trouw als rechtvaardigingsgrond, maar merkt op dat het ook mogelijk is om het als tegenwerping te zien.

In het leerstuk van de onverschuldigde betaling is dit geen ongebruikelijke zienswijze. Ik geef een voorbeeld. De eiser denkt € 1.000 verschuldigd te zijn aan X. X is € 1.000 verschuldigd aan de gedaagde. In een geval als dit kan X aan de eiser vragen om de aan hem verschuldigde € 1.000 direct aan de gedaagde te betalen. Door de betaling van de eiser aan de gedaagde gaat aldus zowel de vordering van X op de eiser als de vordering van de gedaagde op X teniet. Dit wordt wel een afgekorte betaling genoemd. Nu kan het geval zich voordoen dat de eiser achteraf niets verschuldigd blijkt te zijn aan X. Kan de eiser nu de gedaagde uit hoofde van onverschuldigde betaling aanspreken? Op het eerste gezicht zou dit mogelijk moeten zijn. De samengestelde rechtsgrond voor de betaling van de eiser aan de gedaagde bestaat uit de vordering van X op de eiser enerzijds en de vordering van de gedaagde op X anderzijds. Eén schakel blijkt achteraf te ontbreken, zodat de betaling zonder toereikende rechtsgrond is verricht. Toch wordt aangenomen dat de eiser de gedaagde niet op grond van onverschuldigde betaling kan aanspreken, als de gedaagde niet wist of behoorde te weten dat de eiser niets verschuldigd was aan X.[100] De omstandigheid dat de ontvangende gedaagde 'ongerechtvaardigd is verrijkt' ten koste van de betalende eiser legt het dan af tegen overwegingen van derdenbescherming.[101]

Ook in het kader van artikel 6:212 lid 1 BW moet eventuele goede trouw als een verweer gezien worden. Overwegingen van derdenbescherming kunnen meebrengen, dat de gedaagde zijn ongerechtvaardigde verrijking ten koste van de eiser mag houden omdat een schadevergoedingsplicht vanwege de goede trouw van de gedaagde onredelijk zou zijn.

7.9.3 Aard geval bepaalt gewicht beroep op goede trouw

Het argument dat de gedaagde ten tijde van de verrijking te goeder trouw was hoeft echter niet altijd doorslaggevend te zijn.

Dit is evenmin het geval in het kader van een bepaling als artikel 3:86 BW. De goede trouw van de 'verkrijger' wordt niet beschermd als niet aan de overige vereisten van artikel 3:84 lid 1 BW is voldaan. Verder wordt, bijvoorbeeld, de verkrijger van een roerende zaak niet op de voet van artikel 3:86 BW tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder beschermd als hij 'om niet' verkregen heeft. De bescherming is voorts beperkt als de eigenaar diens roerende zaak door diefstal verloren heeft.[102] In het goederenrecht zijn de gevallen waarin de goede trouw van de verkrijger beschermd wordt en wanneer niet in beton gegoten.

---

100 Zie bijvoorbeeld: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/433; Schoordijk 1999, p. 26-27.

101 De eiser zal X moeten aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking en draagt aldus het insolventierisico van X.

102 Zie 3:86 lid 3 BW.

De rol die de goede trouw in het verrijkingsrecht te spelen is minder goed op voorhand vast te stellen. In de eerste plaats speelt de rechtszekerheid een minder grote rol in het verbintenissenrecht dan in het goederenrecht, zodat er meer ruimte is voor de afweging van de belangen in het concrete geval. In de tweede plaats zijn de goederenrechtelijke derdenbeschermingsbepalingen, zoals artikel 3:86 en 3:88 BW, geschreven voor nauw omlijnde gevalstypen, terwijl de algemene verrijkingsvordering een restactie is die principieel op verschillende soorten gevallen van toepassing kan zijn. In het kader van artikel 6:212 lid 1 BW moet het er daarom voor worden gehouden, dat het afhankelijk is van de omstandigheden van het geval is, hoe zwaar het beroep van de gedaagde op diens goede trouw weegt en behoort te wegen.

In mijn optiek zal de gedaagde in ieder geval niet worden beschermd door een 'bloot' beroep op zijn goede trouw. Vergist een tuinier zich in de tuin en plant hij bloemen in het perk van de gedaagde in plaats van de tuin van de opdrachtgever, dan zal de tuinier ongeacht de goede trouw van de gedaagde (die mogelijk door artikel 5:20 lid 1 sub f eigenaar van de planten geworden zal zijn) de beplantingen mogen wegnemen.[103] De goede trouw van de gedaagde komt slechts voor bescherming in aanmerking, indien er bijkomende omstandigheden zijn die aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking onredelijk zouden maken.

7.9.4 Vermindering van verrijking

Die bijkomende omstandigheden zijn in de eerste plaats aanwezig als de verrijking van de gedaagde na de verrijkingsgebeurtenis is verminderd.

De wet voorziet in deze mogelijkheid. Voor zover de verrijking is verminderd wordt deze immers buiten beschouwing gelaten indien de vermindering de gedaagde niet is toe te rekenen (artikel 6:212 lid 2 BW). De vermindering wordt de gedaagde onder andere niet toegerekend indien de vermindering heeft plaatsgevonden in de periode waarin de gedaagde 'redelijkerwijze met een verplichting tot vergoeding van de schade geen rekening behoefde te houden'. Daarbij wordt uitdrukkelijk rekening gehouden met uitgaven die de gedaagde zonder de verrijking niet zou hebben gedaan (artikel 6:212 lid 3 BW). Bouwt de gedaagde te goeder trouw op zijn verrijking voort, dan beoogt artikel 6:212 lid 2 en 3 BW te bewerkstelligen dat de gedaagde niet in een mindere positie komt dan het geval zou zijn vóór de verrijkingsgebeurtenis.

103 Wel zal de tuinier op grond van onrechtmatige daad jegens de gedaagde aansprakelijk zijn voor de schade die hij mogelijk heeft aangericht in de tuin.

7.9.5 Vertrouwen op overeenkomst

Bescherming van de goede trouw van de gedaagde komt ook in beeld als de gedaagde zijn voordeel ontleent aan een voor hem gunstige overeenkomst. Wanneer de gedaagde een dergelijke overeenkomst sluit, dan zal hij immers menen dat hij de behaalde winst mag behouden. Rechtens mag hij dit in beginsel ook verwachten.[104]

De gedaagde zal echter lang niet altijd een beroep op zijn goede trouw nodig hebben. In een tweepartijenverhouding komt deze verwachting reeds tot haar recht in het feit dat de overeenkomst tussen de eiser en de gedaagde de verrijking in de regel zal legitimeren.[105]

Ook in een meerpartijenverhouding heeft de gedaagde niet altijd een beroep op zijn goede trouw nodig. Ontleent de gedaagde zijn voordeel immers aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde eiser, dan komt de verwachting dat hij het voordeel mag behouden mede tot haar recht in het uitgangspunt van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking.[106] In beginsel mag de gedaagde diens overeenkomst met een 'derde' aan de verarmde als rechtvaardigingsgrond tegenwerpen.

Een overeenkomst heeft echter niet altijd verrijkingsrechtelijke derdenwerking.[107] De vraag of de gedaagde zich met vrucht tegen aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking kan verweren vanwege zijn goede trouw, rijst met name als de overeenkomst tussen de gedaagde en een ander dan de verarmde géén verrijkingsrechtelijke derdenwerking heeft en de gedaagde dientengevolge ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de eiser. In mijn optiek zal de goede trouw van iemand die zijn verrijking ontleent aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde een groot gewicht in de schaal kunnen leggen.[108]

Huurt de gedaagde van de oplichter X – zonder medeweten van de eiser – een woning die aan de eiser toebehoort voor een prijs beneden de marktwaarde, dan is de gedaagde – ter zake van het woongenot – ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van de eiser die hierdoor schade geleden kan hebben. De huurovereenkomst tussen de gedaagde en X rechtvaardigt de verrijking van de eerstgenoemde niet jegens de eiser, omdat de woning aan

---

104 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/465. Aldaar wordt over het ongerechtvaardigdheidsvereiste in algemene zin opgemerkt: 'Natuurlijk doet niet elke vermogensverschuiving een verplichting tot teruggave ontstaan. Het gehele maatschappelijke en economische verkeer is gebaseerd op ruil van goederen en diensten, met als gevolg een onafgebroken wisseling van vermogensbestanddelen. Een verplichting tot vergoeding van een vermogensvermeerdering ontstaat pas, indien deze ongerechtvaardigd is, d.w.z. indien voor het behouden daarvan geen redelijke oorzaak, geen rechtvaardigingsgrond aanwezig is.'

105 Zie daarover: par. 6.5.2.1.

106 Zie daarover: par. 6.5.3.4-6.5.3.5.

107 Zie daarover: par. 6.5.3.5 en par. 9.3.

108 Vgl. Gerders 2005, p. 215. De goede trouw speelt in zijn opvatting een rol bij de vraag of de overeenkomst waar de gedaagde zijn verrijking aan ontleent de verrijking rechtvaardigt.

de eiser toebehoort. In een geval als dit behoort de verrijkingsvordering echter grotendeels af te ketsen op het redelijkheidsvereiste indien de gedaagde te goeder trouw heeft aangenomen dat X bevoegd was de woning te verhuren. Hoogstens kan de gedaagde jegens de eiser aansprakelijk zijn voor de nog niet aan X betaalde huurpenningen. De besparing die de gedaagde heeft gerealiseerd omdat hij onder de marktwaarde heeft gehuurd komt niet voor vergoeding in aanmerking. De goede trouw van de gedaagde behoort beschermd te worden, zoals de verkrijger van een goed beschermd kan worden op de voet van artikel 3:86 en 3:88 BW.[109] Verrijkingsaansprakelijkheid komt pas in zicht, indien de gedaagde moest twijfelen aan de bevoegdheid van X om de woning te verhuren.

De vraag kan worden gesteld, of de goede trouw van de gedaagde in een geval waarin hij zijn verrijking dankt aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde, altijd en volledig beschermd moet worden. Die vraag zou ik in zijn algemeenheid ontkennend willen beantwoorden. Bij een zeer onevenwichtige overeenkomst, acht ik het mogelijk, dat het belang van de verarmde om een deel van zijn schade vergoed te krijgen, zwaarder behoort te wegen dan het belang van de verrijkte om zijn voordeel onverkort te behouden.[110] Hierbij moet worden bedacht, dat de goede trouw van de gedaagde ook ten dele kan worden beschermd in die zin, dat hij een deel van zijn voordeel – vanwege zijn goede trouw – mag behouden en een deel moet afstaan aan de verarmde. Zoals de verkrijger die een roerende zaak 'om niet' verkrijgt niet wordt beschermd tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder, zo wordt – als men met mij mee gaat – de gedaagde in een *verrijkingsrechtelijke context* niet noodzakelijk volledig beschermd als de overeenkomst waaraan hij zijn verrijking ontleent zwaar onevenwichtig is. Hierbij moet worden bedacht dat de gedaagde te goeder trouw een beroep toekomt op artikel 6:212 lid 2 en 3 indien zijn verrijking inmiddels is verminderd.

Een en ander kan worden geïllustreerd aan de hand van de afwikkeling van een *Ponzi-scheme*.[111] Een profiterende belegger zou, zo hebben we gezien, als ongerechtvaardigd verrijkt kunnen worden beschouwd ten koste van de verliezende beleggers.[112] De overeenkomst tussen de profiterende belegger

109 Vgl. Van Boom 2002, p. 98. Hij betoogt dat verrijkingsaanspraken die in het verlengde liggen van de revindicatie consistent moeten zijn met overwegingen van derdenbescherming uit het goederenrecht.

110 Vgl. Hartkamp 2001, p. 334. Bij hem kan de onevenwichtigheid bepalend zijn voor de vraag of het gaat om een 'normale' rechtshandeling. Vervolgens bepaalt de normaliteit van de rechtshandeling in de leer-Hartkamp de rechtvaardigende kracht van de overeenkomst.

111 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, *NJ* 2012/495, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ponzi scheme*).

112 De Hoge Raad achtte het middel, gericht tegen het oordeel van het hof, dat de overeenkomst tussen de fraudeur en de belegger het voordeel van de laatste steeds legitimeert, gegrond. Hij overwoog dat een overeenkomst 'niet steeds en zonder meer' een rechtvaardigingsgrond oplevert jegens iemand die buiten die overeenkomst staat. Zie r.o. 3.7.2.

en de fraudeur kan niet jegens gedupeerde beleggers als rechtvaardigingsgrond dienen, voor zover de fraudeur de profiterende belegger heeft betaald met gelden die ter beschikking zijn gesteld door de gedupeerde beleggers.[113] Wist de profiterende belegger hoe de vork in de steel zat of moest de profiterende belegger – door de amateuristische handelswijze van de fraudeur of vanwege het absurde rendement – aan de transactie twijfelen, dan ligt een verrijkingsvordering zonder meer voor toewijzing gereed. Op grond van artikel 3:11 BW kan een 'goede reden tot twijfel' maken dat iemand niet te goeder trouw is.

Maar wat is rechtens als de profiterende *Ponzi scheme*-belegger te goeder trouw was? Van hieruit kunnen twee typen gevallen worden onderscheiden.

In de eerste plaats kan het gaan om beleggingen met een rendement die hoog, maar realistisch zijn. Is dit het geval en is de profiterende belegger te goeder trouw, dan zal het in beginsel onredelijk zijn indien hij met vrucht kan worden aangesproken door gedupeerde beleggers. Aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking ketst dan af op het redelijkheidsvereiste. Hierbij wordt niet alleen de profiterende belegger beschermd, maar ook het rechtsverkeer.[114]

In de tweede plaats kan de gedaagde *Ponzi scheme*-belegger te goeder trouw zijn ondanks het feit dat het rendement buitensporig hoog is. Gedacht kan worden aan een geval waarin de gedaagde tegen 80% per jaar geld uitleent aan de fraudeur, waarbij de gedaagde rechtens afdoende onderzoek heeft gedaan naar de betrouwbaarheid van de fraudeur zonder dat de ware aard van de fraudeur daarbij naar boven is gekomen. In mijn optiek behoort de goede trouw van de gedaagde hier in ieder geval *deels* beschermd te worden, in die zin dat hij in ieder geval een deel van het rendement mag behouden. Ik acht het echter mogelijk dat hij in een kras geval een deel van zijn rendement moet afstaan.

---

113 Zie: 5.5.3.5

114 Zie: HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, *NJ* 2012/495, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ponzi-scheme*), r.o. 3.7.4. De Hoge Raad overweegt dat de curator niet namens alle schuldeisers een verrijkingsvordering kan instellen tegen de profiteur van een *Ponzi scheme* omdat art. 47 Fw gestoeld is op de gedachte dat 'de behoeften van het verkeer meebrengen dat de schuldeiser erop mag vertrouwen' – d.w.z. op de in art. 47 Fw genoemde uitzonderingen na – 'dat de betaling door de schuldenaar onaantastbaar blijft, ook al geraakt de schuldenaar later, misschien zelfs kort na de betaling, in staat van faillissement'. Zie ook: Melvin Tjon Akon, Frederike Ahlers, 'Rendement of restitutie? Clawbacks in rechtsvergelijkend perspectief, *AA* 2012/3, p. 165 *in fine*.

7.10 De *PARITAS CREDITORUM*

7.10.1 Algemeen

Een belangrijk uitgangspunt van het vermogensrecht is dat schuldeisers van de schuldenaar in beginsel een gelijk verhaalsrecht hebben op het vermogen van de schuldenaar (artikel 3:277 BW).[115] Heeft de schuldenaar onvoldoende vermogen om al zijn schuldeisers volledig te voldoen en gaat de schuldenaar failliet dan ziet in beginsel iedere schuldeiser van elke euro die hij aan de insolvente schuldenaar heeft toevertrouwd, evenveel terug. De gelijkheid van schuldeisers – de *paritas creditorum* – moet worden geëerbiedigd. Van dit uitgangspunt kan alleen op grond van de wet worden afgeweken (vgl. artikel 3:277 lid 1 BW). Zo geeft de wet voorrang aan degene wiens vordering verzekerd is met een pand- of hypotheekrecht of als hij aanspraak kan maken op een algemeen of bijzonder voorrecht. Eén van de bezwaren van een algemene verrijkingsactie is, dat de toepassing ervan in een meerpartijenverhouding de *paritas creditorum* kan doorbreken.[116]

Kenmerkend voor de gevallen waarin de verrijkingsactie de *paritas creditorum* kan doorbreken, is dat vermogenswaarde van de eiser (A) is gevloeid in het vermogen van de gedaagde (C) via het vermogen van een derde die inmiddels insolvent is (B), terwijl deze derde – B – op zijn beurt een vordering heeft op C ter zake van hetgeen C van B verkregen heeft.

Gedacht kan worden aan een geval waarin A in opdracht van B het huis verbouwt van C.[117] B moet A betalen; C moet B betalen. Stelt A met succes een verrijkingsactie in tegen C, omdat de laatste ongerechtvaardigd zou zijn verrijkt met datgene wat C verkregen heeft, dan kan dit van invloed zijn op het bestaan en/of de status van de vordering van B op C. Gaat deze vordering (B-C) door de verrijkingsvordering van A op C teniet – of is het voortbestaan van de vordering door het welslagen van de verrijkingsvordering A-C onzeker – dan zijn de schuldeisers van B benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden. Het venijn zit hem er steeds in dat het welslagen van de verrijkingsactie van A op C van invloed kan zijn op het voortbestaan van B's vordering op C hetgeen van nadelige invloed is voor de schuldeisers van B die een verhaalsobject – de vordering van B op C – (deels) verloren zien gaan.

Brandsma en Janssen neigen er naar indirecte verrijkingsaansprakelijkheid mede vanwege dit gevaar af te wijzen.[118] Categorische afwijzing van de figuur van de indirecte verrijking is echter, zoals Wissink en Hartkamp

115 Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/4-6.

116 Brandsma 1994, p. 254 en p. 271; Janssen 2009, p. 159. Relativerend: Gerdes 2005, p. 184-188; Hartkamp 2001, p. 333-334, Wissink 2002, p. 33; Damminga 2014, p. 236 e.v. Voor de Hoge Raad was het één van de redenen om geen algemene verrijkingsactie te aanvaarden, zie: HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, *NJ* 1959/548, m.nt. D.J. Veegens (Quint/Te Poel).

117 Een vergelijkbaar voorbeeld wordt gegeven in Goff & Jones 2016, nr. 3-77.

118 Brandsma 1994, p. 271.

hebben betoogd, te grofmazig:[119] het behoeft niet zo te zijn dat de derde (B) iets te vorderen heeft van de verrijkingsschuldenaar (C) en het hoeft ook niet altijd zo te zijn dat B andere schuldeisers heeft die gezamenlijk méér te vorderen hebben dan A van C.[120] Bovendien is het niet nodig om de indirecte verrijking categorisch af te wijzen. Zou een verrijkingsaanspraak in een concreet geval de *paritas creditorum* doorbreken, dan kan aansprakelijkheid op grond van het redelijkheidsvereiste worden afgewezen.[121] De aansprakelijkheid van C is dan niet redelijk tegenover de schuldeisers van B omdat zij een verhaalsobject (de vordering B-C) teniet zien gaan. Stuit de verrijkingsactie op die grond af, dan weegt de *paritas creditorum* zwaarder dan het verrijkingsbeginsel.

7.10.2 Wanneer doorbreekt een verrijkingsactie de *paritas creditorum*?

Hoewel de mogelijke doorbreking van de *paritas creditorum* als een zwakke stee van de verrijkingsactie wordt gezien, komt het niet vaak voor dat aan het verrijkingsvereiste, het schadevereiste, het ten-koste-van-vereiste en het ongerechtvaardigdheidsvereiste is voldaan, terwijl tegelijkertijd de *paritas creditorum* doorbroken zou worden indien de verrijkingsaansprakelijkheid zou worden aangenomen. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van een bewerking van de casus die tegen grondslag ligt aan het *Quint/Te Poel*-arrest.[122]

Aannemer Quint bouwt, in opdracht van Hubertus te Poel, een winkelpand op een stuk grond, dat aan Heinrich te Poel toebehoort. Aangesproken tot betaling, blijkt Hubertus te Poel niet in staat te zijn de volledige factuur te voldoen. Aannemer Quint spreekt daarop grondeigenaar Heinrich te Poel aan op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Slaagt de verrijkingsactie, dan kan het zo zijn dat de schuldeisers van *Hubertus te Poel* daarmee worden benadeeld. Dit is het geval als Hubertus te Poel zélf ter zake van het winkelpand een vordering op Heinrich te Poel heeft; bijvoorbeeld op grond van een tussen hen gesloten aannemingsovereenkomst (wat in het arrest niet bleek). Wordt Heinrich te Poel met succes aangesproken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, dan kan dit van invloed zijn op het bestaan en/of de status van de vordering van Hubertus te Poel op Heinrich te Poel. Dit zou in het nadeel zijn van de schuldeisers van Hubertus te Poel die een belangrijk vermogensbestanddeel (Hubertus' vordering op Heinrich te Poel) verloren zien gaan. Aannemer Quint onttrekt zich dan als het ware van de concursus creditorum; de verrijkingsactie geeft hem feitelijk bezien een preferentie ten opzichte van de andere schuldeisers van Hubertus te Poel.

---

119 Wissink 2002, p. 31 en p. 33.
120 Wissink 2002, p. 33; Hartkamp 2001, p. 333.
121 Terecht in deze zin: Hartkamp 2001, p. 334.
122 HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, *NJ* 1959/548, m.nt. D.J. Veegens (Quint/Te Poel).

In een geval zoals hierboven geschetst, waarbij Heinrich te Poel heeft gecontracteerd met Hubertus te Poel, bevat artikel 6:212 lid 1 BW, los van het redelijkheidsvereiste, reeds twee horden die niet eenvoudig genomen kunnen worden. In de eerste plaats zal de verrijking van Heinrich te Poel in beginsel niet ongerechtvaardigd zijn omdat hij zijn verrijking ontleent aan de overeenkomst met Hubertus te Poel; die overeenkomst geldt in beginsel als rechtvaardigingsgrond.[123] In de tweede plaats zal, zoals Gerdes in zijn dissertatie terecht heeft opgemerkt, de verrijkingsactie vaak afstuiten op het verrijkingsvereiste: wanneer Heinrich te Poel voor het winkelpand aan Hubertus te Poel moet betalen is hij in zoverre niet verrijkt.[124]

In het geval dat tot uitgangspunt is genomen is het redelijkheidsvereiste niet meer dan een extra veiligheidsklep. Worden het ongerechtvaardigdheidsvereiste en het verrijkingsvereiste (te) ruimhartig geïnterpreteerd (of wordt er niet handig geprocedeerd), dan kan de verrijkingsaansprakelijkheid nog afketsen omdat dit de *paritas creditorum* zou doorkruisen.

De vordering van Hubertus te Poel op Heinrich te Poel hoeft echter niet contractueel van aard te zijn. Het kan heel wel zo zijn, dat Hubertus te Poel slechts een verrijkingsactie op Heinrich te Poel heeft. Hubertus te Poel heeft immers voor eigen rekening een winkelpand op de grond van broer Heinrich laten bouwen, zodat Heinrich te Poel (ook) ten koste van Hubertus te Poel is verrijkt. Deze verrijking is ongerechtvaardigd, als er hiervoor geen rechtvaardigingsgrond kan worden aangewezen. De verrijkingsvordering van Hubertus te Poel op Heinrich te Poel kwalificeert dan als een vermogensbestanddeel waarop de schuldeisers van Hubertus te Poel zich kunnen verhalen. Spreekt aannemer Quint Heinrich te Poel echter met succes aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, dan houdt Heinrich te Poel op verrijkt te zijn zodat Hubertus te Poel geen verrijkingsactie meer geldend kan maken jegens Heinrich te Poel. De schuldeisers van Hubertus te Poel verliezen daarmee een verhaalsobject.

Liggen de kaarten zo, en spreekt aannemer Quint Heinrich te Poel aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, dan staat het ongerechtvaardigdheidsvereiste niet aan het welslagen van de vordering in de weg omdat Heinrich te Poel zijn verrijking niet meer ontleent aan een overeenkomst met Hubertus te Poel. En het argument dat Heinrich te Poel niet verrijkt zou zijn omdat hij aansprakelijk is jegens Hubertus te Poel is niet sterk, omdat de aansprakelijkheid van Heinrich te Poel jegens Hubertus te Poel eveneens op ongerechtvaardigde verrijking is gebaseerd. Heinrich te Poel is direct ten koste van Hubertus te Poel verrijkt en indirect ten koste van Quint.

---

123 Zie: HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928, *NJ* 2007/154 (Koker/Cornelius). Vgl. echter HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, *NJ* 2012/495, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ponzi scheme*). Zie daarover: par. 6.5.3.3-6.5.3.4.

124 Gerdes 2005, p. 187. Dit is alleen anders wanneer Hubertus te Poel rekening moet houden met een verrijkingsactie van aannemer Quint. Gezien de barrière die het ongerechtvaardigdheidsvereiste opwerpt en het uitgangspunt dat diens aansprakelijkheid de paritas creditorum niet mag doorkruisen, zal Heinrich te Poel niet snel met een verrijkingsactie van aannemer Quint rekening hoeven te houden.

In dit geval zal de verrijkingsactie van aannemer Quint op Heinrich te Poel echter geheel of ten dele kunnen afstuiten op het redelijkheidsvereiste. Aannemer Quint heeft door de overeenkomst met Hubertus te Poel diens insolventierisico aanvaard evenals de andere schuldeisers van Hubertus te Poel dat gedaan hebben. Zou Quint over Hubertus te Poel heen kunnen stappen door Heinrich te Poel uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking aan te spreken, dan onttrekt hij zich aan de concursus creditorum door een ander dan zijn directe contractspartij aan te spreken. Dit maakt de verrijkingsaansprakelijkheid van Heinrich te Poel jegens aannemer Quint in beginsel onredelijk jegens de schuldeisers van Hubertus, voor zover deze aansprakelijkheid hen benadeelt in hun verhaalsmogelijkheden.

7.10.3 Uitzonderingen mogelijk

Zou toewijzing van de verrijkingsvordering de *paritas creditorum* doorbreken, dan is dit een sterke indicatie dat de verrijkingsaansprakelijkheid in de omstandigheden van het geval onredelijk is. Toch kan een geval, in mijn optiek, zodanig van karakter zijn, dat de doorbreking van de *paritas creditorum* níet aan aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking in de weg behoort te staan.

Gedacht kan worden aan het volgende voorbeeld.[125] Aannemer X komt overeen dat hij voor € 300.000 een woning bouwt op de grond die aan de gedaagde toebehoort. Partijen spreken daarbij af dat de laatste termijn van € 50.000 verschuldigd zal zijn als het werk voltooid is. X heeft echter bij de bouw van de woning voor een bedrag van € 30.000 gebruik gemaakt van bouwmateriaal dat hij heeft gestolen van de eiser. Na voltooiing van het werk, maar voordat X van de gedaagde betaling ontvangen heeft, raakt X in staat van faillissement. De bestolen eiser zal, geconfronteerd met het faillissement van X, de gedaagde grondeigenaar willen aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking omdat de gestolen bakstenen in zijn woning verwerkt zijn.

De grondeigenaar lijkt op het eerste gezicht niet verrijkt te zijn. Enerzijds omdat hij jegens aannemer X de aanneemsom verschuldigd is. Anderzijds heeft hij mogelijk in het kader van een eerdere termijn reeds voor (een deel van) de bakstenen betaald.

Toch kan die verrijking wel worden aangenomen. De gedaagde grondeigenaar zal in mijn optiek bevoegd zijn om de overeenkomst met de aannemer gedeeltelijk te ontbinden (artikel 6:265 BW): het gebruik van gestolen materiaal zal kwalificeren als een toerekenbare tekortkoming. Dit leidt tot prijsvermindering. Voor zover de gedaagde de bakstenen al heeft betaald via een eerdere betalingstermijn, zal hij het betaalde bedrag op grond van

125 Dit voorbeeld is ontleend aan Damminga 2014, p. 237-238. De hier gegeven uitwerking is anders.

artikel 6:271 BW kunnen terugvorderen. Dit bedrag kan hij zo nodig verrekenen met de nog verschuldigde termijn van € 50.000. Voor zover hij de bakstenen nog niet heeft betaald – en de bakstenen begrepen zijn in de laatste te betalen termijn – dan zal de verschuldigde termijn van € 50.000 worden verminderd met de prijs voor de bakstenen. Via verrekening, bevrijding of een combinatie van beide wordt het bedrag dat de grondeigenaar aan aannemer X verschuldigd dus gereduceerd. Voor deze besparing aan de kant van de gedaagde, die het gevolg is van het feit dat zijn woning met gestolen materiaal is gebouwd, bestaat geen toereikende rechtvaardigingsgrond. De gedaagde grondeigenaar is in een geval als dit dus ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van de bestolen eiser.

Springt de bestolen eiser over de insolvente dief heen en spreekt hij de gedaagde grondeigenaar met succes aan op grond van ongerechtvaardigde verrijking, dan wordt aldus een bate uit de boedel van X onttrokken in die zin dat de grondeigenaar de verschuldigde termijn (€ 50.000) – met een beroep op wanprestatie/ontbinding – zal verminderen met het beloop van de verrijkingsvordering (€ 30.000).

Om verschillende redenen behoort de verrijkingsvordering van de bestolen eiser op de grondeigenaar niet af te ketsen op het redelijkheidsvereiste.

Ten eerste heeft de bestolene – anders dan de andere schuldeisers van de dief – het insolventierisico van de dief nimmer aanvaard.[126]

Ten tweede was de vordering van aannemer X jegens de gedaagde grondeigenaar van meet af aan kwetsbaar voor een beroep op ontbinding van de gedaagde. De aannemer bouwde immers met gestolen materiaal.

Ten derde ligt de verrijkingsvordering in het verlengde van artikel 3:86 lid 3 BW. Zou X het gestolen bouwmateriaal *geleverd* hebben aan de gedaagde grondeigenaar, dan zou de bestolen eiser het bouwmateriaal – zolang het materiaal nog onverwerkt op het terrein van de grondeigenaar ligt – gedurende drie jaar op grond van artikel 3:86 lid 3 BW als zijn eigendom kunnen opeisen. Zou de eiser het gestolen materiaal vervolgens in zijn huis verwerken, dan zou hij een verrijkingsvorering tegen zich moeten laten gelden omdat hij zaken die aan de bestolene toebehoorden heeft verwerkt in zijn huis. De schuldeisers van de dief zouden hierbij het nakijken hebben. Ook in het geval waarin het materiaal door de dief zelf is verwerkt, is er geen reden de schuldeisers van de dief van de diefstal te laten profiteren. In de omstandigheden van het geval is het niet onredelijk als de bestolene de mogelijkheid heeft om met succes de grondeigenaar aan te spreken op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Het verrijkingsbeginsel weegt, in die specifieke omstandigheden, zwaarder dan de *paritas creditorum*.

126 Vgl. Damminga 2014, p. 238.

7.11 Rechtspolitieke argumenten van niet-vermogensrechtelijke aard

Rechtspolitieke argumenten die een potentiële verrijkingsaansprakelijkheid blokkeren hoeven niet noodzakelijk van vermogensrechtelijke aard te zijn. Ook niet-vermogensrechtelijke overwegingen kunnen geheel of ten dele aan aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking in de weg staan.

Een voorbeeld kan worden ontleend aan de casus die aan het arrest *Eiser/Imeko* ten grondslag ligt.[127] Vanwege het aftreden van de enige bestuurder van Imeko wordt de directievoering 'vooralsnog' overgelaten aan de raad van commissarissen waarvan de eiser de voorzitter is. De raad van commissarissen stellen de honoraria van de directiewerkzaamheden vast op € 1.000 per dag en € 200 per incidenteel uur *bovenop de reguliere commissarisvergoedingen* (dit terwijl krachtens de statuten van Imeko de algemene vergadering gaat over de honorering van de commissarissen). Als de eiser na een aantal jaar aftreedt als commissaris ontvangt hij meer dan € 500.000 als bestuurs-/managementvergoeding. Imeko vordert dit bedrag met succes terug uit hoofde van onverschuldigde betaling. Het hof legt daaraan ten grondslag dat slechts de algemene vergadering – ongeacht de aard van de werkzaamheden – de beloning van de commissarissen kan vaststellen en níet – zoals in dit geval is geschied – de raad van commissarissen. Het hof haakt aan bij *Imeko/B&D Beheer*, waarin de Hoge Raad heeft overwogen:[128]

> 'De beloning van bestuurders en commissarissen dient, ongeacht de aard van de door hen verrichte werkzaamheden, in het belang van duidelijke verhoudingen binnen de vennootschap op het punt van de bevoegdhedenverdeling, en om belangenconflicten bij de toekenning van beloningen van bestuurders en commissarissen te voorkomen, te geschieden door de in de wet en de statuten aangewezen organen. Commissarissen kunnen, zoals ook valt af te leiden uit art. 2:151 BW, voor zekere tijd daden van bestuur verrichten, maar zonder een daartoe strekkend benoemingsbesluit van het daartoe bevoegde orgaan […] maken zij geen deel uit van het bestuur. Indien de statuten van een naamloze vennootschap de vaststelling van de bezoldiging van de bestuurders aan de raad van commissarissen overlaten […] maakt dat die raad van commissarissen niet bevoegd om een bezoldiging aan zijn eigen leden toe te kennen ter vergoeding van door die leden verrichte werkzaamheden op bestuursniveau.'

Toch casseert de Hoge Raad. Redengevend hiervoor is dat de eisende commissaris in eerste aanleg had aangevoerd, dat Imeko ongerechtvaardigd zou worden verrijkt ten koste van de eiser als de eiser de managementvergoeding volledig zou moeten terugbetalen op grond van onverschuldigde betaling omdat de managementwerkzaamheden van de eiser de reguliere werkzaamheden als commissaris verre te boven gingen. Deze stelling had het hof

127 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1210, *RvdW* 2018/911.

128 HR 6 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6509, *NJ* 2012/336, m.nt. P. van Schilfgaarde (Imeko/B&D Beheer), r.o. 3.4.

niet besproken, zodat op dat punt opnieuw moet worden beslist. Aangenomen zal echter moeten worden – en daar gaat het hier om – dat vennootschappelijke overwegingen door kunnen werken in het redelijkheidsvereiste. Blijkt – bijvoorbeeld – dat de commissarissen de algemene vergadering onvoldoende heeft geïnformeerd over de omvang van de werkzaamheden, dan kan dit er – mijns inziens – toe leiden dat de eiser slechts een gedeelte krijgt waarmee Imeko ongerechtvaardigd is verrijkt omdat de algemene vergadering dan geen kans gehad heeft om voor die omvangrijkere taken een bestuur aan te stellen. Zou een verrijkingsvordering onverkort slagen, dan zou de regel uit *Imeko/B&D Beheer* worden doorkruist.

Gedacht kan ook worden aan het volgende voorbeeld. Een crimineel bouwt door afpersing een vermogen op. Wanneer hij wordt ingerekend is hij dankzij de – witgewassen – buit mogelijk in staat een 'dure' advocaat in de arm te nemen. Zou een slachtoffer, als hij op de insolventie van de crimineel stuit, de advocaat kunnen aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking? In beginsel is de verrijking van de advocaat niet ongerechtvaardigd omdat hij deze ontleent aan de overeenkomst met diens cliënt. De verrijkingsrechtelijke derdenwerking waaraan de advocaat diens loon ontleent kan echter ontbreken als vast komt te staan, dat diens cliënt hem (hoofdzakelijk) met het geld heeft betaald dat hij uit door afpersing van de gedupeerde eiser verkregen heeft. Dit kan mogelijk een uitzondering op de verrijkingsrechtelijke derdenwerking van overeenkomsten rechtvaardigen. Voorts zal een strafadvocaat al snel enige twijfel in de zin van artikel 3:11 BW moeten hebben over de – uiteindelijke – herkomst van zijn honorarium zodat hij mogelijk niet te goeder trouw is. Onmogelijkheid van onderzoek staat niet in de weg aan een twijfelplicht.

Ontbeert de overeenkomst tussen de cliënt en de strafpleiter inderdaad verrijkingsrechtelijke derdenwerking en is er inderdaad enige reden tot twijfel aan de kant van de advocaat op zijn plaats (de persoon van de gedaagde is immers verdacht) dan kan het nog zo zijn dat aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking afgewezen moet worden. Zouden slachtoffers van verdachten te snel een verrijkingsactie tegen de advocaat van de verdachte kunnen richten, dan wordt het beroep van advocaat te ernstig bemoeilijkt. Dit kan in negatieve zin van invloed zijn op het recht van verdediging die toekomt aan verdachten. Daarom zal een dergelijke verrijkingsaansprakelijkheid van de strafadvocaat om rechtspolitieke niet snel redelijk zijn in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW. In een concreet geval kan dit wellicht anders zijn. Wanneer het schenden van de twijfelplicht als bedoeld in artikel 3:11 BW bijvoorbeeld wordt gecombineerd met een (excessief) hoog tarief (€ 2.000 per uur i.p.v. € 200), dan zou de eiser die afgeperst is en die met de insolventie van de crimineel wordt geconfronteerd, meer kans hebben om met succes een verrijkingsvorering in te stellen. Maar ook in dat geval is het niet zeker.

7.12 Slotsom

Het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijkingen moeten worden tegengegaan heeft niet de alleenheerschappij in het vermogensrecht. Daarom is de gedaagde, die ten koste van de eiser ongerechtvaardigd is verrijkt, alleen schadevergoeding verschuldigd 'voor zover dit redelijk is'. Het beginsel dat niemand ten koste van een ander mag worden verrijkt kan het, ook in het kader van artikel 6:212 lid 1 BW, afleggen tegen andere vermogensrechtelijke overwegingen. Dit past bij de aanvullende functie van de verrijkingsvordering. Toepassing van de verrijkingsvordering op onvoorziene gevallen kan op onvoorziene bezwaren stuiten.

Als die bezwaren aanwezig zijn, dan hoeft dit niet noodzakelijk tot de algehele afwijzing van de verrijkingsvordering te leiden. Enerzijds kan de omvang van de aansprakelijkheid worden verminderd tot een bedrag dat lager is dan respectievelijk de verrijking van de gedaagde en de schade van de eiser. Anderzijds kunnen de bezwaren betrekking hebben op schadevergoeding in geld, terwijl schadevergoeding in natura op de voet van artikel 6:212 lid 1 BW jo. 6:103 BW wél redelijk is. Door de aansprakelijkheid op de juiste maat te snijden, kan de rechter de belangen van de eiser en de gedaagde in balans brengen. De algemene verrijkingsactie is geen alles-of-niets-bepaling.

De argumenten die in het kader van het redelijkheidsvereiste een rol kunnen spelen, kunnen niet a priori worden afgebakend. Aan de ene kant kan het systeem van het vermogensrecht een indicatie zijn dat een bepaalde verrijkingsaansprakelijkheid onredelijk is. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de aansprakelijkheid de autonomie van de gedaagde op een onaanvaardbare wijze zou doorkruisen of als een bepaalde verrijkingsaansprakelijkheid de *paritas creditorum* zou doorbreken. Aan de andere kant kunnen ook rechtspolitieke argumenten en de 'persoonlijke belangen die bij het geval zijn betrokken' gewicht in de schaal leggen. Zo heeft een al te opdringerige energieleverancier, bijvoorbeeld, geen verrijkingsactie voor ongevraagd geleverde energie.

Deel 3

Toepassingen

8 Ongerechtvaardigde verrijking en overeenkomst

8.1 Inleiding

Tot nu toe hadden de beschouwingen een algemeen karakter. Deze zagen op de inbedding van het verrijkingsbeginsel in het systeem van het vermogensrecht,[1] de functie van de verrijkingsactie[2] en de aan deze vordering gestelde toepassingsvoorwaarden.[3] Rode draad is dat artikel 6:212 lid 1 BW het systeem aanvult en dat de aanvullende functie van de verrijkingsvordering van belang is voor de interpretatie van de aan artikel 6:212 lid 1 BW gestelde toepassingsvereisten. In dit verband is betoogd dat afbakening geen doel op zichzelf is en dat de vereisten niet zodanig restrictief moeten worden uitgelegd, dat bepaalde gevalstypen categorisch van het leerstuk worden uitgesloten. Een breed potentieel toepassingsgebied past bij de aanvullende functie van de verrijkingsvordering.

Het beeld zoals dat tot nu toe is geschetst verdient op één punt verfijning. Het systeem van het vermogensrecht is als object van aanvulling wat ongedifferentieerd. Het vermogensrecht manifesteert zich nooit in zijn totaliteit als object van aanvulling. Een verrijkingsactie bevindt zich in de regel in de *slipstream* van een ander leerstuk of rechtsgebied. De verrijkingsregel vult veelal de specifieke regels aan, die *a priori* voor het op te lossen geval relevant lijken te zijn.

Een voorbeeld. Betaalt iemand per onmiskenbare vergissing aan iemand die reeds failliet is en rijst de vraag of de betaler recht heeft op integrale terugbetaling door de curator, dan is dit een vraagstuk dat in het verlengde ligt van het insolventierecht. De vraag of de betaler recht op terugbetaling heeft, moet worden beantwoord tegen de achtergrond van dit rechtsgebied en als de vordering, zoals thans,[4] wordt erkend, dan zal de kritiek hetzij moeten komen vanuit een bepaald begrip van het verrijkingsrecht of vanuit het systeem van het faillissementsrecht.[5] In dit voorbeeld is het voorwerp

---

1 Zie hoofdstuk 2.
2 Zie hoofdstuk 3.
3 Zie hoofdstuk 4-7.
4 Zie bijvoorbeeld: HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, *NJ* 1998/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (Ontvanger/Hamm); HR 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4569, *NJ* 2007/419, m.nt. P. van Schilfgaarde (Van der Werff/BLG). In het laatstgenoemde arrest is de Hoge Raad – tevergeefs – gevraagd van zijn *Ontvanger/Hamm*-arrest terug te komen.
5 De kritiek op *Ontvanger/Hamm* is dan ook steevast vanuit en faillissementsrechtelijk kader. Zie onder meer: Kortmann 2006, p. 156-164; E.F.D. Engelhard & G.E. van Maanen 1998, p. 312.

van aanvulling niet zozeer 'het systeem van het vermogensrecht' maar eerder 'het systeem van het insolventierecht'. Meer in het bijzonder gaat het om de regels inzake de rangorde bij verhaal van *boedel*vorderingen in het geval van een negatieve boedel, een onderwerp dat strikt genomen niet wettelijk geregeld is.[6] Met het concrete geval kan er al een zekere schifting worden gemaakt in de regels en beginselen die mogelijk relevant kunnen zijn voor het te beoordelen geval.

Vanuit een macroperspectief kan gezegd worden, dat de verrijkingsactie het vermogensrecht aanvult. Vanuit een micro-perspectief – vanuit het perspectief van het op te lossen geval – zijn het over het algemeen een of meerdere concrete leerstukken (of rechtsgebieden) die worden aangevuld.[7] In de beeldspraak van Schoordijk, dat het systeem moet worden afgetast,[8] zit dit ook besloten: de jurist zal slechts tasten naar regels die in het verlengde liggen van het op te lossen geval. Om de aanvullende werking van de algemene verrijkingsactie goed te begrijpen, is het daarom nodig om de wisselwerking te bekijken tussen de algemene verrijkingsactie enerzijds en de specifiekere regels van vermogensrecht anderzijds.

In dit hoofdstuk en het volgende wordt onder de loep genomen hoe de ongerechtvaardigde verrijking het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht kan aanvullen. Daarbij wordt in dit hoofdstuk tweepartijenverhoudingen besproken en in het volgende meerpartijenverhoudingen. Vervolgens wordt in hoofdstuk 10 een soortgelijke exercitie ondernomen ten aanzien van de wisselwerking tussen de ongerechtvaardigde verrijking en de onrechtmatige daad. Welke rechtstekorten kan de verrijkingsactie opvullen die deze rechtsgebieden mogelijk nog in stand laten? Onderzocht wordt steeds hoe de verrijkingsvordering deze rechtsgebieden kan aanvullen en, omgekeerd, hoe de regels en beginselen van deze rechtsgebieden doorwerken bij de toepassing van de verrijkingsregel ex artikel 6:212 BW. Daarbij zullen we zien, dat er een spanning kan bestaan tussen de frisse blik van het verrijkingsrecht aan de ene kant en de 'verworvenheden' van het overeenkomstenrecht en het onrechtmatigedaadsrecht aan de andere kant.

De keuze om te bezien hoe de verrijkingsactie het overeenkomstenrecht en het onrechtmatigedaadsrecht kan aanvullen, is om twee redenen gemaakt. Enerzijds zijn de onrechtmatige daad en de overeenkomst de voornaamste bronnen van verbintenissen. Daarmee zijn het 'volwassen' onderwerpen die voldoende contrastmateriaal bieden. Anderzijds kunnen vanuit de gekozen invalshoek relatief veel verrijkingsgevallen worden besproken, zodat de beschouwingen een representatief gedeelte van het vermogensrecht beslaan.

---

6 Kernarrest is: HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, NJ 1991/305, m.nt. P. van Schilfgaarde (De Ranitz/Ontvanger).

7 Zo is ook de ventielfunctie te verklaren: doordat de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking het verbintenissenrecht kan aanvullen hoeven bepaalde regels niet ruimhartig te worden uitgelegd.

8 Schoordijk 1979, p. 453.

8.2 De aanvulling van het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht

Dit eerste hoofdstuk van het bijzondere deel gaat, als gezegd, over de wijze waarop de algemene verrijkingsactie het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht kan aanvullen.

Reeds hier kan al op één *no go-area* worden gewezen. Het verrijkingsleerstuk is geen geheime ingang voor de *iustum pretium*- of *laesio enormis*-leer.[9] De algemene verrijkingsactie kan het overeenkomstenrecht níet aanvullen door een onevenwichtigheid in de overeengekomen prestaties te corrigeren. Degene die een ongunstige overeenkomst heeft gesloten is aangewezen op de *checks and balances* die besloten liggen in de regels van het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht.[10] Gedacht kan worden aan de wilsgebreken aan de ene kant en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden aan de andere kant. Komt een 'onevenwichtige' overeenkomst ongeschonden door de klippen en klemmen van het contractenrecht heen, dan brengt het systeem van het recht mee, dat de daaruit voortvloeiende verrijking niet ongerechtvaardigd is.[11]

De verrijkingsactie kan het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht op tenminste twee andere manieren aanvullen.

In de eerste plaats gaat het om gevallen waarin de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking fungeert als een soort surrogaat voor een overeenkomst die schittert door afwezigheid.[12] De verrijkingsaansprakelijkheid kan ontstaan, wanneer tussen partijen géén overeenkomst tot stand is gekomen, terwijl de ene partij wél ten koste van de andere een voordeel genoten heeft waarvoor normaal gesproken gecontracteerd pleegt te worden. Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn, indien een van de onderhandelende partijen substantieel verrijkt uit de onderhandelingsfase komt zonder dat de overeenkomst uiteindelijk tot stand is gekomen.[13]

---

9 De *iustum-pretium*-leer kent aanhangers, maar behoort niet tot het positieve recht. Zie: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/55; H. den Tonkelaar, in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 213 Boek 6 BW, aant. 64.2 en de op deze vindplaatsen vermelde rechtspraak en literatuur.

10 Zie par. 6.5.2.1-6.5.2.3.

11 Zie voor instructieve voorbeelden: HR 30 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6338, *NJ* 2000/536 (Ermer/ABN AMRO Bank); HR 24 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2778, *NJ* 2004/309, m.nt. P. van Schilfgaarde (Anthea Yachting/ABN AMRO).

12 De karakterisering van een bepaalde verrijkingsaanspraak als 'surrogaat' van een afwezige overeenkomst, haakt – qua terminologie – losjes aan bij de in Engeland verworpen *quasi-contract*-theorie. Op grond van deze theorie werd, bijvoorbeeld, de verplichting om een onverschuldigde betaling terug te betalen gebaseerd op een fictie: een '*implied contract*'. Zie daarover, bijvoorbeeld (steeds in kritische zin): Goff & Jones 2016, nr. 1-06; Goff & Jones 2007, nr. 1-002 e.v.; Birks 1985, p. 4-5. Hier wordt de verrijkingsvordering als 'surrogaat' voor een overeenkomst niet zozeer gebruikt als verklaring voor de aanspraak, maar om het type aanspraak te etiketteren, dit ter onderscheiding van verrijkingsaanspraken die hangende een overeenkomst kunnen ontstaan.

13 Zie par. 8.4.2.

In de tweede plaats kan het gaan om gevallen waarin de algemene verrijkingsactie de beschikbare contractuele remedies aanvult wanneer er juist wél een overeenkomst tot stand gekomen is. Kan een tekortkoming, bijvoorbeeld, niet aan de schuldenaar worden toegerekend – zodat hij in beginsel niet aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade – dan kan hij aansprakelijk zijn uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking voor voordelen die hij zonder de tekortkoming niet genoten zou hebben (artikel 6:78 BW). Naast het geval als bedoeld in artikel 6:78 BW, zijn er meer voorbeelden waarin er tijdens de afwikkeling van een overeenkomst mogelijk verrijkingsaanspraken kunnen ontstaan.

Beide groepen zullen afzonderlijk worden belicht. De rode draad die door beide categorieën loopt, is dat de toewijsbaarheid van de verrijkingsactie mede afhankelijk kan zijn van contractueel gekleurde overwegingen. Een verrijkingsaansprakelijkheid in de eerste genoemde categorie – waarin er géén overeenkomst voorhanden is – mag, bijvoorbeeld, níet het stelsel van aanbod en aanvaarding op een onaanvaardbare wijze doorkruisen.[14] Het autonomiebeginsel, dat aan de contractsvrijheid ten grondslag ligt, verzet zich daartegen. In de tweede categorie kunnen, bijvoorbeeld, overwegingen van consumentenbescherming in de weg staan aan een door de consument te betalen gebruiksvergoeding na een vernietigde of ontbonden overeenkomst. In beide gevallen is er een zekere wisselwerking tussen het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht en het verrijkingsleerstuk.

Tot slot een voorbehoud. De verrijkingsrechtelijke aanvulling van het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht kan niet uitputtend behandeld worden. Enerzijds is dit praktisch onmogelijk; het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht is een uitgestrekt, sterk verkaveld, gebied. Anderzijds is dit theoretisch niet mogelijk; ongerechtvaardigde verrijking bestaat als aanvullende bron van verbintenissen voor een belangrijk deel bij de gratie van het niet voorziene geval. Doel is om uiteen te zetten, hoe de aanvullende functie van de verrijkingsactie zich in het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht manifesteert en kan manifesteren.

8.3 Aanpalende leerstukken

Voordat met de bespreking van de verrijkingsrechtelijke aanvulling van het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht begonnen wordt, moet eerst worden stilgestaan bij een tweetal aan de algemene verrijkingsactie verwante leerstukken. Het is namelijk niet zo, dat er naast de algemene verrijkingsactie in het geheel geen middelen zijn om de hierboven bedoelde problematiek te bestrijden.

14 Zie daarover Van der Linden 2013, p. 14-15.

Het tegendeel is waar. Is er zonder rechtsgrond gepresteerd, dan zal de prestant in beginsel beschikken over een vordering op grond van onverschuldigde betaling.[15] En heeft de eiser de belangen van de gedaagde waargenomen omdat er geen gelegenheid voor een overeenkomst was dan kan hij – als er een redelijke grond voor de behartiging van het belang van de gedaagde was – de eventuele schade vergoed krijgen uit hoofde van zaakwaarneming.[16] De onverschuldigde betaling en de zaakwaarneming ondervangen flink wat gevallen die in het verlengde van het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht liggen. Daarmee is het domein waarin de verrijkingsactie het enige middel is dat een oplossing biedt, beperkt. Om het werkterrein van de verrijkingsactie in kaart te brengen, is het nodig de verhouding van de algemene verrijkingsactie tot respectievelijk de onverschuldigde betaling en de zaakwaarneming kort neer te zetten.

8.3.1 Onverschuldigde betaling

8.3.1.1 Algemeen

In tenminste één opzicht lopen de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking gelijk op.[17] Bij de onverschuldigde betaling gaat het om een betaling *zonder rechtsgrond*; bij de ongerechtvaardigde verrijking kan het gaan het om een verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser door een vermogensverschuiving *zonder toereikende rechtvaardigingsgrond*. Beide rechtsfiguren zijn daarmee geheel (de onverschuldigde betaling) of ten dele (de ongerechtvaardigde verrijking) [18] geënt op de *sine causa*-conceptie van het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt.

De leerstukken lopen uiteen ten aanzien van de nadere vereisten. Bij de ongerechtvaardigde verrijking is vereist dat de gedaagde ten koste van de eiser is *verrijkt* en dat de eiser *schade* heeft geleden. Bij de onverschuldigde betaling staat daarentegen de onverschuldigde *betaling* centraal. Is er door de eiser zonder rechtsgrond *betaald* aan de gedaagde die als ontvanger is aan te merken, dan verdient het voor de eiser veelal de voorkeur om uit hoofde van onverschuldigde betaling te ageren. Spreekt de eiser de gedaagde op grond van onverschuldigde betaling aan, dan hoeft de eiser niet aan te tonen dat hij schade heeft geleden en in beginsel hoeft hij ook niet aan te tonen

---

15 Art. 6:203 BW. Gaat het om een prestatie van andere aard, die naar haar aard niet ongedaan gemaakt kan worden, dan kan onder de in art. 6:210 lid 2 BW gestelde voorwaarden een *waardevergoeding* aan de orde zijn.

16 Art. 6:198 BW.

17 Een ander punt van overeenstemming is het redelijkheidsvereiste uit art. 6:210 lid 2 BW.

18 Gaat het in het kader van art. 6:212 lid 1 BW om een verrijkingsgeval waarin er géén sprake is van een vermogensverschuiving, dan is het enkele ontbreken van een rechtvaardigingsgrond weliswaar een noodzakelijke, maar géén voldoende voorwaarde voor de conclusie dat er sprake is van een ongerechtvaardigde verrijking. Zie: par. 6.4.3 en par. 6.6.

dat de gedaagde door de betaling is verrijkt.[19] Daarom is het een belangrijke vraag wanneer er nu sprake is van een *betaling* in de zin van artikel 6:203 BW.

Deze vraag heeft twee dimensies. In de literatuur is de nadruk komen te liggen op – wat ik hier noem – de *relationele* dimensie van het onverschuldigde betalingsbegrip. Daarbij gaat het om de (soms ingewikkelde en rechtspolitieke) kwestie wie als betaler kan worden aangemerkt en wie als ontvanger.[20] Dit is met name van belang in een meerpartijenverhouding. Voor de materiële dimensie van het onverschuldigde betalingsbegrip – die draait om de vraag *wat* als een onverschuldigde betaling kan worden aangemerkt – is er minder aandacht. Bij de verrijkingsrechtelijke aanvulling van het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht in tweepartijenverhoudingen is met name de materiële dimensie van het betalingsbegrip van belang.

Op het eerste gezicht lijkt de vraag, wanneer een prestatie als een prestatie in de zin van artikel 6:203 BW kwalificeert, niet veel moeilijkheden op te leveren. De wet kent een ruim prestatiebegrip.[21] Het kan gaan om het geven van een goed (artikel 6:203 lid 1 BW), het geven van een som geld (artikel 6:203 lid 2 BW) of het verrichten van een prestatie van een andere aard (artikel 6:203 lid 3 BW).[22] De laatste categorie lijkt een onbegrensd prestatiebegrip te impliceren.

De materiële dimensie van het betalingsbegrip draait echter niet alleen om de vraag wat het *voorwerp* van de betaling kan zijn. Het gaat tevens om de vraag, onder welke omstandigheden een handeling die – in potentie – een 'prestatie' kán zijn, in een concreet geval ook daadwerkelijk kwalificeert als een presteren in de zin van artikel 6:203 BW. Of een handeling kwalificeert als betaling zal afhangen van het antwoord op de vraag of de prestatie 'naar zijn objectieve strekking' als een betaling kan worden gezien.[23] Hierbij speelt de context een bepalende rol.[24] In mijn optiek gaat het erom, of een handeling, de omstandigheden waarin zij is gedaan in aanmerking genomen, naar *verkeersopvattingen* als een betaling gezien kan worden.[25]

---

19 Dit is alleen anders als er sprake is van een betaling die naar haar aard niet ongedaan gemaakt kan worden in de zin van art. 6:210 lid 2 BW. Dan moet de betaler aantonen dat de betaling aan de ontvanger was toe te rekenen, dat de ontvanger een tegenprestatie heeft belooft of dat de gedaagde door de betaling is verrijkt. In die drie gevallen heeft de betaler, voor zover dit redelijk is, een aanspraak op grond van onverschuldigde betaling.

20 Zie daarover bijvoorbeeld: Scheltema 1997, p. 68-130; Damminga 2014, p. 297-313.

21 Zie bijvoorbeeld Scheltema 1997, p. 30-32; Koolhoven 2011, p. 296.

22 De vraag is nog wel gesteld of verrekening, schuldvernieuwing en schuldvermenging een betaling opleveren in de zin van art. 6:203 BW. Impliciet in ontkennende zin: Scheltema 1997, p. 32 onder verwijzing naar Asser/Sieburgh 6-I 2016/225 (destijds bewerkt door Hartkamp). De kern is dat bij onverschuldigdheid er respectievelijk geen verrekening, schuldvernieuwing, schuldvermenging tot stand komt.

23 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/423.

24 Vgl. Hamaker 1970, p. 39 en p. 50. Hamaker noemt met name de 'vermeende verbintenis' als belangrijke omstandigheid, maar er zijn, zoals ik hieronder uiteenzet, méér omstandigheden bepalend.

25 De verkeersopvatting lijkt mij geschikt omdat een van de materiële functies van de verkeersopvatting de kwalificatie van feiten en omstandigheden is. Zie over deze functie in algemene zin Memelink 2009 p. 262.

Een eenvoudig voorbeeld. De één geeft de ander een briefje van tien in handen. In de regel zal er hier sprake zijn van een betaling die al dan niet onverschuldigd is verricht. Het gaat om het geven van een som geld (zie: artikel 6:203 lid 2 BW). Toch kunnen er omstandigheden zijn, die het geval in een ander licht zetten. Dit is het geval indien degene die het tientje heeft overhandigd, neerknielt om met zijn vrijgekomen handen zijn losgeschoten veter te strikken terwijl de ander met het tientje in de hand toekijkt. Hoewel het geven van een som geld voorwerp van betaling is, is er in dit geval van een betaling géén sprake. Voor het geven van een goed (zie: artikel 6:203 lid 1 BW) kunnen voorbeelden van gelijke strekking worden gegeven. Het tientje in het zojuist gegeven voorbeeld hoeft slechts vervangen te worden door een zak patat.

In de regel zal het geven van een goed of het geven van een som geld echter geen moeilijkheden opleveren. Geeft iemand een goed of geeft iemand een som geld, dan zal er in de regel sprake zijn van een betaling. Het is de context die dit anders kan doen zijn. Voor een prestatie die in iets anders bestaat dan het geven van een goed of het geven van een soms geld (zie artikel 6:203 lid 3 BW), is de context waarin de prestatie plaatsvindt gewichtiger. Deze kan maken, dat een handeling, die doorgaans geen betaling is, toch als een betaling moet worden gezien. Wanneer iemand *géén* pizzeria opent in Leiden, dan is dit doorgaans geen betaling, ook niet jegens de pizzeria's die liever niet teveel concurrentie zien. Dit is anders, wanneer iemand ervan afziet een pizzeria te openen op grond van een non-concurrentiebeding. Blijkt het beding nietig, of wordt de nietigheid van het beding ingeroepen, dan kan het niet-openen van een pizzeria als een onverschuldigde betaling kwalificeren jegens de gewezen contractuele wederpartij. De contractuele context maakt, dat in het nalaten een betaling besloten ligt.[26]

8.3.1.2 De scheidslijn tussen ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling

De voorgaande voorbeelden zullen in de regel niet relevant zijn voor de afgrenzing tussen ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling. Er zijn echter gevallen, waarin het sterk van de feitelijke context afhangt, of de eiser een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling heeft of 'slechts' beschikt over een vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Om dit te illustreren, komen drie gevalstypen kort aan de orde, waarin steeds één bepaalde handeling – afhankelijk van de context – nu eens als een betaling kwalificeert in de zin van artikel 6:203 lid 1 BW en dan weer niet. De handeling waarin de kandidaat-betaling besloten ligt, is steeds gearceerd weergegeven.

26 Hamaker 1970, p. 39.

(i) *De eiser heeft het huis van de gedaagde verbouwd.* Van een onverschuldigde betaling is sprake, wanneer de eiser een aannemer is die het huis van de aanbesteder (de gedaagde) heeft verbouwd op grond van een nietige of later vernietigde overeenkomst.[27] Een geval als dit – waarin een nietige of vernietigde overeenkomst afgewikkeld moet worden – behoort tot het typische werkterrein van de onverschuldigde betaling.[28] Een verrijkingsactie is in theorie mogelijk, maar een beroep daarop ligt niet voor de hand, omdat de aannemer dan zal moeten aantonen dat hij schade heeft geleden en dat de gedaagde aanbesteder is verrijkt.

Hetzelfde geldt indien de aannemer het verkeerde huis onder handen heeft genomen of als de aannemer – ten onrechte – dacht ter uitvoering van een met de gedaagde gesloten overeenkomst te verbouwen. Ook in dit geval zal de eiser een vordering op grond van onverschuldigde betaling in kunnen stellen, indien het aan de ontvanger is toe te rekenen dat er jegens hem is gepresteerd, als de gedaagde heeft ingestemd met een tegenprestatie of als de ontvanger is verrijkt. Of de vordering slaagt hangt ervan af of 'dit redelijk is'. Opvallend is, dat in weerwil van het additionele schadevereiste er in de praktijk in dit soort gevallen meer dan eens geageerd wordt op grond van ongerechtvaardigde verrijking in plaats van onverschuldigde betaling.[29]

De situatie verandert als de aannemer (de eiser) het huis van de gedaagde heeft verbouwd ter uitvoering van een overeenkomst met een *ander* dan de huiseigenaar.[30] Heeft de eisende aannemer, vanuit het perspectief van artikel 6:203 BW, betaald aan de eigenaar van het huis of jegens zijn contractuele wederpartij in wiens opdracht hij het huis heeft verbouwd? De vraag bevindt zich op het snijpunt van de materiële en relationele dimensie van het betalingsbegrip. Heersend is de leer, dat de vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling gericht moet zijn op de *ontvanger* van de prestatie.[31]

---

27 Een voorbeeld is: HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0305, *NJ* 1992/787, m.nt. C.J.H. Brunner (Verkerk/Van der Veen q.q.). Als voorbeeld gegeven in: R. Koolhoven in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 6:203 BW, aant. 1.2.

28 In art. 6:210 lid 2, waarin is geregeld wanneer de ontvanger van een prestatie waardevergoeding moet betalen indien de prestatie naar zijn aard niet ongedaan kan worden gemaakt, ziet één categorie – namelijk de gevallen waarin de ontvanger een tegenprestatie heeft beloofd – specifiek op deze situatie. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/448; R. Koolhoven in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 6:210 BW, aant. 6; Scheltema 1997, p. 199.

29 Zie bijvoorbeeld: HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3195, *NJ* 2015/448 (Muradin/Waaijer B.V.); Rb. Middelburg 20 juli 2011, ECLI:NL:RBMID:2011:BT5885, *NJF* 2011/462 (garage gaat de opdracht te buiten); Rb. Haarlem 28 december 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BV0329, Prg. 2012/51 (over energielevering).

30 Zowel aan het Quint/Te Poel-arrest en het Vermobo/Van Rijswijk-arrest lag een casus van een vergelijkbare structuur ten grondslag (zij het dat het daar niet ging om een verbouwing maar om de bouw op andermans grond). Zie: HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, *NJ* 1994/172, m.nt. P. van Schilfgaarde (Vermobo/Van Rijswijk); HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, *NJ* 1959/548, m.nt. D.J. Veegens (Quint/Te Poel).

31 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/435; R. Koolhoven in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:203 BW, aant. 3.1.1.

Maar wie is hier de ontvanger? Is het de contractuele wederpartij van de aannemer in wiens opdracht hij het huis moest verbouwen? Of is het de eigenaar van het huis dat verbouwd is? In mijn optiek heeft de aannemer betaald aan zijn contractuele wederpartij, omdat de prestatie is verricht op grond van een uit die overeenkomst voortvloeiende verbintenis. Tegen de huiseigenaar ontstaat – eventueel – slechts een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking.

We kunnen verder variëren. Maken we van de eiser en de gedaagde een man en een vrouw die een affectieve relatie hebben gehad, dan verandert het geval opnieuw van kleur. Van een betaling van de man aan de vrouw zal er, in mijn optiek, naar verkeersopvatting geen sprake zijn. Enerzijds omdat de man ook zélf baat zal hebben gehad bij de verbouwing. Anderzijds omdat de verbouwing niet in een economische context plaatsvindt. Een aanwijzing voor deze verkeersopvatting is dat in de praktijk over het algemeen uitsluitend geageerd wordt uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking.[32] Wil de man na het einde van de affectieve relatie aanspraak maken op vergoeding, dan is hij aangewezen op de algemene verrijkingsactie. Consequentie is, dat de man moet aantonen, dat hij door de verbouwing *schade* heeft geleden.[33]

(ii) *De gedaagde gebruikt zonder daartoe strekkende overeenkomst een goed van de eiser.* Boeve heeft erop gewezen, dat het voor de eiser gunstig kan zijn om een vordering op grond van onverschuldigde betaling in te stellen.[34] Vereist is dan wél dat er in de omstandigheden van het geval een onverschuldigde betaling besloten ligt.

Gebruikt iemand een zaak onder een later vernietigde huurovereenkomst, dan is er inderdaad sprake van een onverschuldigde betaling.[35] Er zal echter niet altijd van een onverschuldigde betaling sprake zijn wanneer iemand andermans goed of zaak gebruikt. Meert de gedaagde – ongevraagd – zijn duwbakken aan op meerpalen van de eiser,[36] dan is er geen sprake van een onverschuldigde betaling van de eiser aan de gedaagde. De eiser heeft dan immers geen handeling verricht die als betaling kwalificeert. De eiser is dan aangewezen op de onrechtmatige daad of de ongerechtvaardigde verrijking en moet aantonen dat hij schade heeft.[37] Hetzelfde geldt, als het gaat om het gebruik na de vernietiging van een koopovereenkomst. Ook dan zal de eiser – ter zake van het gebruik van de zaak – aangewezen zijn op de verrijkingsvordering.

---

32 Zie bijvoorbeeld: Hof Den Haag 29 mei 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW7033; Hof Den Bosch 12 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW0990, *JPF* 2013/29, m.nt. B.E. Reinhartz.; Assen, 20 juni 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BW9881; Rb. Den Haag 30 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7892; Hof Arnhem-Leeuwarden 20 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7564, *RVR* 2017/4.

33 HR 11 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC1957, *NJ* 1986/622 (Baartman/Huijbers).

34 Boeve 2016, p. 332-333 en de aldaar vermelde rechtspraak.

35 Scheltema 1997, p. 178.

36 Rb. Oost-Brabant 8 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:2854, *NJF* 2016/348.

37 Scheltema 1997, p. 178.

Soms is twijfel op zijn plaats. Wat te denken van het geval dat aan het *Subway*-arrest ten grondslag ligt? Subway had het pand van Credit Suisse tijdens de onderhandelingen al in gebruik omdat zij deze eerder huurde van een onderverhuurder (Easy).[38] Tijdens de maandenlange onderhandelingen bleef Subway het pand gebruiken. Is er hier sprake van een onverschuldigde betaling van Credit Suisse aan Subway? Wellicht zou in het stilzwijgend dulden van de feitelijke situatie een betaling kunnen worden gezien, temeer omdat het geval is gesitueerd in een economische context.[39] Daar staat tegenover dat het loutere 'dulden' tijdens de onderhandelingen een dunne vorm van presteren is.[40] Dit laatste geldt des te meer in een geval waarin de gedaagde een zaak na een mislukte of ontbonden huurovereenkomst nog een tijdje onder zich heeft.[41]

(iii) *De eiser geeft de gedaagde informatie.* Van een betaling is sprake indien de informatie in opdracht van de gedaagde gegeven is. Een advocaat wordt gevraagd een *legal opinion* te schrijven. Wordt de daartoe strekkende overeenkomst vernietigd, dan ligt er in de informatieverschaffing een onverschuldigde betaling besloten. Het hangt van artikel 6:210 lid 2 BW af of er hiervoor een vergoeding verschuldigd is. Krijgt de gedaagde echter tijdens de onderhandelingen *en passant* nuttige informatie in handen, dan zal hierin veelal géén betaling besloten liggen. In het laatste geval kan, als de omstandigheden daarnaar zijn, een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking aan de orde zijn.

8.3.1.3 Evaluatie

Het hangt dus van de omstandigheden van het geval af, of de verrijkingsschuldeiser alleen een actie uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking heeft, of óók een – voor hem veelal gunstigere – aanspraak uit hoofde van onverschuldigde betaling. Het zal ervan afhangen of de eiser (1) een handeling heeft verricht die (2) in het rechtsverkeer als betaling van de eiser aan de gedaagde kan worden beschouwd. Soms ontbreekt de handeling van de eiser (denk aan de meerpalen) soms ontbreekt de economische context (denk aan de affectieve relatie), soms maken de overige omstandigheden dat er van een echte betaling geen sprake is (denk aan de verstrekte informatie tijdens de onderhandelingen). Is er geen onverschuldigde betaling, dan is de schuldeiser aangewezen op de verrijkingsvordering.

38 HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782, *NJ* 2013/540, m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (Credit Suisse/Subway).

39 G.J. Boeve p. 332, zie ook J.L.R.A. Huydecoper in zijn noot onder HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782, *NJ* 2013/540 (Credit Suisse/Subway).

40 Hamaker 1970, p. 50.

41 Zoals in het geval: HR 27 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:996, *NJ* 2017/312, m.nt. Jac. Hijma (Van de Booren/Grenkefinance).

Het zou op het eerste oog voor de hand liggen, om de gevallen die onder het leerstuk van de onverschuldigde betaling gebracht kunnen worden in het vervolg van dit hoofdstuk structureel buiten beschouwing te laten. Hier is niet voor gekozen. In het vervolg zullen af en toe gevallen, die ook op grond van onverschuldigde betaling opgelost kunnen worden, in de beschouwing betrokken worden. Enerzijds loopt de belangenafweging van de ongerechtvaardigde verrijking en de onverschuldigde betaling in bepaalde gevallen voor een belangrijkdeel gelijk op.[42] Voorbeelden die ook met artikel 6:203 BW kunnen worden opgelost, kunnen daarom ook verhelderend zijn voor artikel 6:212 BW. Anderzijds kan het, zoals we hebben gezien, soms twijfelachtig zijn of er nu sprake is van onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking. De leerstukken laten zich niet naadloos afgrenzen. Een advocaat zal er, bijvoorbeeld, in een geval zoals dat aan de orde kwam in *Subway*, er verstandig aan doen voor beide ankers te gaan liggen.

Dat in dit hoofdstuk in het kader van artikel 6:212 lid 1 BW ook casusposities worden behandeld die mogelijk onder het leerstuk van de onverschuldigde betaling vallen, neemt niet weg dat het voor de eiser in de regel voordeliger zal zijn om te ageren op grond van onverschuldigde betaling. De lezer dient hetgeen in deze paragraaf is opgemerkt in het achterhoofd te houden bij de lezing van het vervolg van dit hoofdstuk.

8.3.2 Zaakwaarneming

Een andere bron van verbintenissen die met de algemene verrijkingsactie concurreert is de zaakwaarneming.[43] De eiser laat (op eigen kosten) het slot van de deur van de afwezige – en onbereikbare – gedaagde repareren, nadat deze tijdens een inbraak is geforceerd. De eiser kan zijn schade (de door hem betaalde rekening) op de gedaagde verhalen op grond van zaakwaarneming (artikel 6:198 jo. artikel 200 lid 1 BW). Met de figuur van de zaakwaarneming biedt het recht een remedie als iemand zijn medemens een welkome dienst bewijst, maar er geen gelegenheid is geweest om te contracteren.

Heeft de eiser de keuze tussen zaakwaarneming of ongerechtvaardigde verrijking, dan biedt de zaakwaarneming hem betere vooruitzichten omdat voor de aansprakelijkheid op grond van zaakwaarneming niet is vereist dat de gedaagde door de zaakwaarneming is verrijkt.[44] Het gaat niet om het *resultaat*, maar om de vraag of de eiser het belang op een redelijke grond en

---

42 Heeft de eiser echter onverschuldigd gepresteerd op een andere wijze dan het geven van een goed of een som geld, zonder dat dit aan de gedaagde is toe te rekenen en zonder dat de gedaagde een tegenprestatie heeft beloofd, dan is de gedaagde slechts een waardevergoeding verschuldigd, indien hij door de prestatie is verrijkt en zulks slechts voor zover dit redelijk is. In wezen is hier sprake van een op art. 6:212 lid 1 BW geënte verrijkingsactie zónder schadevereiste. Zie voor dit laatste punt: Wissink 2002, p. 8.

43 Zie Koolhoven 2011, p. 288-294; Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (R.D. Vriesendorp), nr. 327.

44 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/412 *in fine*.

naar behoren heeft behartigd.[45] Verprutst de door de zaakwaarnemer ingeschakelde (erkende) slotenmaker de klus en raakt deze kort daarop insolvent (zodat geen verhaal op hem genomen kan worden), dan doet dit niets af aan de verplichting van de gedaagde om de schade van de eiser te vergoeden. Een verrijkingsaanspraak (artikel 6:212 lid 1 BW) zou echter stranden op het verrijkingsvereiste.[46]

Voor een succesvol beroep op zaakwaarneming moet een aantal horden genomen worden. De eiser moet het *belang van de gedaagde* behartigd hebben en dit moet hij *willens en wetens* hebben gedaan.[47] De belangenbehartiging moet voorts op basis van een *redelijke grond* hebben plaats gevonden. Dit betekent dat de omstandigheden van het geval het ingrijpen moeten rechtvaardigen; daarbij is de vermoedelijke wil van de gedaagde een belangrijke indicator.[48] Veelal gaat het om een urgente situatie waarbij het niet mogelijk is het probleem aan de gedaagde (op tijd) voor te leggen. Ten slotte kan er alleen sprake van zaakwaarneming zijn, indien de zaakwaarnemer zijn bevoegdheid *níet* ontleent aan een daartoe strekkende rechtshandeling of een elders in de wet geregelde rechtsverhouding.

De vereisten die aan de zaakwaarneming zijn gesteld, zijn betrekkelijk streng. Hier is een goede reden voor. Is de belanghebbende uit hoofde van zaakwaarneming aansprakelijk voor de schade van de belanghebbende, dan is dit ongeacht het uiteindelijk resultaat van de inmenging. Dit betekent dat de belanghebbende – vaak buiten zijn toedoen om – óók aansprakelijk kan zijn als hij er door de inmenging van de zaakwaarnemer niet beter van geworden is.[49] Dit laatste is alleen gerechtvaardigd als er een redelijke grond tot inmenging is geweest en als de zaakwaarnemer het belang van de belanghebbende behartigde en ook beoogde te behartigen.

De ongerechtvaardigde verrijking als zelfstandige bron van verbintenissen maakt het onnodig om de eisen die aan de zaakwaarneming zijn gesteld, rekkelijk op te vatten. Zaakwaarneming en ongerechtvaardigde verrijking zijn complementair. Aldus ontstaat het volgende beeld. Is er aan de (strenge) vereisten van de zaakwaarneming voldaan, dan is de gedaagde verplicht de schade van de eiser te vergoeden ongeacht het resultaat van de zaakwaarneming op grond van artikel 6:198 BW. Is er niet aan deze eisen voldaan, dan

45 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/412; R. Koolhoven in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:198 BW, aant. 7.

46 Iets soortgelijks geldt als er opnieuw wordt ingebroken en de sloten opnieuw worden geforceerd. De eiser kan onverminderd met succes ageren op grond van zaakwaarneming. De verrijkingsactie mist doel omdat de verrijking inmiddels is verminderd tot nihil.

47 Behartigt iemand primair zijn eigen belang (hij kapt een boom) en is andermans belang daarmee toevallig eveneens gediend (hij heeft beter uitzicht) dan is er geen sprake van zaakwaarneming. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/394; R. Koolhoven in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:198 BW, aant. 8.2.1. Zij verwijst naar: PG Boek 6, p. 790.

48 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/402; Jansen 2005, p. 29.

49 De gedaagde belanghebbende kan zelfs voor de schade van de zaakwaarnemer aansprakelijk zijn, als de belanghebbende er de facto op achteruit is gegaan.

is de gedaagde alleen aansprakelijk voor zover dit redelijk is en voor zover hij is verrijkt op grond van artikel 6:212 lid 1 BW. De aansprakelijkheid is dan afhankelijk van het bereikte resultaat.[50] De aanvullende werking van de verrijkingsactie fungeert hier dus als ventiel die de 'druk' op de eisen van artikel 6:198 wegneemt. De figuur van de zaakwaarneming hoeft niet onnodig ruimhartig te worden geïnterpreteerd om in een concreet geval tot een aanvaardbaar resultaat te komen. In de nu volgende paragraaf over ongerechtvaardigde verrijking als surrogaat voor de overeenkomst zal een deelparagraaf worden gewijd aan verrijkingsgevallen die in het verlengde van de zaakwaarneming liggen.[51]

8.4 Ongerechtvaardigde verrijking als surrogaat voor een overeenkomst

8.4.1 Algemeen

Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan.[52] Het kan echter voorkomen, dat er rechtens géén overeenkomst tot stand lijkt te zijn gekomen, terwijl de gedaagde wél ten koste van de eiser waarde heeft genoten waarvoor normaal gesproken wordt gecontracteerd. Is het, om wat voor reden dan ook, gewenst om de gedaagde voor het verkregen voordeel aansprakelijk te houden, dan dienen twee oplossingen zich aan.

Het is mogelijk om de eisen die gesteld zijn aan de totstandkoming van een overeenkomst *extensief* uit te leggen.[53] Een voorbeeld van onverschuldigde betaling kan dit goed illustreren. In het geval waarin iemand zonder entreebewijs een bioscoop binnen glipt, kan de openstaande deur als een aanbod worden gezien. Het binnentreden en het plaatsnemen in de zaal kan vervolgens als een aanvaarding gelden, waarmee een overeenkomst tot stand komt tussen de bioscoop en de heimelijke bezoeker. Deze zienswijze heeft ook nadelen. In de eerste plaats berust zowel het aanbod van de bioscoop, als de aanvaarding door de bezoeker op een fictie. De openstaande deur weerspiegelt allerminst de uitnodiging om zomaar binnen te lopen en ook de bioscoopganger zal niet de wil hebben dit 'aanbod' te aanvaarden. In de tweede plaats kan een extensieve interpretatie van het aanbod en de aanvaarding tot ongewenste resultaten leiden. In het bioscoop-voorbeeld is het niet alleen zo dat de indringer moet betalen, maar óók dat er een overeenkomst tot stand komt op basis waarvan ook voor de bioscoop verbintenissen ontstaan.

---

50 Vanuit een praktisch oogpunt zal de verrijkingsactie ook een rol van betekenis spelen als twijfelachtig is of er sprake is van een rechtsgeldige zaakwaarneming.

51 Zie par. 8.4.3.

52 Art. 6:217 BW.

53 Zie: Smits 2006, p. 431. Van Boom 2002, p. 101-102; Schoordijk 1979, p. 454.

De andere mogelijkheid is het onderwerp van dit hoofdstuk. Daar waar er geen overeenkomst tot stand gekomen is tussen de verarmde eiser en de verrijkte gedaagde, kan het verrijkingsrecht inspringen. De ongenode bioscoopganger kan worden voorgehouden dat hij aansprakelijk is uit hoofde van onverschuldigde betaling. En degene die ongevraagd aanmeert op andermans meerpalen, kan door de eigenaar van de meerpalen worden aangesproken op grond van ongerechtvaardigde verrijking.[54] Het bestaan van het verrijkingsrechtelijke vangnet maakt het mogelijk, om tot aanvaardbare uitkomsten te komen zonder dat de regels van het overeenkomstenrecht op een extensieve wijze hoeven te worden geïnterpreteerd. De verrijkingsactie heeft dan niet alleen een aanvullende functie, maar ook een ventielfunctie die voorkomt dat het overeenkomstenrecht onnodig onzuiver hoeft te worden uitgelegd. De verrijkingsaansprakelijkheid komt als het ware voor de contractuele aansprakelijkheid in de plaats. Wel zal het in de regel zo zijn, dat de verrijkingsaanspraak – door het verrijkings- en schadevereiste – een beperktere omvang zal hebben.

In deze paragraaf gaat het over gevallen waarin aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking als het ware de plaats inneemt van een afwezige overeenkomst. Het gaat in deze paragraaf om een toepassing van de verrijkingsvordering die eerder is aangestipt door Hijma. De verrijkingsactie kan, zo schrijft hij in zijn noot onder het *Setz/Brunings*-arrest, 'een vermogensverschuiving [...] afdwingen in een situatie waarin een dergelijke verschuiving ofwel is overeengekomen zonder dat dit kan worden bewezen, ofwel redelijkerwijze had behoren te worden overeengekomen'.[55] De bioscoopganger *behoorde* een kaartje te kopen. Degene die andermans meerpalen in gebruik neemt *behoort* met de eigenaar in contact te treden. Wij zullen meer voorbeelden tegenkomen. De vraag, die in de onderstaande beschouwingen centraal staat, is onder welke omstandigheden de ongerechtvaardigde verrijking kan fungeren als surrogaat van een overeenkomst die schittert door afwezigheid.

8.4.2 Onderhandelingsfase

8.4.2.1 Algemeen

Het eerste hier te bespreken gebied waar verrijkingsaansprakelijkheden zich kunnen voordoen is de precontractuele fase. Het gaat dan om situaties waarin de onderhandelingen níet tot een overeenkomst hebben geleid. Dan kan immers de vraag rijzen of één van de partijen (veelal zal het gaan om degene die afgebroken heeft, maar dit hoeft niet) ongerechtvaardigd verrijkt uit de onderhandelingsfase gekomen is, en zo ja, of een verrijkingsaansprakelijkheid redelijk is.

---

54 Zie anders: Rb. Oost-Brabant 8 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:2854, *NJF* 2016/34.

55 Zie Hijma, sub 7 in zijn noot onder: HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7249, *NJ* 1997/719 (Setz/Brunings).

Op het eerste gezicht kan het lijken dat er op dit punt géén behoefte is aan de verrijkingsvordering. Sinds het arrest *Plas/Valburg* heeft het leerstuk van de precontractuele fase immers een prominente plaats.[56] Krachtens deze leer moeten partijen die met elkaar onderhandelen, zich gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid.[57] Dit brengt met zich dat ze niet slechts hun eigen belang op het oog mogen hebben, maar dat zij ook rekening moeten houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.[58] Van hieruit kunnen zich drie situaties voordoen.[59] Het uitgangspunt is dat de partijen die met elkaar in onderhandeling getreden zijn, zich zonder meer uit de onderhandelingen terug mogen trekken zonder de wederpartij iets verschuldigd te zijn.[60] De contractsvrijheid brengt niet alleen mee, dat het iemand vrijstaat een overeenkomst te sluiten, maar óók om géén overeenkomst te sluiten. Er zijn echter omstandigheden denkbaar waarin het een partij weliswaar vrij staat zich terug te trekken, maar niet zonder de kosten van de wederpartij geheel of gedeeltelijk te vergoeden. Ten slotte kunnen de onderhandelingen – in uitzonderlijke gevallen – zo ver gevorderd zijn, dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is de onderhandelingen af te breken. Dit kán het geval zijn als er bij één van de partijen gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen is, of als het om een andere reden onaanvaardbaar is de onderhandelingen af te breken.[61] Breekt iemand op dat moment toch af, dan kan hij gehouden zijn tot de vergoeding van het positieve contractbelang.

In de rechtspraak is aldus theoretisch een sluitend net ontwikkeld voor alle mogelijke precontractuele aansprakelijkheden. Daarmee is echter niet gezegd, dat het een makkelijk toepasbaar leerstuk is. Er is dan wel een uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende precontractuele grondnorm[62] op grond waarvan partijen rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen, maar die norm is betrekkelijk vaag. Het is niet eenvoudig om daaruit af te leiden onder elke omstandigheden welke situatie

56 HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405, *NJ* 1983/723, m.nt. C.J.H. Brunner (Plas/Valburg); Tjittes 2016, p. 237-268.

57 Deze plicht gaat terug op het dwalingsarrest Baris/Riezenkamp, zie: HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, *NJ* 1958/67, m.nt. L.E.H. Rutten (Baris/Riezenkamp). Zie daarover onder meer: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/191; Ruygvoorn 2009, p. 51-52.

58 Zie daarover: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/191.

59 Er wordt ook wel gesproken van de stadia of 'fasen' van de precontractuele fase, zie bijvoorbeeld: Rechtshandeling en Overeenkomst (Valk), 2016/80. Ruygvoorn geeft er de voorkeur aan om van situaties te spreken, omdat de stadia zich niet noodzakelijkerwijs in de tijd opvolgen. Zie Ruygvoorn 2009, p. 55-57. Ik denk dat de term 'situatie' inderdaad neutraler is, zodat ik die term ook hanteer.

60 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/193. Zie expliciet, HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, *NJ* 2005/467 (CBB/JPO), r.o. 3.6.

61 HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, *NJ* 2005/467 (CBB/JPO), r.o. 3.6.

62 De term 'grondnorm' is treffend en ontleen ik aan Tjittes 2016, p. 237.

zich precies voordoet.[63] Voorts is in debat wat de precieze grondslag van het leerstuk van de precontractuele aansprakelijkheid is. Gaat het om de toepassing van de reguliere bronnen van verbintenissen (onrechtmatige daad, zaakwaarneming, onverschuldigde betaling, ongerechtvaardigde verrijking), gaat het om de redelijkheid en billijkheid als zelfstandige bron van verbintenissen of gaat het om een aansprakelijkheid die past in het stelsel van de wet of aansluit bij de wél in de wet geregelde gevallen?[64] Vanwege de vaagheid van de grondnorm (de redelijkheid en billijkheid) en de onduidelijkheden omtrent de precieze bronnen van de precontractuele aansprakelijkheid is het, zoals Ruygvoorn terecht opmerkt, goed aansluiting te zoeken bij de reguliere bronnen van verbintenissen.[65] Eén van die bronnen is de ongerechtvaardigde verrijking.[66]

8.4.2.2 De aanvullende functie in de precontractuele fase

De aanvullende functie die artikel 6:212 BW kan vervullen, is in de precontractuele fase anders van karakter dan elders in dit boek. In de regel vult de verrijkingsactie het vermogensrecht aan, door een grondslag voor aansprakelijkheid te bieden die niet – of alleen met veel kunst- en vliegwerk – aan het overige vermogensrecht te ontlenen is. De verrijkingsactie is dan een opening in het door artikel 6:1 BW deels afgesloten verbintenissenrecht. In die zin heeft de verrijkingsactie in de precontractuele fase géén aanvullende rol te vervullen.[67] Hoewel niet duidelijk is wát de precieze grondslagen zijn van de verschillende precontractuele aansprakelijkheden, is het niet betwist dát deze aansprakelijkheden in het verbintenissenrecht passen. Artikel 6:212 BW hoeft op dit punt geen leemte op te vullen. De verrijkingsactie vult het leerstuk echter op een andere manier aan. Voor bepaalde gevallen die zich in de precontractuele fase kunnen voordoen, heeft de verrijkingsregel ex artikel 6:212 BW méér normerende kracht, dan de algemene grondnorm van de precontractuele fase, die voorschrijft dat partijen zich in het kader van de

63 De doctrine van de derde fase moet volgens Smeehuijzen en Van Oosten zelfs in de ban worden gedaan, omdat de leer te veel rechtsonzekerheid oplevert terwijl de billijkheidsopbrengst gering is. Zie: Smeehuijzen & Oosten, 'Plas/Valburg: veel rechtsonzekerheid en ondermaats resultaat in de feitenrechtspraak', *AA* 2015/1, p. 72-77.

64 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/201-202; Y.G. Blei Weissmann in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:217 BW, aant. 1.33-1.39.2; De Kluiver 1992, p. 245-289; Ruygvoorn 2009, p. 279.

65 Zie Ruygvoorn 2009, p. 134 e.v. en p. 290 e.v.

66 Zie bijvoorbeeld: Pannebakker 2016, par. 3.6.

67 Blei Weissmann merkt terecht op dat de ongerechtvaardigde verrijking niet een 'algemene' grondslag van precontractuele aansprakelijkheid is. Zie Y.G. Blei Weissmann in *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:217 BW, aant. 1.33.

redelijkheid en billijkheid de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij moeten aantrekken. De verrijkingsregel is concreter.[68]

Het zal duidelijk zijn dat slechts een klein deel van de problematiek van de precontractuele fase door artikel 6:212 lid 1 BW kan worden bestreken.[69] Een plicht tot het hervatten van de onderhandelingen zal, in de regel, niet op de verrijkingsregel gebaseerd kunnen worden.[70] Hoogstens kan een in de lucht hangende verrijkingsaanspraak reden zijn de onderhandeling nog een kans te geven. Het leerstuk biedt evenmin grondslag voor de vergoeding van het positieve contractbelang gelet op het schadevereiste en het verrijkingsvereiste.[71] Verder is de verrijkingsactie ook een botte bijl als het gaat om kosten die een der contractspartijen heeft gemaakt die niet ten gunste van de wederpartij zijn gekomen.[72] De verrijking ontbreekt dan. Maar is een van de onderhandelende partijen verrijkt ten koste van zijn wederpartij,[73] zonder dat het tot een overeenkomst is gekomen, dan komt artikel 6:212 lid 1 BW zonder meer voor toepassing in aanmerking.

Het ongerechtvaardigdheidsvereiste en het redelijkheidsvereiste verdienen daarbij speciale behandeling.

8.4.2.3 Ongerechtvaardigdheid

Wanneer is een voordeel, verkregen tijdens de onderhandelingsfase, ongerechtvaardigd?

Ten aanzien van het ongerechtvaardigdheidsvereiste kan een betrekkelijk concreet criterium worden gegeven als er sprake is van een *vermogensverschuiving*. Van een ongerechtvaardigde verrijking is sprake indien een toereikende rechtvaardigingsgrond ontbreekt. Hoe moet dit vereiste in de onderhandelingsfase worden ingevuld?

Ruygvoorn heeft als vuistregel gegeven, dat acquisitiekosten die naar verkeersopvatting gebruikelijk zijn voor eigen rekening komen.[74] Van hieruit betoogt hij dat verrijkingen die voortvloeien uit reguliere acquisitieacti-

---

68 Nieuwenhuis betoogt dat het verrijkings*beginsel* de precontractuele goede trouw inkleurt. Op de 'actie', zoals die thans in art. 6:212 BW is neergelegd, moet volgens hem geen nodeloos beroep worden gedaan. Zie: Nieuwenhuis 1988, p. 112-115. In mijn optiek loopt de verrijkingsaansprakelijkheid ex 6:212 samen met de algemene precontractuele aansprakelijkheid. Het is, krachtens de normale regelen van samenloop, aan de eiser hoe hij zijn vordering inkleedt.

69 Pannebakker 2016, par. 3.6.

70 In deze zin ook: Y.G. Blei Weissmann in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:217 BW, aant. 1.101.2.1. Helemaal uitgesloten is het echter niet. Het is mogelijk, dat de rechter bij wijze van schadevergoeding in natura de verrijkte een plicht op legt om door te onderhandelen.

71 Vgl. Y.G. Blei Weissmann in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:217 BW, aant. 1.101.2.2-1.101.2.3.

72 Y.G. Blei Weissmann in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:217 BW, aant. 1.101.2.4.

73 De verrijking moet dan – uiteraard – wel goed onderbouwd zijn. Zie voor een geval waar dit niet lukte: Rb. Utrecht 12 september 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX8478, *NJF* 2012/473.

74 Ruygvoorn 2009, p. 115-116.

viteiten van de eiser in beginsel niet ongerechtvaardigd of onverschuldigd zijn.[75]

Naar het resultaat genomen ben ik dit met hem eens. Krijgt de gedaagde door de acquisitieactiviteiten van de wederpartij een voordeel, dan zal er in de regel een rechtvaardigingsgrond voor de daaruit voortvloeiende vermogensverschuiving kunnen worden aangewezen. Ik geef een eenvoudig voorbeeld om dit te adstrueren. Degene die bij de kaasboer of de wijnhandelaar een brok kaas of een slok wijn te proeven krijgt, zal in beginsel niet voor de geproefde kaas en wijn uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking schadevergoeding hoeven te betalen als hij de wijn of de kaas niet wenst te kopen. Het zal gaan om een rechtshandeling die dicht tegen de schenking aanligt, waarbij de aanbieder de potentiële klant niet zozeer wenst te verrijken,[76] maar hem een proefmonster om niet verschaft om hem tot contracteren te overreden. De verrijking van het verschaffen van een proefmonster is, anders dan bij de schenking, een ingecalculeerd *neveneffect*. Maar net zoals bij een schenking het geval is, is de verrijking van degene die een proefmonster om niet accepteert, niet ongerechtvaardigd omdat de verrijking berust op een rechtshandeling.[77]

Begint een aannemer echter alvast met bouwen, voordat de aanneemovereenkomst met de grondeigenaar 'definitief' is in het vertrouwen dat de overeenkomst definitief zal worden, dan zal niet aangenomen mogen worden dat er een rechtvaardiging voor de verrijking van de grondeigenaar is.[78] Of de verrijkingsvordering slaagt hangt dan af van de redelijkheidstoets.

In de precontractuele fase kan een verrijking ook op een andere manier intreden dan een vermogensverschuiving. In dit verband kan gedacht worden aan de situatie waarin een afbrekende partij kostbare informatie of know how heeft verkregen van diens wederpartij. Er gaan dan geen vermogensbestanddelen van het ene naar het andere vermogen. Als het, zoals hier, om een verrijking gaat die niet het gevolg is van een vermogensverschuiving tussen de eiser en de gedaagde, dan is het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond voor die verrijking niet een voldoende voorwaarde voor de ongerechtvaardigdheid van die verrijking. Een verrijking die niet het gevolg is van een vermogensverschuiving, is alleen ongerechtvaardigd als in de omstandigheden van het geval een positieve reden van ongerechtvaardigdheid kan worden aangewezen.[79]

---

75 Ruygvoorn 2009, p. 142-144 en p. 295-299.

76 Zoals art. 7:175 BW de schenking definieert.

77 Ook in andere – ingewikkeldere – gevallen kan een verrijking die tijdens de onderhandeling is opgekomen op een rechtshandeling berusten. Zie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3352 (waarborgsom); Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 juni 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:5400.

78 Vrij naar: HR 18 april 1969, *NJ* 1969/336, m.nt. G.J. Scholten (Katwijk/Westdijk). Hier strandde, onder het stramien van het oude BW, de verrijkingsaansprakelijkheid.

79 Zie: par. 6.4.3 en par. 6.6.

Bij de verkrijging van informatie zijn die aanknopingspunten wel te vinden. Hoewel niet-openbare informatie geen vermogensrecht is, behoort het de 'bezitter' ervan wel toe, in die zin dat het ontfutselen ervan een onrechtmatige daad kan opleveren.[80] Krijgt een onderhandelingspartij tijdens de onderhandelingen know how van diens wederpartij in handen en bouwt deze daarop voort, dan kan er wel degelijk een ongerechtvaardigde verrijking voorliggen.[81] Het verkrijgen van waardevolle informatie heeft veel van een vermogensverschuiving weg, zodat de vraag of de gedaagde ongerechtvaardigd is verrijkt, met de *sine causa*-conceptie opgelost kan worden. De bijzondere omstandigheden liggen er dan in, dat de 'overgang' van know how op relevante punten op een vermogensverschuiving lijkt.

Ook voor informatie geldt echter, dat in het kader van de onderhandelingen bepaalde informatie zal moeten worden prijsgegeven. Voor zover het om normale kosten van acquisitie gaat, zal er geen ongerechtvaardigde verrijking voorliggen.

Bepaalde aan de afbrekende partij verschafte inlichtingen kunnen de normale acquisitiekosten echter (ver) te boven gaan. Nieuwenhuis noemt het voorbeeld, waarin een projectontwikkelaar onderhandelt met de gemeente over de ontwikkeling van een industrieterrein.[82] Wanneer de gemeente aan de projectontwikkelaar vraagt om in het kader van de onderhandelingen een kostbaar bodemonderzoek te doen, dan kan de gemeente aansprakelijk zijn wanneer de gemeente de onderhandelingen afbreekt en het industrieterrein door een derde laat ontwikkeling met gebruikmaking van de gewonnen informatie. Ruygvoorn geeft een vergelijkbaar voorbeeld waarin de gemeente met een partij onderhandelt over de bouw van een zwembad.[83] Legt de bouwonderneming een uitgebreid plan voor, op basis van gedetailleerde tekeningen en berekeningen, dan kan de gemeente aansprakelijk zijn uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, wanneer de gemeente de onderhandelingen met de eiser afbreekt en het zwembad door een derde laat bouwen met gebruikmaking van de informatie die de gemeente van de afbrekende partij 'verkregen' heeft.

8.4.2.4 Het redelijkheidsvereiste

Behoren de schadeposten van de eiser niet tot de normale acquisitiekosten of heeft de gedaagde misbruik van de onderhandelingssituatie gemaakt, dan ligt er in principe een ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser voor.

---

80 Zie bijvoorbeeld: C.J.J.C. van Nispen, in: *GS Onrechtmatige daad*, IV.5.2.11 en IV.6.2.18.

81 Zie: Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5625.

82 Nieuwenhuis 1988, p. 114. Nieuwenhuis geeft dit voorbeeld in het kader van zijn visie, dat het verrijkingsbeginsel de precontractuele goede trouw kan inkleuren. Het kan m.i. ook dienen als voorbeeld voor precontractuele aansprakelijkheid op basis van art. 6:212 lid 1 BW.

83 Ruygvoorn 2009, p. 142.

Voldoende voor aansprakelijkheid is dit evenwel nog niet. Schadevergoeding (in het kader van artikel 6:212 lid 1 BW) of waardevergoeding (in het kader van artikel 6:210 lid 2) moet *redelijk* zijn. In het hoofdstuk over het redelijkheidsvereiste is reeds aangegeven wat rechtens is, wanneer de verrijking in meer of mindere mate aan de verrijkte is opgedrongen. In gevallen waar het hier om gaat, moet met name worden bezien of de autonomie van de gedaagde door de verrijkingsaansprakelijkheid op een onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist.[84] Het uitgangspunt moet zijn, dat iemand niet zomaar aansprakelijk is voor een voordeel dat hem is opgedrongen. Zoals eerder is betoogd, kunnen er echter verschillende aanwijzingen zijn die maken dat aansprakelijkheid voor een dergelijke verrijking de autonomie van de gedaagde niet wezenlijk aantast.[85]

In de precontractuele fase komt er, in mijn optiek, één overkoepelend gezichtspunt bij. Het redelijkheidsvereiste moet mede worden ingekleurd door de grondnorm van de precontractuele fase, dat onderhandelende partijen zich mede moeten laten leiden door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. De eis dat partijen rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen is medebepalend voor de vraag of de autonomie van de gedaagde door een verrijkingsaansprakelijkheid op een onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist.[86] Dit hangt samen met het feit dat een geval waarin de verrijking is ontstaan in de *onderhandelingsfase*, structureel verschilt van het klassieke geval waarin een schilder het verkeerde huis schildert. In het geval van de verstrooide schilder, komt de verrijking van de huiseigenaar uit de lucht vallen, hetgeen een sterk argument tégen aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking oplevert. In de precontractuele fase liggen de zaken subtieler omdat de verrijking veelal in enigerlei verband met het voorwerp van de onderhandelingen zal staan. Om die reden zal schadevergoeding voor die verrijking minder snel onredelijk zijn.

Om bij het voorbeeld van de schilder te blijven: gedacht kan worden aan de schilder die tijdens de onderhandelingen in de onjuiste veronderstelling is komen te verkeren dat hij de schilderklus voor € 2.000 had gekregen. Indien er in het geheel geen overeenkomst tot stand is gekomen, kan de vraag rijzen of de huiseigenaar een verrijkingsvordering tegen zich moet laten gelden. De huiseigenaar kan de schilder niet zomaar tegenwerpen dat hij een bestedingspatroon opgedrongen heeft gekregen, wanneer hem voorgehouden wordt, dat hij – in plaats van de totale contractprijs van € 2.000 – uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking de schade van de schilder van

84 Van der Linden 2013, p. 18-20.

85 Zie par. 7.6 Zie par. 5.3.6-5.3.10. De verplichting, zo is daar betoogd, tot het betalen van een verrijkingsrechtelijke schadevergoeding is veelal niet onredelijk indien: i) de verrijking liquide is (geworden), ii) schadevergoeding in natura mogelijk is, iii) de gedaagde door het verrijkingsfeit noodzakelijke kosten heeft bespaard, iv) de verrijkte op het verkregen voordeel heeft voortgebouwd of v) als de gedaagde de verrijking heeft laten ontstaan of als er vi) andere, bijzondere, omstandigheden zijn.

86 Elders: Van der Linden 2013, p. 20.

€ 1.600 – de kostprijs – verschuldigd is.[87] De onderhandelingscontext maakt dat schadevergoeding tot het bedrag van de verrijking niet onredelijk is.[88] Met de aansprakelijkheid ten belope van de schade van de schilder (*grosso modo* de kostprijs van het schilderwerk) wordt een evenwicht bereikt tussen het belang van de huiseigenaar (die een zo laag mogelijke prijs wil) en de schilder (die mogelijk niet de volle 'brokken' behoort te dragen van een fout in de communicatie).

In een zaak als *Katwijk/Westdijk* zal thans de vordering op grond van onverschuldigde betaling moeten slagen.[89] Nadat Westdijk informeel overeenstemming had bereikt over de uitbaggering van de Berghaven te Katwijk, begon hij met de baggerwerkzaamheden. Hoewel het college van B&W nog toestemming moest verlenen, was Westdijk al met de baggerwerkzaamheden begonnen onder aansporing van de directeur gemeentewerken. Op het moment dat het werk al voor een belangrijk deel was voltooid, gunde de gemeente het werk aan een andere partij en weigerde betaling. Westdijk ageerde op grond van ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling. De Hoge Raad wees zowel de verrijkingsaanspraak als de vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling af. De verrijkingsactie, omdat het oude recht nog geen algemene verrijkingsvordering kende, de onverschuldigde betaling omdat deze – destijds – niet gebruikt mocht worden voor gevallen zoals deze.

De vordering moet – in mijn optiek – naar huidig recht worden toegewezen. Omdat de gemeente ervan moet hebben geweten dat Westdijk begonnen was, had de gemeente – om aansprakelijkheid te ontlopen – Westdijk moeten tegenhouden. De gemeente heeft de gerechtvaardigde belangen van

87 Een gelijkluidend oordeel gaf het gerechtshof te Amsterdam, te kennen uit: HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3195, *NJ* 2015/448 (Muradin/Waaijer B.V.). Het ging om de plaatsing van raamkozijnen in het kader van uitgebreidere bouwwerkzaamheden. Toen de eiser er niet in slaagde de opdracht voor het plaatsen van de raamkozijnen hard te maken, wees het hof schadevergoeding toe op grond van 6:212 lid 1 BW. De Hoge Raad casseert op twee punten. Niet omdat een verrijkingsvordering in een geval als dit niet aan de orde kan zijn, maar omdat het hof – ten onrechte – de rechtsgronden van de eisende partij heeft aangevuld (deze had alleen nakoming gevorderd en niet geageerd op grond van ongerechtvaardigde verrijking) en anderzijds omdat het hof bij de verrijkingsclaim niet de stelling van de gedaagde betrokken heeft, dat hij niet meer dan € 16.000 wilde betalen (het hof wees een kleine € 50.000 toe).

88 In mijn optiek levert toepassing van de onverschuldigde betalingsregel uit 6:210 lid 2 BW overigens geen ander resultaat op. Weliswaar is er in dit kader geen schade vereist, maar het lijkt mij niet redelijk als de schilder de volle marktwaarde vergoedt krijgt (die heel wel rond de gevraagde € 2.000 kan liggen). Met de aansprakelijkheid ten belope van de schade van de schilder (grosso modo de kostprijs van het schilderwerk) wordt een evenwicht bereikt tussen het belang van de huiseigenaar (die een zo laag mogelijke prijs wil) en de schilder (die niet de volle 'brokken' behoort te dragen van een fout in de communicatie). Zou de huiseigenaar de volle mep moeten betalen, dan zou hij aangetast worden in zijn autonomie omdat hem dan een ongewenste besteding wordt opgedrongen.

89 HR 18 april 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC4925, *NJ* 1969/336, m.nt. G.J. Scholten (Katwijk/Westdijk).

Westdijk veronachtzaamd, door hem enerzijds zijn gang te laten gaan en hem anderzijds de opdracht niet te gunnen.[90] Hierdoor kan de gemeente Katwijk niet meer met succes het verweer voeren dat verrijkingsaansprakelijkheid 'niet redelijk' is in de zin van artikel 6:210 lid 2 of artikel 6:212 lid 1 BW.

8.4.2.5 Het belang van de uitgangspunten van de onderhandeling

Naast de grondnorm van de precontractuele fase kunnen ook de uitgangspunten van de onderhandeling een rol spelen bij de beoordeling van de toewijsbaarheid van een verrijkingsaanspraak. Als de verrijkte in de onderhandelingsfase zijn budget kenbaar heeft gemaakt, dan zal de verrijkingsaansprakelijkheid daar – in beginsel – niet bovenuit mogen gaan. Gebeurt dit wel, dan wordt de verarmde een bestedingspatroon opgedrongen. Deze vuistregel is af te leiden uit het arrest *Muradin/Waaijer*.[91]

Waaijer plaatst ramen en gevelkozijnen in het huis van Muradin. Dit gebeurt in het kader van meer omvattende bouwwerkzaamheden. Muradin betoogt echter, dat hij nooit opdracht tot het plaatsen van de ramen en kozijnen gegeven heeft en weigert de facturen te voldoen. Het hof acht inderdaad niet bewezen dat er een overeenkomst tussen Waaijer en Muradin tot stand is gekomen met die strekking. Het hof wijst de verrijkingsactie wel toe. Het begroot de aansprakelijkheid op € 40.505,58.

In cassatie betoogt Muradin echter, dat het hof niet in zijn beoordeling heeft betrokken dat hij slechts € 16.000 aan de kozijnen wenste te besteden en dat Waaijer hiervan wist. Het middel is gegrond:[92]

> 'Het hof heeft de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking niet kunnen toewijzen zonder op deze stelling in te gaan. Indien gegrond, kan deze immers meebrengen dat een schadevergoeding boven het bedrag van € 16.000,-- niet redelijk in de zin van […] art. 6:212 BW is.'

De Hoge Raad formuleert het voorzichtig. Het budget dat door de verarmde is genoemd 'kan' meebrengen dat schadevergoeding boven dat bedrag niet redelijk is. In sommige gevallen kan getwijfeld worden in verband met de gerechtvaardigde belangen van de verarmde partij.

Gedacht kan worden aan een geval waarover de kantonrechter te Middelburg te oordelen kreeg.[93] De gedaagde brengt zijn auto naar de garage met het verzoek hem te informeren wanneer de reparatie boven de € 2.000 zal uitstijgen. De eiser repareert de auto en zendt een factuur van meer dan € 4.000. De gedaagde weigert te betalen omdat hij voor een dergelijke prijs geen toestemming gegeven heeft. In rechte spreekt de eiser de gedaagde

90 In gelijke zin: H.C.F. Schoordijk 1996, p. 865. Hij schrijft: 'Mij dunkt dat dit arrest na Plas/Valburg (NJ 1983,723) niet meer zo gewezen zou worden [...]'.
91 HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3195, *NJ* 2015/448 (Muradin/Waaijer B.V.).
92 R.o. 3.5.3.
93 Rb. Middelburg 20 juli 2011, ECLI:NL:RBMID:2011:BT5885, *NJF* 2011/462.

aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. De kantonrechter wijst de vordering toe tot een bedrag van € 2.500 omdat de auto met dat bedrag in waarde gestegen is. Tegen een aansprakelijkheid van € 2.500 pleit dat de gedaagde zijn grens op € 2.000 had gesteld. Vóór aansprakelijkheid tot € 2.500 pleit dat de marktwaarde van de reparatie (zo lijkt het) veel hoger lag en dat dit bedrag niet heel ver boven de afgesproken som ligt. In dit verband is het mogelijk relevant, dat het voor een garagehouder niet altijd eenvoudig in te schatten zal zijn wat een reparatie zal kosten. Het gerechtvaardigde belang van de garagehouder kan dan mogelijk meebrengen, dat de gedaagde tot een hoger bedrag wordt veroordeeld dan wat hij aan de auto wilde uitgeven.

Er zijn gevallen waarin het gerechtvaardigde belang van de verrijkte gedaagde meebrengt dat de verrijkingsaansprakelijkheid geheel moet worden afgewezen. Illustratief is de volgende Franse casus. De gedaagde, een consument, wil een offerte voor de reparatie van een antenne en geeft om die reden de antenne af aan de onderneming van de eiser.[94] De eiser doet meer dan het maken van een kostenraming en repareert de antenne van de gedaagde. Kan de eiser, bij ontstentenis van een overeenkomst, de gedaagde aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking (of onverschuldigde betaling)? De *cour de cassation* wijst aansprakelijkheid af, omdat de reparateur zijn verarming aan zichzelf te wijten heeft. Dit lijkt mij terecht. Voor een voor de reparateur milder oordeel is alleen plaats als het niet duidelijk is geweest wat de consument precies bedoelde.

8.4.2.6 Het belang van de bijzonderheden van het geval

Ook subtielere omstandigheden zouden de omvang van de verrijkingsaansprakelijkheid kunnen beperken. Wordt, zoals hier betoogd, aanvaard dat de grondnorm van de precontractuele fase (dat partijen rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen) een rol speelt bij de toepassing van de verrijkingsactie, dan is er bijvoorbeeld een kanttekening te maken bij het *Subway*-arrest.[95]

Subway heeft, gedurende de onderhandelingen met Credit Suisse, het bedrijfspand gedurende de onderhandelingsfase elf maanden gebruikt, zonder dat zij hiervoor betaalde. Voor dit gebruik blijkt Subway aansprakelijk uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. De vraag kan echter worden gesteld, of het wel reëel is om van Subway – achteraf, wanneer de onderhandelingen zijn mislukt – te vragen de volle huur te betalen die zij eerder aan Eazie betaalde. Of dit redelijk is, zal in mijn optiek afhangen van de omstandigheden van het geval. Als Credit Suisse al die tijd geen betaling gevorderd heeft, dan kan dit stilzitten een verrijkingsactie achteraf deels onredelijk

94 G. De Geest, B.W.F. Depoorter, J. Haas (e.a), 'Cass. fr. 15.12.1998, Enrichissement Sans Cause', ERP 2000/4, p. 613-688. Over deze zaak ook Schrage: Schrage 2002, p. 651.

95 HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782, *NJ* 2013/540, m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (Credit Suisse/Subway).

maken. Enerzijds 'zit' een huurder minder lekker als hij er ten aller tijden uitgezet kan worden. Anderzijds had Credit Suisse er ongetwijfeld belang bij dat Subway, hangende de onderhandelingen, in het pand zou blijven zitten. Een leegstaand pand is niet goed voor de huurprijs.

8.4.3 Dienen andermans belang

8.4.3.1 Algemeen

Bij de precontractuele aansprakelijkheid gaat het om gevallen waarin, in weerwil van de onderhandelingen, géén overeenkomst tot stand is gekomen. Bij de materie die nu aan bod komt, gaat het om situaties waarin de onderhandelingen, om uiteenlopende redenen, achterwege zijn gebleven. Dit is het domein waar onder andere het leerstuk van de zaakwaarneming opereert. Zonder daartoe strekkende overeenkomst kan de zaakwaarnemer gerechtigd zijn de schade (zoals de door de zaakwaarnemer gemaakte kosten) op de belanghebbende te verhalen.[96] Handelt de zaakwaarnemer in de uitoefening van een beroep of bedrijf, dan heeft hij zelfs – voor zover dit redelijk is – recht op een marktconforme vergoeding.[97] Tevens scheppen omstandigheden die de behartiging van andermans belang rechtvaardigen een vertegenwoordigingsbevoegdheid om in naam van de belanghebbende rechtshandelingen te verrichten.[98]

Kenmerkend voor de figuur van de zaakwaarneming is, zoals we reeds hebben gezien, dat de belanghebbende aansprakelijk kan zijn voor de schade – of zelfs een redelijk loon – wanneer de zaakwaarneming niet het gewenste effect heeft of als de belanghebbende anderszins niet door de zaakwaarneming is gebaat. Daarom is er niet zomaar sprake van zaakwaarneming. Vereist is dat de zaakwaarnemer (1) willens en wetens, (2) op basis van een redelijke grond (3) het belang van een ander heeft behartigd (4) zonder dat de bevoegdheid voortvloeit uit een wet of rechtshandeling. Als er niet aan de vereisten van de zaakwaarneming is voldaan – of als dit *onzeker* is – dan kan de vraag rijzen, of degene die de belangen van de ander heeft waargenomen een aanspraak heeft op grond van ongerechtvaardigde verrijking.

8.4.3.2 Geen redelijke inmengingsgrond

Een belangrijke klip waar aansprakelijkheid op grond van zaakwaarneming op kan stranden, is de afwezigheid van een redelijke inmengingsgrond. Op het eerste gezicht lijkt deze eis vergelijkbaar met het redelijkheidsvereiste van artikel 6:212 lid 1 BW op grond waarvan iemand alleen voor een ongerechtvaardigde verrijking schadevergoeding verschuldigd is 'voor zover dit

96 6:200 lid 1 BW.
97 6:200 lid 2 BW.
98 6:201 BW.

redelijk is'.[99] Toch zal de redelijkheidseis die gesteld is aan de zaakwaarneming strenger zijn dan het redelijkheidsvereiste van artikel 6:212 lid 1 BW. Dit heeft ermee te maken, dat de aansprakelijkheid op grond van zaakwaarneming óók kan ontstaan als de belanghebbende niet is gebaat en voorts met het feit dat de belanghebbende zelfs aansprakelijk kan zijn voor een redelijk loon. In het kader van de verrijkingsactie is de omvang beperkt tot maximaal het laagste bedrag van de verrijking en de schade. Daarom kan het zo zijn, dat een vordering op grond van zaakwaarneming niet haalbaar is bij gebrek aan een redelijke inmengingsgrond, terwijl een verrijkingsaansprakelijkheid wel 'redelijk' kan zijn in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW.[100]

Een casus uit de oorlogsjaren kan dit illustreren. Ten tijde van de bezetting bracht een Duitse – en dus vijandige – reder een zwaar gehavende, uit Frankrijk afkomstige, sleepboot bij een werf.[101] De laatste besloot te treuzelen met de reparatie teneinde het schip zo lang mogelijk uit Duitse handen te houden. Eerst na de bevrijding ving de werf met de reparaties aan, zodat de rechtmatige eigenaar – Lloyd – haar schip in goede staat terugzag. De werf beriep zich met succes op zaakwaarneming en kreeg de gemaakte kosten terug.

In mijn optiek is het twijfelachtig of een vordering op grond van zaakwaarneming naar huidig recht moet slagen voor zover het gaat om de reparaties die ná de bevrijding hebben plaatsgevonden.[102] Daarvoor lijkt immers geen noodzaak te hebben bestaan. Is dit laatste het geval, dan gaat aansprakelijkheid op grond van zaakwaarneming te ver. Dit zou namelijk betekenen dat de werf Lloyd kan aanspreken om een redelijk loon te betalen ongeacht de vraag of Lloyd is verrijkt. Het lijkt mij echter alleszins redelijk indien Lloyd de schade van de werf moet vergoeden voor zover hij door de reparaties is verrijkt. Verrijkingsaansprakelijkheid brengt de belangen van Lloyd en de werf in evenwicht. Hier zien wij heel duidelijk de ventielfunctie. Het bestaan van de algemene verrijkingsactie maakt het mogelijk om – met behoud van een aanvaardbaar resultaat – de eis van een redelijke inmengingsgrond streng op te vatten.

In dit verband kan ook gedacht worden aan situaties waarin iemand andermans schuld betaalt. Van een redelijke inmengingsgrond zal dan lang niet altijd sprake zijn. Maar dit betekent niet dat ook verrijkingsaansprakelijkheid daarmee onredelijk is. Integendeel, voor zover de gedaagde door de betaling van de eiser is verrijkt zal aansprakelijkheid op grond van artikel 6:212 lid 1 BW in beginsel op zijn plaats zijn.

---

99 In deze zin: Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 327.

100 Vgl. Schoordijk 1988, p. 23-26.

101 HR 10 december 1948, *NJ* 1949/122 (Lloyd Rhenan/Terneuzense Scheepsbouwmaatschappij).

102 Schoordijk merkt op dat de Hoge Raad in dit geval 'mild' heeft geoordeeld. Schoordijk 1988, p. 43.

Illustratief is het volgende geval.[103] De gedaagde koopt een partij cosmetica bij het Taiwanese bedrijf Tiss Union Enterprise Co. Ltd (Tiss) voor een bedrag van $ 30.812,50. De eiser regelt het vervoer en maakt daarbij een fout. Ze geeft de zending af aan de gedaagde, zonder dat de gedaagde het cognossement heeft gepresenteerd. De gedaagde kon – vermoedelijk – het cognossement niet laten zien, omdat zij niet aan Tiss betaald heeft. Ook na de ontvangst van de zending betaalt de gedaagde niet aan Tiss. Daarop spreekt Tiss de eiser aan, omdat deze de zending heeft afgeleverd zonder inname van het cognossement. De eiser betaalt de koopsom aan Tiss en spreekt de gedaagde vervolgens aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. De vordering slaagt. Er zal in mijn optiek – bij ontstentenis van een redelijke inmengingsgrond in de zin van artikel 6:198 BW – geen sprake van zaakwaarneming zijn, maar doordat de eiser de schuld van de gedaagde heeft voldaan, slaagt de verrijkingsactie, voor zover de gedaagde door de betaling is verrijkt.

Betaling van andermans schuld kan echter leiden tot een doorkruising van de autonomie van de gedaagde.[104]

8.4.3.3 Geen communicatie of miscommunicatie

Van de zaakwaarneming wordt wel gezegd, dat het belang ervan tanende is, omdat iedereen tegenwoordig haast op afroep beschikbaar is dankzij de moderne communicatiemiddelen. Dit neemt niet weg, dat het kan voorkomen dat iemand zich het belang van een ander heeft aangetrokken, terwijl hij tegelijkertijd 'tekort' is geschoten om in contact met de belanghebbende te komen. De techniek schrijdt voort, de menselijke natuur is onverbeterlijk.

Als dit laatste het geval is, dan kan het betekenen dat de kandidaat-zaakwaarnemer geen redelijke grond voor de inmenging had omdat de belanghebbende gewoon bereikbaar was. In die gevallen kan het echter te rigoureus zijn als de quasi-zaakwaarnemer volledig met zijn schade blijft zitten. Ook hier kan de verrijkingsactie de belangen van de 'zaakwaarnemer' en de 'belanghebbende' in evenwicht brengen. De quasi zaakwaarnemer krijgt zijn schade vergoed, voor zover de belanghebbende door zijn optreden daadwerkelijk is verrijkt en er voorts van een opgedrongen bestedingspatroon geen sprake is. Het risico van het uitblijven van het gewenste positieve resultaat drukt dan op de pseudo-zaakwaarnemer die tekortgeschoten is in de communicatie.

Het volgende voorbeeld kan illustreren waar het in dit soort gevallen om kan gaan. Boer Slits koopt een vleeskuikenbedrijf om aldaar een varkensfokkerij te vestigen.[105] Bij de graafwerkzaamheden stuit hij echter op verontreinigde grond. In mei 2011 laat hij 1.328,98 ton grond door Grondbank afvoeren en opslaan voor € 5.382,36. Bij brief van 4 december 2001 laat de

103 Hof Den Haag 26 november 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:4911, *NJF* 2014/104.
104 Zie par. 7.6.3 en 7.7.2.
105 Hof Den Bosch 20 januari 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BJ3091, *NJF* 2009/284.

Grondbank Slits weten dat de grond 'niet toepasbaar conform het Bouwstoffenbesluit' is. In dezelfde brief geeft de Grondbank aan dat zij de grond voor f 95 per ton kan verwerken. Daarbij zullen de eerdere opslagkosten gedebiteerd worden. Boer Slits laat niets van zich horen. Op 31 december 2001 krijgt Slits de factuur. Slits reageert noch op de brief noch op de factuur. Kort na 31 december 2001 is de grond door Grondbank gesaneerd.

Het is twijfelachtig of hier voldaan zou zijn aan de vereisten van zaakwaarneming. De verrijkingsactie van Grondbank slaagt echter. Slits is verrijkt doordat hij van de verontreinigde grond af is en verder is er geen rechtvaardigingsgrond voor deze verrijking, omdat – zoals het hof vaststelde – de overeenkomst tussen Slits en Grondbank alleen zag op het afvoeren van de grond.[106] De aansprakelijkheid is ook niet onredelijk. Er moest iets met de grond gedaan worden, terwijl boer Slits door de brieven in de gelegenheid is gesteld om het probleem op een andere manier op te lossen.

8.4.3.4 Andermans belang wordt en passant behartigd

Voor een geslaagd beroep op zaakwaarneming is vereist, dat de zaakwaarnemer het belang van de belanghebbende willens en wetens behartigd heeft. Het kan zich voordoen dat iemand zijn eigen belangen behartigt, terwijl dit handelen *en passant* een ander ten goede komt. Iemand bouwt een dijk, waarmee niet alleen zijn eigen huis wordt beschermd tegen de zee, maar ook dat van de buren, die echter weigeren aan de dijk mee te betalen.[107] Heeft de eiser een juridisch middel om de buren aan te spreken om bij te dragen aan de dijk?

Van zaakwaarneming zal (vermoedelijk) geen sprake zijn. In het voorbeeld is enerzijds duidelijk dat de gedaagde niet wil betalen voor de dijk, zodat een grond van inmenging zal ontbreken en anderzijds heeft de eiser, met de bouw van de dijk, vooral zijn eigen belang op het oog. Het is slechts een neveneffect van de bouw van de dijk, dat het belang van de buren *en passant* wordt behartigd.

Heeft de eiser wél een verrijkingsaanspraak jegens de gedaagde als kan worden aangenomen dat de bescherming door de dijk een zekere vermogenswaarde vertegenwoordigt? Veelal wordt aangenomen, dat aansprakelijkheid van de gedaagde in een geval als dit ontbreekt, omdat er geen sprake is van een ongerechtvaardigde verrijking. Dit lijkt mij in beginsel juist. Omdat er géén vermogensverschuiving tussen de eiser en de gedaagde heeft plaats gevonden, is het enkele ontbreken van een rechtvaardigingsgrond niet genoeg om van een ongerechtvaardigde verrijking te spreken.[108] *Prima facie* moet de verrijkingsactie dus worden afgewezen. Er moet – naast het

106 R.o. 4.14.

107 Het voorbeeld wordt – onder andere – genoemd door Schrage. Schrage 1999, p. 77. Hij verwijst daarin naar de locus classicus: Cass. Req. 6 November 1838, s. 1839.1.160.

108 Birks ziet in dit soort gevallen een *gift* – *'…although possibly not warmly wished'* – als 'explanatory basis' van de verrijking. Birks 2005, p. 158.

ontbreken van een rechtvaardigingsgrond – iets 'bijzonders' aan de hand zijn, die de verrijking ongerechtvaardigd doet zijn. Heeft de eiser uit overvoorzichtigheid de dijk gebouwd, dan lijkt mij aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking van de buren uitgesloten. De buren hoeven niet mee te betalen aan de zwakke zenuwen van de eiser.

Maar wat is rechtens, als de noodzaak om de dijk te bouwen substantieel is, bijvoorbeeld omdat de zee eens in de tien jaar het land doet overlopen en alles beschadigd achterlaat? Denkbaar is, dat de gedaagde niet wenst bij te dragen, omdat hij wéét dat de eiser het wel zal doen omdat de laatstgenoemde zwakke zenuwen heeft of een groot belang om zijn goed te beschermen. De omstandigheid die de verrijking van de gedaagde dan ongerechtvaardigd kunnen máken, zou gevonden kunnen worden in het misbruik van de positie of de zwakke zenuwen van de eiser. Zoals een overeenkomst die onder invloed van misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen vernietigbaar kan zijn, zo kan het misbruik dat besloten ligt in de *weigering* om samen te werken, een quasi contractuele verrijkingsactie rechtvaardigen.[109] De gedachte dat niemand behoort te profiteren van zijn onereuze gedrag kan de verrijking van de gedaagde ongerechtvaardigd doen zijn.

Een minder dramatisch, maar een aanmerkelijk meer voorkomend geval is dat waarin een eigenaar van een bungalow die deel uitmaakt van een vakantiepark – anders dan het merendeel van de bewoners van het park – weigert bij te dragen in de kosten van de algemene parkvoorzieningen (gedacht kan worden aan de groenvoorzieningen, onderhoud van de wandelpaden, aanvoer van water en elektra, de afvoer van vuil, enzovoorts). Een dergelijke situatie kan zich voordoen, wanneer de oorspronkelijke exploitant van het park failliet gaat en – bijna – alle overige bewoners de kosten van de voorzieningen gezamenlijk op zich nemen. In de rechtspraak wordt in dat soort gevallen wel aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking aangenomen om degene die níét wensen mee te betalen tot een bijdrage te dwingen.[110]

Ook hier is er géén sprake van een verrijking die het gevolg is van een vermogensverschuiving tussen de eisers (de coöperatieve bewoners) en de gedaagden (de bewoners die niet wensen bij te dragen). Het enkele ontbreken van een rechtvaardigingsgrond levert derhalve geen ongerechtvaardigde verrijking op. Voor de conclusie dat de verrijking ongerechtvaardigd is, zijn er bijzondere omstandigheden vereist die de verrijking ongerechtvaardigd doen zijn. In dit geval is er sprake van een verrijking die, zo zou kunnen worden betoogd, buiten de normale gang van zaken ligt; er is sprake van een *onregelmatige verrijking*. Zoals iemand niet eenzijdig de gemeentebelasting

109 Vgl. Friedmann 2003, p. 850.

110 Zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem 2 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX9890, *NJF* 2012/475; Rb. Midden-Nederland 4 maart 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:1377,*NJF* 2015/187. De aanspraak wordt ook wel geënt op de redelijkheid en billijkheid. Zie: Hof 's-Gravenhage 6 november 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY2904, *NJF* 2012/517; Hof 's-Hertogenbosch 9 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2084, *NJF* 2015/338.

kan ontwijken doordat hij alles zelf regelt, zo moet een bungaloweigenaar dat ook niet kunnen doen ten aanzien van noodzakelijke parkvoorzieningen. Dit wordt versterkt als vóór het faillissement van de eventuele exploitant van de voorzieningen, alle parkbewoners een contractuele verplichting jegens de exploitant hadden. Het faillissement van de exploitant levert dan een 'toevallige' mogelijkheid op, om de parklasten te ontlopen. Deze bijzondere omstandigheden kunnen de verrijking van een niet coöperatieve bungalowbewoner ongerechtvaardigd maken.

Er is echter een grens aan de mogelijke verrijkingsaansprakelijkheid. Gaat het om voorzieningen die niet noodzakelijk zijn (tennisbanen, midgetgolf mogelijkheden, enzovoorts) dan lijkt mij een verrijkingsaansprakelijkheid – als er geen andere relevante omstandigheden zijn – twijfelachtiger. In andere gevallen kan men ook niet zulk soort luxe worden opgedrongen. Verrijkingsaansprakelijkheid lijkt mij in beginsel passend, voor uitgaven die noodzakelijk zijn (nutsvoorzieningen) of waarvan iedere bewoner 'automatisch' profiteert zoals de groenvoorzieningen en de paden.

8.4.3.5 Communicatie leidt tot verrijking

In de derde plaats is er tenminste één geval, waarin het contact niet zozeer problematisch is omdat de belanghebbende *onbereikbaar* is, maar omdat de attendering zelf een marktwaarde heeft.

Een genealoog stelt de gedaagde in kennis dat hij erfgenaam is van een nader te noemen erflater en stelt voor om hem – tegen betaling – nadere gegevens te verstrekken.[111] De gedaagde slaat het aanbod af en gaat op basis van deze informatie zelf op onderzoek uit en slaagt erin de erfenis te vinden. De vraag rijst, of de gedaagde op grond van zaakwaarneming of ongerechtvaardigde verrijking een vergoeding kan verkrijgen voor zijn inspanningen.

In Duitsland wordt de vordering uit zaakwaarneming afgewezen, omdat niet kan worden gezegd, dat de geslachtskundige het belang van de ander op het oog heeft maar enkel en alleen zijn eigen belang.[112] In Nederland zou een beroep op zaakwaarneming op dezelfde grond stranden; zaakwaarneming is 'het zich willens en wetens (…) inlaten met de behartiging van eens anders belang'. Zou dit anders zijn, dan zou de geslachtskundige zelfs recht hebben op een honorarium als de gevonden erflater enkel schulden nalaat.[113] Voor een succesvol beroep op de verbintenis uit zaakwaarneming is immers niet vereist dat de belanghebbende door de zaakwaarneming is gebaat.

Kan de geslachtskundige de erfgenaam met succes aanspreken op grond van ongerechtvaardigde verrijking? Zwalve, die het betitelt als een zot voorbeeld, meent van niet, omdat de verrijking in zijn ogen niet ongerechtvaar-

111 Zie hierover ook: Bregstein 1948, p. 240; Schrage 2005, p. 819; Zwalve 1995, p. 162, voetnoot 46; Koolhoven 2011, p. 326-327. Deze passage is ontleend aan eerder werk, zie: T. van der Linden 2013, p. 16-17.

112 Bundesgerichtshof (Duitsland), 23 september 1999, *NJW* 2000, 72.

113 Vgl. art. 6:200 lid 2 BW.

digd is: de verrijking, zo meent hij, berust op Boek 4 BW.[114] De verrijking is echter niet zozeer gelegen in de erfenis, maar in de diensten verricht door de genealoog. De vraag is dus of deze verrijking ongerechtvaardigd is, en zo ja, of schadevergoeding redelijk is.

Moet een beroep op de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking worden afgewezen omdat de geslachtsdeskundige zijn kennis aan de erfgenaam heeft opgedrongen? Ik neig ernaar deze vraag ontkennend te beantwoorden. In de eerste plaats is de autonomie van de erfgenaam niet wezenlijk aangetast. Integendeel, hij heeft dankbaar van de – kostbare – informatie gebruik gemaakt. In de tweede plaats zou ik een begin van een analogie willen ontlenen aan de regeling van de positie van de eerlijke vinder (artikel 5:10 lid 2 BW): degene die een zaak van een ander vindt, heeft recht op een redelijke beloning. Het feit dat de vinder er zijn beroep van maakte doet hier niets aan af, zo leerde de Hoge Raad in *Transvermij/Graphé*-arrest.[115] Waarom zou een andere regel gelden voor degene die beroepsmatig opengelaten erfenissen opdiept?

8.4.4 Gebruik andermans zaak of recht

8.4.4.1 Algemeen

Wanneer iemand zonder rechtvaardigingsgrond andermans zaak of recht gebruikt, dan heeft de gedaagde daarmee ten koste van de eiser iets van waarde genoten waarvoor over het algemeen gecontracteerd pleegt te worden. Voor niets gaat de zon op.

Naast het atypische geval van het eerder besproken *Subway*-arrest, kunnen er grofweg twee typen gevallen worden onderscheiden waarin de verrijkingsvordering een rol van betekenis kan spelen. In de eerste plaats kan het gaan om situaties waarin iemand – *onbevoegd*, zonder toestemming van de rechthebbende – andermans zaak of recht gebruikt.[116] Dit soort gevallen komen in deze paragraaf aan de orde. In de tweede plaats kan het gaan om een gebruiksvergoeding in de *slipstream* van een vernietigde of ontbonden overeenkomst. Het gebruik is dan niet zozeer onbevoegd, maar aan het gebruik komt de legitimatie nadien als het ware te ontvallen. Gedacht kan dan worden aan een geval waarin een koopovereenkomst is vernietigd of ontbonden, waarbij de koper tijdens de contractperiode de zaak tot zijn

114 Zwalve 1995, p. 162 voetnoot 46.

115 HR 25 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2178, *NJ* 1998/16, m.nt. H.J. Snijders (*Transvermij/Graphé*). Eenzelfde analogie wordt getrokken door Koolhoven. Zie Koolhoven 2011, p. 326-327.

116 Zie bijvoorbeeld: Rb. Oost-Brabant 8 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:2854, *NJF* 2016/348. Het ging in dit vonnis om het onbevoegde gebruik van andermans meerpalen. De verrijkingsactie werd afgewezen, omdat de eiser niet hard kon maken dat hij schade had geleden.

beschikking heeft gehad.[117] Deze gevallen komen in paragraaf 8.5.4.3 aan de orde, waarin wordt onderzocht hoe de verrijkingsactie de reguliere contractuele remedies kan aanvullen. Het onderscheid is van belang, omdat de verschillende situaties een andere afweging vereisen.

In deze paragraaf gaat het dus om gevallen waarin iemand onbevoegd gebruik maakt van andermans zaak.[118] Bezien wij het gebruik van andermans zaak of de inbreuk op andermans recht in het licht van de vereisten van de algemene verrijkingsactie, dan ontstaat het volgende beeld. Van een verrijking zal sprake zijn, indien het gebruik van de zaak of het recht in de omstandigheden van het geval een marktwaarde vertegenwoordigt.[119] Is de verrijking van de gedaagde eenmaal vastgesteld, dan zal deze ten koste van de eiser zijn gegaan. Het verband tussen de verrijking en de eventuele schade bestaat erin, dat de gedaagde een zaak of recht heeft gebruikt of geëxploiteerd dat tot het vermogen van de eiser behoort.

Het ontbreken van een tot het gebruik strekkende contractuele relatie tussen de gebruiker en de rechthebbende zal veelal tot gevolg hebben dat een rechtvaardigingsgrond voor het gebruik of de exploitatie ontbreekt. Leidt dit automatisch tot een ongerechtvaardigde verrijking? Dit is in de regel het geval.[120] Weliswaar is er geen daadwerkelijke vermogensverschuiving in die zin dat er vermogensbestanddelen van het ene naar het andere vermogen zijn verschoven – zodat het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond een noodzakelijke maar geen voldoende voorwaarde is voor een positief ongerechtvaardigdheidsoordeel[121] – maar de situatie is wel met een vermogensverschuiving op één lijn te stellen omdat het gebruik en/of de exploitatie van een recht de rechthebbende exclusief toekomt. Omdat het gebruiken/-exploiteren van andermans recht met een vermogensverschuiving op één lijn te stellen is, maakt het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond de verrijking die in het onbevoegde gebruik besloten ligt ongerechtvaardigd.[122]

---

117 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 419 en 476 (vernietiging en onverschuldigde betaling), nr. 473 (ontbinding); M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 6.2. Koolhoven 2011, p. 53-54 en p. 310 en 311. Zie: Hof Arnhem 23 november 2004, ECLI:NL:GHARN:2004:AV1205, *NJF* 2006/66. Deze zaak ging over een gebruikte Audi tijdens een later ontbonden overeenkomst.

118 Zie daarover ook bijvoorbeeld: Linssen 2001, p. 481 e.v. en 589-591; Damminga 2014, p. 217 e.v.

119 Soms is twijfel op zijn plaats. Iemand leent de fiets van zijn vader uit aan een vriend, om samen het uitgaansleven van Amsterdam te verkennen. In die context zal het gebruik van de fiets minder snel een marktwaarde vertegenwoordigen en zal de vader geen verrijkingsactie hebben.

120 Damminga 2014, p. 227.

121 Zie: par. 6.4.3 en par. 6.6.

122 Toch wordt een verrijkingsaanspraak in de lagere rechtspraak allerminst automatisch toegewezen. Zie bijvoorbeeld: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:11006.

Is de gedaagde door het gebruik ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van de eiser, dan is zijn aansprakelijkheid jegens de eiser echter allerminst gegeven. De eiser moet *schade* hebben geleden.

8.4.4.2 Lijdt de eiser schade?

Soms zal het zonder meer duidelijk zijn dat de eiser schade heeft geleden. Dit is het geval als hij door de inbreuk van de gedaagde zelf niet in staat is geweest om zijn zaak of recht op een door hem gewenste wijze te gebruiken en/of te exploiteren. De rechthebbende loopt dan omzet mis of ziet zich genoodzaakt om bijvoorbeeld een vergelijkbare zaak van een ander te huren. De zaak kan voorts gedurende het gebruik in waarde zijn gedaald: auto's en laptops moeten relatief snel worden afgeschreven. Deze gevallen worden hierdoor gekenmerkt, dat de eiser concrete schade heeft geleden.

Zoals we eerder hebben gezien,[123] zijn er ook gevallen waarin het twijfelachtig is of er door de eiser schade is geleden. Het gaat dan om situaties waarin de eiser niet van plan was de zaak of het recht te gebruiken en waarin hij evenmin voornemens of in staat is geweest de zaak of het recht commercieel uit te baten. De vraag kan dan worden gesteld, of de gedaagde wel schade geleden heeft.

Eerder is betoogd,[124] dat de schade op een objectieve wijze mag worden begroot, in die zin dat de eiser in de positie gebracht moet worden waarin hij zou verkeren indien de gedaagde wél over het gebruik zou hebben gecontracteerd.[125] Bij de vaststelling van de schade, moet dus niet worden bezien – zoals bij de onrechtmatige daad logisch zou zijn – hoe de vermogenspositie van de eiser ervoor zou hebben gestaan als de gedaagde de zaak níet zou hebben gebruikt (veelal zal er weinig verschil zijn), maar bezien wordt wat de vermogenspositie van de eiser zou zijn geweest als de gedaagde wél over het gebruik zou hebben gecontracteerd (de schade zal dan in de regel kunnen worden gesteld op de marktwaarde van het genoten gebruik). Deze wijze van begroting past beter bij de strekking van de verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis: het ongedaan maken van de ongerechtvaardigde verrijking.

Sommigen leiden de geoorloofdheid van deze objectieve begrotingsmaatstaf af uit het *Subway*-arrest.[126] Die conclusie is echter niet aansprekend, omdat de Hoge Raad tot deze begroting komt door aan te haken bij specifieke bepalingen uit het huurrecht.[127] De Hoge Raad komt in dit arrest immers tot de conclusie dat de schade van Credit Suisse op een objectieve

123 Zie: par. 5.3.5.
124 Zie: par. 5.3.5.
125 Zie ook: Van der Linden 2017, p. 245-253.
126 Damminga 2014, p. 210; In gelijke zin: K.J.O. Jansen, 'Ongerechtvaardigde verrijking onderhuurder door voortgezet gebruik huurpand', CB 2013-98, Geplaatst op 28 mei 2013.
127 Zie: HR 27 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:996, NJ 2017/312, m.nt. Jac. Hijma (Van de Booren/Grenkefinance), r.o. 3.4.2-3.4.3.

wijze mag worden begroot, omdat het geval in het verlengde ligt van artikel 7:225 BW.[128]

Er kan echter een andere les uit het arrest worden getrokken. Het arrest laat meer in het algemeen zien dat contractuele of andersoortige regels die 'dicht' bij het te beoordelen verrijkingsgeval liggen, van invloed kunnen zijn op de wijze waarop de schade moet worden begroot.[129] Zoals in *Subway* in het huurrecht een steunargument gevonden kan worden voor een meer objectieve schadebegroting, zo kunnen er voor andersoortige verrijkingsgevallen mogelijk andere ankers worden gevonden die een meer objectieve begroting rechtvaardigen.

Welnu, maakt iemand onbevoegd gebruik van andermans zaak of recht, dan zijn er twee aanknopingspunten voor een objectieve schadebegroting.

In de eerste plaats past het bij het denken over de precontractuele fase. De onderhandelingen kunnen, in zeldzame gevallen, zo ver gevorderd zijn, dat er bij de wederpartij van de afbrekende partij een zodanig totstandkomingsvertrouwen kan zijn ontstaan, dat de afbrekende partij het positieve belang moet vergoeden.[130] In het geval van onbevoegd gebruik is er, uiteraard, geen totstandkomingsvertrouwen. Maar er doet zich wel een situatie voor waarin de gedaagde, had behoren te contracteren voor het gebruiksgenot dat hij ontvangen heeft. Waarom zou iemand die totstandkomingsvertrouwen bij zijn wederpartij in het leven heeft geroepen, wél een vergoeding van het positieve contractsbelang verschuldigd kunnen zijn en iemand die willens en wetens een overeenkomst vermijdt door onbevoegd gebruik te maken van andermans goed, aansprakelijkheid kunnen ontlopen door simpel aan te voeren dat de gedaagde geen concrete schade heeft geleden?

In de tweede plaats past een meer objectieve schadebegroting beter bij de regels van de onverschuldigde betaling. Zou iemand meegaan met de trein als verstekeling, dan zou hij, vanuit een verrijkingsrechtelijk perspectief, dus los van de specifieke wettelijke regels die gelden voor zwartrijders, aansprakelijk zijn op grond van onverschuldigde betaling voor de *marktwaarde* van de reis, zonder dat het van belang is of de spoorwegmaatschappij schade heeft geleden.[131] Artikel 6:210 lid 2 BW stelt schade níet als vereiste. Waarom zouden respectievelijk de kraker van een vakantiehuis, de inbreukmaker op een portretrecht of degene die zijn duwbakken op andermans meerpalen aanmeert anders behandeld moeten worden louter en alleen omdat er geen handeling van de eiser voorhanden is, die naar verkeersopvatting als betaling in de zin van artikel 6:203 lid 1 BW kan worden gezien? Deze inconsequentie kan worden ondervangen, door de schade op een meer objectieve wijze te begroten.

---

128 HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782, *NJ* 2013/540, M.nt. J.L.R.A. Huydecoper (Credit Suisse/Subway), r.o. 3.3.

129 De Hoge Raad maakt een redenering die wat weg heeft van de *Quint/Te Poel*-formule.

130 HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405, *NJ* 1983/723, m.nt. C.J.H. Brunner (Plas/Valburg); HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, *NJ* 2005/467 (CBB/JPO).

131 Zie PG Boek 6, p. 818; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/448; R. Koolhoven in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:203 BW, aant. 1.1.

8.4.5 Feitelijke overname goodwill

8.4.5.1 Algemeen

Als ik andermans zaak onbevoegd gebruik, dan zal dit zowel als een onrechtmatige daad als een ongerechtvaardigde verrijking kwalificeren. Een zaak of een vermogensrecht is iets dat aan de eiser toebehoort. In de regel zal vrij duidelijk aangegeven kunnen worden, wat het *object* van het recht is.

Goodwill, het thans te bespreken onderwerp, is daarentegen ongrijpbaarder. Het is iets dat aan andere vermogensbestanddelen kleeft. Een onderneming is over het algemeen meer waard dan de som van de losse vermogensbestanddelen.[132] Het is deze meerwaarde van de onderneming die goodwill wordt genoemd. Veelal gaat het om een in een onderneming aanwezige capaciteit om winst te maken. Over het algemeen wordt goodwill niet als een goed of een vermogensrecht gezien,[133] laat staan dat het een recht is dat als zodanig *goederenrechtelijk* overdraagbaar is. De goodwill gaat in wezen – *de facto* – mee over op degene die de onderneming overneemt of voortzet. Dit kan soms worden versterkt door obligatoire afspraken zoals een non-concurrentiebeding.

Hoewel goodwill dus geen goed is in de zin van artikel 3:1 BW of een vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 BW, kan dit fenomeen wel tot vermogensrechtelijke vragen leiden. Is een onderneming overgedragen en is er een vergoeding betaald voor de goodwill, dan kan, bijvoorbeeld, de vraag worden gesteld of de non-conformiteitsregeling op de 'overgedragen' goodwill van toepassing is. Die vraag wordt door de Hoge Raad bevestigend beantwoord.[134] Ook bij verdelingsvraagstukken speelt goodwill een rol. Zo moet er met de goodwill van een onderneming van één van de echtgenoten rekening worden gehouden bij de verdeling van een ontbonden huwelijksgemeenschap.[135] En wanneer een maat uit een maatschapsverband treedt en, na ontbinding, de rest van de maten de maatschap feitelijk voortzetten, dan moet in beginsel de eventuele goodwill in de verdeling worden betrokken.[136] En zo wordt er in meerdere situaties rechtens rekening gehouden met de goodwill.[137]Het kan voorkomen dat iemand in bepaalde omstandigheden

---

132 Zie daarover: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/4.

133 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/4; P.A. Stein in: *GS Vermogensrecht*, artikel 3:6 BW, aant. 34.3; Goederenrecht (H.J. Snijders), nr. 60; Vgl. HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, *NJ* 2017/132, m.nt. E.A. Alkema (NFE c.s./Staat), r.o. 3.3.2.

134 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5068, *NJ* 2013/256, m.nt. Jac. Hijma (Ijsseloevers/De Jong), r.o. 3.4.2.

135 HR 9 maart 1951, ECLI:NL:HR:1951:AG1975, *NJ* 1952/46, m.nt. Ph.A.N. Houwing (Damesmodebedrijf).

136 Zie: W.J.M. van Veen, in: *GS* Personenassociaties 5.9.3.1. Zie bijvoorbeeld: Rb. Amsterdam 26 maart 2003, *JOR* 2004/187, m.nt. J.M. Blanco-Fernández; Rb. Utrecht 29 juli 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ4278.

137 Zie voor voorbeelden verder: S.R. Damminga in zijn noot onder: Rb. Rotterdam 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7002, *JOR* 2017/16.

feitelijk andermans goodwill in handen krijgt. Kwalificeert het gedrag van de gedaagde als onbetamelijk handelen – zoals het geval is indien een werknemer know how of klantgegevens meeneemt[138] – dan is er sprake van een onrechtmatige daad en is de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking niet nodig. Maar er zijn gevallen waarin het gedrag van de gedaagde niet onrechtmatig is. Onder omstandigheden kan er dan sprake zijn van een ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser, al zal het lastig zijn om criteria te vinden die houvast geven.

Het standaardarrest is *Van der Tuuk Adriani/Batelaan*.[139] Een apotheker probeert de apotheekhoudend huisarts ertoe te bewegen tegen betaling van 125% van het zogenaamde BACO-tarief zijn apothekerspraktijk over te dragen. Wanneer de laatste dit weigert, bewerkstelligt de apotheker via bestuursrechtelijke weg dat de huisarts zijn vergunning kwijtraakt. Na de procedure, waarin de huisarts zich tot in laatste instantie heeft verzet, wenst de huisarts alsnog het aanbod van de apotheker te aanvaarden. Wanneer de apotheker dit weigert en de huisarts ook in rechte nul op het rekest ontvangt, stelt de huisarts een verrijkingsactie in, omdat de apotheker door de gang van zaken het klantenbestand van de huisartsenapotheek 'om niet' heeft overgenomen. De Hoge Raad sanctioneert het oordeel van het hof, dat de apotheker in deze omstandigheden ongerechtvaardigd is verrijkt.

Het oordeel bestaat, we hebben dit al gezien, uit twee componenten. Enerzijds heeft de bestuursrechtelijke regeling op grond waarvan de vergunning van de huisarts is afgenomen, níet de strekking om de verrijking van de apotheker te rechtvaardigen. Anderzijds zijn er verschillende bijzondere omstandigheden die de verrijkingsactie rechtvaardigen. De apotheker heeft namelijk zelf initiatief genomen om zich in Smilde te vestigen, het was in de branche gebruikelijk dat de vestigende apotheker een vergoeding betaalt voor de 'overgenomen' huisartsenapotheek en in de procedure waarin de huisarts zijn vergunning verloor, is er rekening mee gehouden dat de apotheker de huisarts een vergoeding heeft aangeboden. De bijzondere omstandigheden stutten het ongerechtvaardigdheidsoordeel.

8.4.5.2 Goodwill als exclusief recht?

Hoe is de bescherming van goodwill in te passen in een verrijkingsrechtelijk kader?

Damminga past de uitspraak in zijn algemene visie in, dat de verrijkingsactie uitsluitend van toepassing is op gevallen waarin de gedaagde een inbreuk heeft gemaakt op de exclusieve rechtspositie van de eiser.[140] Hoewel hij erkent, dat goodwill géén vermogensrecht is, meent hij dat goodwill de

138 Zie hierover: C.J.J.C. van Nispen in *GS* Onrechtmatige daad IV.5.2.11 en de aldaar weergegeven rechtspraak en literatuur.

139 HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2018, *NJ* 1997/3, m.nt. E.J.H. Schrage (Van der Tuuk Adriani/Batelaan).

140 Damminga 2014, p. 253-254.

rechthebbende wél een exclusieve rechtspositie verschaft. Wordt er hierop zonder toereikende rechtvaardigingsgrond inbreuk gemaakt, dan kan er sprake zijn van een onrechtmatige daad of een ongerechtvaardigde verrijking van de inbreukmaker. Het komt er bij hem op aan, wanneer er sprake is van een inbreuk. Daarvan is sprake 'bij het (verrichten van handelingen die zijn gericht op) significant en plotseling profiteren van investeringen in de onderneming […] van de rechthebbende op de goodwill op een wijze die verder gaat dan ligt besloten in reguliere concurrentie'.[141] Als er voor een dergelijke 'inbreuk' in de laatstbedoelde zin geen rechtvaardiging kan worden gevonden, is er sprake van een ongerechtvaardigde verrijking in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW.

Een bezwaar is dat goodwill een te weinig omlijnd begrip is, om dit categorisch aan te duiden als een *exclusieve* rechtspositie. Wordt goodwill op de keper beschouwd, dan verschijnt er een gedifferentieerd beeld. Het is niet tastbaar en kan onder meer besloten liggen in een samenstel van factoren zoals know how, een goede geoliede organisatie, een goede reputatie, trouwe klanten, een goede ligging, vergunningen, connecties, contacten, etc. Dat er één woord voor het samenspel van deze factoren kan worden gegeven, betekent niet dat dit onder de noemer van het exclusieve recht gebracht kan worden. Dat kan wellicht leiden tot te snelle conclusies. Om bij het arrest *Van der Tuuk Adriani/Batelaan* aan te haken: de klanten van de apotheekhoudende huisarts behoren de huisarts op geen enkele wijze toe. Een exclusief recht op de klanten uit het klantenbestand bestaat niet. De intrekking van de apothekersvergunning van de huisarts, leidt – in mijn optiek – niet tot een vermogensverschuiving tussen de huisarts en de apotheker.

8.4.5.3 De verrijkingsrechtelijke inkadering

Dit betekent niet dat de verrijkingsvordering afgewezen had moeten worden in een geval als *Van der Tuuk Adriania/Batelaan*. Zoals eerder betoogd, is het ontbreken van een vermogensverschuiving tussen de eiser en de gedaagde geen reden om aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking categorisch uit te sluiten. De enige consequentie is, dat een verrijking die niet het gevolg is van een vermogensverschuiving, niet automatisch ongerechtvaardigd is indien een daartoe strekkende rechtvaardigingsgrond ontbreekt. Voor de conclusie dat er sprake is van een ongerechtvaardigde verrijking, is vereist dat er naast het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond, bijzondere omstandigheden zijn die de verrijking ongerechtvaardigd maken. In het arrest *Van der Tuuk Adriania/Batelaan* werden die omstandigheden aanwezig geacht. Met name was van belang, dat vergoeding in de branche gebruikelijk was en dat het de apotheker was, die het initiatief genomen had om de vergunning van de huisarts te doen intrekken.

141 S.R. Damminga in zijn noot onder: Rb. Rotterdam 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7002, *JOR* 2017/16.

In de follow up van *Van der Tuuk Adriania/Batelaan*, het arrest *Hulsman/Van der Graaf*, werden die bijzondere omstandigheden niet aanwezig geacht.[142] In dit geval had de vestigende apotheker *níet* de mogelijkheid om de intrekking van de vergunning van een lokale apotheekhoudende huisarts langs bestuursrechtelijke af te dwingen. Dit kon ingevolge artikel 34 Wet op de geneesmiddelenvoorziening (WG) niet omdat de desbetreffende apotheekhoudend huisarts reeds vóór de WG apotheekhoudend huisarts was. Wél verloor de huisarts in deze zaak – met de vestiging van de apotheker – de mogelijkheid om zijn apothekerspraktijk aan een opvolger over te dragen. Zodra de arts zou stoppen, zou diens klantenbestand *de facto* op de nieuw gevestigde apotheker overgaan. Toch kon de arts volgens het hof en de Hoge Raad de apotheker niet aanspreken op grond van ongerechtvaardigde verrijking toen hij met pensioen ging.

De Hoge Raad stelt voorop dat het hof terecht tot uitgangspunt heeft genomen, dat de onmogelijkheid van overdracht het gevolg was van het stelsel van de WG en dat dit stelsel meebrengt dat dit voor risico komt van de desbetreffende huisarts. Daarbij is van belang dat de arts van meet af aan duidelijk was, dat hij rekening moest houden met de vestiging van een zelfstandige apotheek, waarna diens eigen apothekerspraktijk niet meer overdraagbaar zou zijn (dit was al zo sinds een wet uit 1865). De Hoge Raad vervolgt:[143]

> 'In het onderhavige geval zijn geen bijzondere omstandigheden gesteld of gebleken die tot het oordeel zouden kunnen leiden dat Van der Graaf niettemin ten koste van Hulsman ongerechtvaardigd is verrijkt. In het bijzonder heeft het Hof geoordeeld dat de BACO-overeenkomst niet voorzag in een door de apotheker te betalen vergoeding in een geval als het onderhavige. Dit oordeel, dat berust op een aan het Hof voorbehouden uitleg van die overeenkomst, is niet onbegrijpelijk.'

In *Hulsman/Van der Graaf* waren er géén bijzondere omstandigheden, die maken dat de overloop van klanten van de apotheekhoudend huisarts naar de apotheker een ongerechtvaardigde verrijking oplevert. De branche voorzag niet in een vergoeding voor dit soort gevallen en bovendien was het de apotheekhoudend huisarts zelf, die besloot om ermee op te houden. Bovendien liep de huisarts vanaf het begin het risico, dat hij zijn apothekerspraktijk niet kon overdragen.

De apothekersarresten laten zien, dat de feitelijke overname van andermans goodwill, niet automatisch tot een verrijkingsactie aanleiding geeft, óók als er hiervoor geen uitdrukkelijke rechtvaardigingsgrond kan worden aangewezen. In de omstandigheden van het geval moet er een goede reden kunnen worden aangewezen waarom een eventuele verrijking die bestaat uit het vergaren van andermans goodwill ongerechtvaardigd is. Zonder die bijzondere omstandigheden is er geen ongerechtvaardigde verrijking: een

---

142 HR 2 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9765, *NJ* 2001/319, m.nt. J.B.M. Vranken (Hulsman/Van der Graaf).

143 R.o. 3.5.

verrijking die niet het gevolg is van een vermogensverschuiving is in beginsel niet ongerechtvaardigd. In de apothekersarresten leidt de zienswijze dat het recht op het klantenbestand een exclusief recht is, niet tot betere inzichten.

Hoewel goodwill geen exclusieve rechtspositie geeft, kunnen de bijzondere omstandigheden het geval zodanig kleuren, dat het gebruik van goodwill die door een ander is opgebouwd, feitelijk veel weg heeft van een vermogensverschuiving. Eén van de nu te bespreken vonnissen rond de afwikkeling van het faillissement van het Ruwaard van Puttenziekenhuis kan dit illustreren al lijkt de verrijkingsvordering – mogelijk – om andere redenen te moeten stranden.

8.4.5.4 De feitelijke overname van andermans praktijk

Het ging om het volgende.[144] Stichting Ruwaard van Puttenziekenhuis (hierna ook: het ziekenhuis of 'Ruwaard') had met verschillende specialisten toelatingsovereenkomsten gesloten, op grond waarvan de specialisten – voor eigen rekening en risico – hun specialistische praktijk konden uitoefenen en waarbij ze, jegens het ziekenhuis, een goodwillaanspraak hadden. Het ziekenhuis gaat op 24 juni 2013 failliet. Op dezelfde dag hebben de curatoren in het faillissement van het ziekenhuis overeenstemming bereikt met Spijkenisse Medisch Centrum B.V. i.o. (hierna SMC) – een samenwerkingsverband van verschillende ziekenhuizen – over een doorstart op basis van koop- en verkoop van de activa. Voor de materiële en immateriële activa is € 6.000.000 betaald: € 1 voor de immateriële activa (domeinnamen, handelsnamen, vergunningen, licenties, lopende overeenkomsten en de overige goodwill van het Ruwaard) en €. 5.999.999 voor de materiële activa (bestaande uit inventaris en voorraad). De toelatingsovereenkomst van de specialisten – die zelf niet failliet zijn – zijn níet door SMC overgenomen. Wél zijn de meeste specialisten via tijdelijke contracten een aantal maanden in dienst gebleven. In dit verband hebben ze 'hun' praktijk – die nu van SMC was – feitelijk voortgezet. Uiteindelijk zijn de procederende specialisten echter ontslagen.

In rechte is, onder andere, de vraag gerezen of SMC en de aan SMC gerelateerde specialisten ongerechtvaardigd zijn verrijkt ten koste van een aantal specialisten die door het faillissement van het ziekenhuis hun praktijk verloren hebben. De verrijking zou dan schuilen in het feit, dat SMC en de daaraan verbonden specialisten de praktijken van de 'oude' specialisten feitelijk doorzetten en daarmee feitelijk profiteren van de goodwill van de praktijken zonder ervoor te betalen. Normaal gesproken moeten nieuwe specialisten

144 Rb. Rotterdam 18 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1509, *NJF* 2015/249, *JOR* 2015/275, m.nt. S.R. Damminga; Rb. Rotterdam 20 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:444; Rb. Rotterdam 20 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:447; Rb. Rotterdam 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7002, *JOR* 2017/16; Zie: Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3384, *RI* 2018/19 (Radiologie); Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3383 (Urologie).

zich inkopen als zij deel uit willen maken van een in het ziekenhuis gevoerde praktijk.[145] Na het faillissement van het ziekenhuis konden specialisten van de overnemende ziekenhuizen de verschillende praktijken van de verschillende specialisten voortzetten.

Er is in verschillende zin geoordeeld over de vraag of SMC c.s. aansprakelijk is op grond van ongerechtvaardigde verrijking voor de feitelijke overgang van goodwill. In de vier vonnissen van de Rechtbank Rotterdam, ingeleid door respectievelijk oogartsen, urologen, radiologen en longartsen, worden drie lijnen gekozen, waarbij verrijkingsaansprakelijkheid in het eerste vonnis wordt afgewezen en in de drie latere toegewezen. Inmiddels is er tegen twee van de toewijzende vonnissen hoger beroep ingesteld, waarbij de verrijkingsvordering van de gewezen specialisten alsnog is afgewezen door het hof Den Haag. Hieronder bespreek ik de uitspraken kort en geef daarna mijn eigen visie.

(i) In het eerste vonnis in de reeks – het oogartsenvonnis – wijst de rechtbank verrijkingsaansprakelijkheid af.[146] De oogartsen ontlenen hun praktijk en de daarmee samenhangende goodwill aan hun toelatingsovereenkomst met het ziekenhuis. De schade is het gevolg van het faillissement van het ziekenhuis. De rechtbank overweegt:

> 'Aannemelijk is dat anderen van het faillissement van SRPZ hebben geprofiteerd, in die zin dat patiënten die, in het geval SRPZ niet zou zijn gefailleerd, naar dat ziekenhuis zouden gaan als gevolg van het faillissement naar SMC gingen, en overigens ook naar andere ziekenhuizen in de regio die niet tot de C-ziekenhuizen behoren, zo is ter zitting gebleken. Niet gezegd kan echter worden dat deze eventuele verrijking van SMC en andere ziekenhuizen ongerechtvaardigd is. Derden mogen nu eenmaal profiteren van het faillissement van een concurrent. Het faillissement vormt zo bezien de rechtvaardigingsgrond voor de eventuele verrijking van SMC en anderen. Bijzondere omstandigheden kunnen dit wellicht anders maken, maar dergelijke omstandigheden zijn onvoldoende gesteld of gebleken.'

Er is volgens de rechtbank, behoudens bijzondere omstandigheden, geen verrijkingsaanspraak. In de ogen van de rechtbank vormt het faillissement een voldoende rechtvaardiging voor verrijking van het SMC ten koste van de specialisten.

De hoofregel van het in dit boek ontwikkelde systeem komt tot een vergelijkbaar resultaat: omdat er geen sprake is van een daadwerkelijke vermogensverschuiving, kan er in een geval als dit, slechts van een ongerechtvaardigde verrijking sprake zijn, wanneer er – naast het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond – bijkomende bijzondere omstandigheden zijn. Het is dan niet nodig om, zoals de rechtbank doet, het faillissement als expliciete rechtvaardigingsgrond voor de verrijking van het SMC te beschouwen.

---

145 M.W.T. Kampers, I.M.A. Lintel, 'Lessen uit het eerste ziekenhuisfaillissement. Een interveriew met mr. Vermeeren en mr. Bentfort van Valkenburg over het faillissement van het Ruwaard van Puttenziekenhuis', *TvI* 2017/18, p. 122.

146 Rb. Rotterdam 18 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1509, *NJF* 2015/249, *JOR* 2015/275, m.nt. S.R. Damminga.

(ii) Het is echter mogelijk om die bijzondere omstandigheden wel aan te nemen. In het longartsenvonnis acht de rechtbank een verrijkingsvordering mogelijk.[147] De rechtbank stelt voorop dat de goodwill van de longartsenpraktijk niet tot de boedel van het ziekenhuis behoort. Het gaat de boedel niets aan. Hoewel het faillissement feitelijk een einde heeft gemaakt aan de longartsenpraktijk, strekt de faillissementswet er niet toe dat derden de door de longartsen opgebouwde praktijk zonder vergoeding kunnen overnemen. De rechtbank vervolgt:

> 'Voor SMC merkt de rechtbank nog op dat bij gebreke van concrete betwisting voldoende aannemelijk is dat SMC geprofiteerd heeft van de in praktisch-organisatorische zin goed opgezette praktijk van eisers. Dat de medewerkers, naar aannemelijk is, bij SRVP in loondienst waren en door eisers werden ingeleend neemt immers niet weg dat eisers in die medewerkers hebben geïnvesteerd door hen te begeleiden. Ook dat maakt deel uit van de goodwill en ook voor het profiteren daarvan vormt het faillissement geen rechtvaardiging.'

Dit oordeel is in te passen in de in dit boek bepleitte benadering van het ongerechtvaardigdheidsvereiste. Hoewel er geen vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden tussen de eisende longartsen en het SMC en de daaraan verbonden longartsen, zijn de bijzondere omstandigheden zodanig dat het wél veel van een vermogensverschuiving weg heeft. Het SMC en de daaraan gelinkte specialisten hebben na het faillissement van het Ruwaard van Puttenziekenhuis als het ware het roer overgenomen van de kant en klare praktijk die de longartsen in de loop der jaren hebben opgebouwd. Die bijzondere omstandigheden rechtvaardigen, in de ogen van de Rechtbank Rotterdam, de conclusie dat er sprake is van ongerechtvaardigde verrijking.

(iii) In het urologen-[148] en radiologenvonnis[149] wordt de verrijkingsvordering evenzeer toegewezen. De argumentatie is echter anders. De rechtbank overweegt dat de verrijking van SMC c.s. ongerechtvaardigd is omdat: (1) het hier niet om een normale vorm van concurrentie gaat; (2) de patiënten na het faillissement van het Ruwaard niet meer naar de specialisten toe konden en dat de verwijzende artsen niet meer konden verwijzen naar de praktijken van de specialisten en dat het voorstelbaar is dat de verwijzende artsen een tijdlang naar het SMC zullen gaan verwijzen; (3) het in de branche gebruikelijk is dat een goodwill-vergoeding wordt betaald; (4) de verrijking niet gerechtvaardigd wordt door de overeenkomst tussen de curator en SMC op grond waarvan de laatste de activa van het Ruwaard heeft overgenomen (de overeenkomst zag uitdrukkelijk niet op de praktijken van de specialisten); en ten slotte (5) de verrijking evenmin gerechtvaardigd wordt door het faillissement omdat het faillissement van het ziekenhuis niet voor risico van de specialisten komt omdat die buiten het faillissement staan.

147 Rb. Rotterdam 31 augustus 2016 ECLI:NL:RBROT:2016:7002, *JOR* 2017/16, r.o. 4.15.2-4.15.3.

148 Rb. Rotterdam 20 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:444, r.o. 4.16.

149 Rb. Rotterdam 20 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:447, r.o. 4.13.

Net als in het *Van der Tuuk Adriani/Batelaan*-arrest, zien wij dat het oordeel inzake de ongerechtvaardigdheid bestaat uit twee componenten. Dit is enerzijds het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond (nr. 4-5) en anderzijds bijzondere omstandigheden die maken dat de verrijking van SMC c.s. ongerechtvaardigd is ondanks het feit dat er geen vermogensverschuiving heeft plaats gevonden tussen de eisers en de gedaagden (nr. 1-3). Zoals in het *Van der Tuuk Adriani/Batelaan*-arrest de BACO-overeenkomst een rol speelde, zo speelt hier het gebruik in de branche een rol om een som voor de goodwill te betalen voor de over te nemen praktijk. De wijze waarop de goodwill in handen kwam van SMC c.s. onderstreept de 'onregelmatigheid' van de verrijking. Immers, SMC c.s. heeft noch aan de curator noch aan de specialisten iets hoeven betalen voor de praktijken terwijl een vergoeding in de branche gebruikelijk is en de praktijken van de specialisten allerminst failliet waren.

(iv) Het Hof Den Haag wijst, in hoger beroep van respectievelijk het radiologie-vonnis en het urologie-vonnis (de vonnissen behandeld onder iii), verrijkingsaansprakelijkheid echter af.[150] Volgens het hof wordt de verrijking van SMC c.s. gerechtvaardigd door enerzijds de overeenkomst tussen de curator en SMC c.s. en anderzijds door de geneeskundige behandelovereenkomsten tussen SMC c.s. en de na de doorstart behandelde patiënten.[151] Het hof is bovendien van oordeel dat de specialisten er zelf voor hebben gekozen toelatingsovereenkomsten met het later gefailleerde ziekenhuis te sluiten, zodat het insolventierisico van het ziekenhuis op hen behoort te rusten.[152]

8.4.5.5 De feitelijke overname van andermans praktijk; vervolg

Laten we de faillissementsproblematiek en de overeenkomst tussen de curator en SMC c.s. een moment buiten beschouwing, dan toont de Ruwaardzaak aan dat de overgang van goodwill onder omstandigheden gelijk is te trekken met een daadwerkelijke vermogensverschuiving waarop de *sine causa*-benadering zich – analogisch – laat toepassen. Er zijn in de verschillende vonnissen van de rechtbank Rotterdam verschillende bijzondere – elkaar versterkende – omstandigheden vastgesteld die tot die conclusie nopen.

Enerzijds was het in de branche gebruikelijk om voor de overname van een praktijk een goodwill-vergoeding te betalen zonder dat dit is gebeurd (zie de vonnissen onder iii). Anderzijds heeft het geval veel weg van een feitelijke overgang van de onderneming. De gedaagde specialist gaat als het ware op de stoel zitten van de eisende specialist en is feitelijk in staat de

150 Zie: Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3384, *RI* 2018/19 (Radiologie); Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3383 (Urologie).

151 Zie: Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3384, *RI* 2018/19 (Radiologie), r.o. 2.14-2.15; Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3383 (Urologie), r.o. 2.14.2.15.

152 Zie: Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3384, *RI* 2018/19 (Radiologie), r.o. 2.16; Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3383 (Urologie), r.o. 2.16.

praktijk van de eerstgenoemde voort te zetten (zie het vonnis onder ii). In dit laatste opzicht is het geval nijpender dan *Van der Tuuk Adriani/Batelaan*. In het laatstgenoemde arrest gaat het slechts om een geval waarin een huisarts gedwongen moet stoppen met het verstrekken van geneesmiddelen. In de *Ruwaard*-casus gaat het om gevallen waarin de ene specialist het roer van de andere specialist overneemt. Met name vanwege het laatste heeft de overgang van goodwill dusdanig veel trekken van een daadwerkelijke vermogensverschuiving dat de *sine causa*-benadering zich analogisch laat toepassen. Dit betekent dat moet worden aangenomen dat het SMC en mogelijk de aan SMC verbonden specialist ongerechtvaardigd zijn verrijkt ten koste van de eisende specialisten, indien voor de overname van de goodwill geen rechtvaardigingsgrond bestaat.

In de *Ruwaard*-zaak lijkt hier echter het probleem te zitten voor de eisende specialisten. Het Hof Den Haag heeft aangenomen dat die rechtvaardiging er wél is (zie de arresten onder iv). Het SMC en in het kielzog daarvan de aan SMC verbonden gedaagde specialisten ontlenen hun voordeel aan de overeenkomst met de curator in het faillissement van het ziekenhuis. In beginsel heeft een overeenkomst verrijkingsrechtelijke derdenwerking. Dit betekent dat de overnemende specialisten in beginsel niet ongerechtvaardigd zijn verrijkt ten koste van de vertrekkende specialisten.

In mijn optiek zouden die bijzondere omstandigheden wel gevonden kunnen worden, in de omstandigheid dat de goodwill van de specialistenpraktijken niet tot de boedel van het failliete ziekenhuis behoorde zodat de curator daarover niets te zeggen had (zie vonnissen onder iii). De ratio van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking, die gevonden kan worden in de algemene beschikkingsbevoegdheid van de wederpartij van de verrijkte om over zijn eigen vermogen te beschikken, is dan afwezig of is minder overtuigend. Hier kan echter ook anders over worden gedacht. Enerzijds 'kleeft' de goodwill van de vertrekkende specialisten aan de materiele activa – de 'dokterskamers' – van het 'Ruwaard' waarover de curator wél kon beschikken. Anderzijds oefende de specialisten hun praktijk nu eenmaal uit op basis van een toelatingsovereenkomst met het Ruwaard die failliet is gegaan, zodat hoogstens een concurrente vordering resteert in het faillissement van het ziekenhuis.

Ook als betoogd wordt dat die bijzondere omstandigheden er zijn, dan is aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking nog niet zeker. Betoogd zou kunnen worden dat aansprakelijkheid onredelijk is als bedoeld in artikel 6:212 lid 1 BW, omdat dat de specialisten die door middel van een toelatingsovereenkomst met het gefailleerde ziekenhuis in zee zijn gegaan, het insolventierisico van het ziekenhuis hebben aanvaard. De omstandigheid dat de gewezen specialisten met een verrijkingsvordering het door hun aanvaarde insolventierisico van het Ruwaard afwentelen op de nieuwe specialisten, kan reden zijn om de verrijkingsaansprakelijkheid van het SMC en/of de opvolgende specialisten geheel of ten dele onredelijk te achten. Hier staat dan weer tegenover, dat drie maanden voor die tijd ziekenhuizen niet failliet pleegden te gaan.

8.4.5.6 *Goodwillaanspraak geen automatisme*

In het bestek van dit hoofdstuk is vooral van belang dat de Ruwaard-casus laat zien, dat de feitelijke overname van goodwill dusdanig veel weg *kán* hebben van een vermogensverschuiving, dat de *sine causa*-benadering zich analogisch laat toepassen. Dat de overgang van goodwill op relevante punten op een vermogensverschuiving kan lijken, betekent niet dat dit 'snel' moet worden aangenomen. Van der *Tuuk Adriani/Batelaan* en *Hulsman/De Graaf* passen bijvoorbeeld niet in dit stramien. Daarnaast kan aan het volgende voorbeeld worden gedacht. Een trendy koffiezaak in een dorpskern raakt erg in de mode en de tent zit dagelijks vol. Door een aantal slechte investeringen en een slechte kostenbeheersing gaat de zaak echter failliet. De curator slaagt er vervolgens niet in een opvolger te vinden. Binnen een maand opent een nieuwe koffiezaak de deuren in het pand naast dat van de oude koffiezaak. Ook dit café zit dagelijks vol. De eigenaar van de nieuwe koffiezaak zal ongetwijfeld flink profiteren van de goodwill zoals die door het failliete café is opgebouwd. Van een ongerechtvaardigde verrijking van de uitbater van het nieuw geopende café ten koste van (de schuldeisers in het faillissement) van de eigenaar van het failliete café zal geen sprake zijn. Er is hier geen sprake van een vermogensverschuiving en er zijn geen bijzondere omstandigheden die een verrijkingsactie rechtvaardigen. Van een verplichting om met de failliet in onderhandeling te treden is zelfs in de verste verte geen sprake, ook al profiteert de uitbater van de nieuwe koffietent feitelijk van de goodwill van diens gefailleerde voorganger.

8.4.6 De familiale sfeer

8.4.6.1 *Algemeen*

Tot nu is het steeds 'teleurstellend' dat er tussen de verrijkte en de verarmde geen overeenkomst tot stand is gekomen. Soms behoort het echter tot de natuurlijke gang van zaken om het contracteren achterwege te laten.[153] In de relatie- en familiesfeer bewijst men elkaar geregeld diensten, zonder dat partijen er ook maar aan denken een en ander te juridiseren. En als er al vermogensrechtelijk relevante afspraken worden gemaakt, dan zullen die niet altijd op papier worden gezet. Het gevolg is dat er gunsten en diensten worden verleend waarbij motieven als 'vrijgevigheid', 'eigenbelang' en het 'voor wat, hoort wat' door elkaar heen lopen. Dit is geen probleem zolang de banden goed blijven. Maar bekoelen de verhoudingen, dan kan die onduidelijkheid erin resulteren, dat partijen bij het uiteengaan over en weer aanspraken menen te hebben. In dit soort gevallen kan onder meer de vraag rijzen of iemand, na de breuk, ten koste van de ander ongerechtvaardigd verrijkt achterblijft.

153 Van Duijvendijk-Brand 1990, p. 55.

De problematiek kan nader worden geïllustreerd en toegelicht aan de hand van het arrest *Wolter/Nieskens*. Het familiebedrijf Car Center stalt en restaureert drie door Wolter sr. gekochte (en betaalde) oldtimers.[154] Het plan is dat in ruil voor de restauratie en de stalling de meeropbrengst in het familiebedrijf gestoken zal worden, waarvan Wolter jr. en Wolter sr. twee van de drie vennoten waren. Voordat de meeropbrengst gerealiseerd is, overlijdt Wolter sr. echter. Zijn echtgenoot Nieskens eist de oldtimers op en weigert voor de restauratie en de stalling te betalen. Wolter jr., aan wie de rechten van Car Center gecedeerd zijn, spreekt Nieskens aan.

Wie de feiten onbevangen tot zich neemt, zal onwillekeurig aan een stilzwijgende wederkerige overeenkomst denken. Wilsverklaringen kunnen immers 'in een of meer gedragingen besloten liggen' (artikel 3:37 lid 1 BW). Vervolgens hangt de uitleg van een eenmaal tot stand gekomen overeenkomst af, van de over en weer gedane verklaringen en gedragingen. Zou er inderdaad sprake zijn geweest van een wederkerige overeenkomst dan had de oplossing ook in die richting moeten worden gezocht. Wolter jr. zou dan van Nieskens (die Wolter sr. onder algemene titel opvolgt) nakoming, schadevergoeding of ontbinding kunnen vorderen.[155]

De zaak bereikt de Hoge Raad echter niet als een contractueel geschil, maar als een geval van ongerechtvaardigde verrijking. Dit zal (maar het is wat speculeren) mede samenhangen met het feit,[156] dat de familiaire sfeer een domein is, waar men niet te snel in vermogensrechtelijke zin aan elkaar gebonden wil zijn.[157] De lijn tussen 'een overeenkomst' en 'geen overeenkomst' zal daardoor in een familiaire verhouding niet met een vaste hand te trekken zijn. Is er in de omstandigheden van het geval géén overeenkomst te construeren, dan moet er – als één van de partijen vergoeding wil – naar een andere rechtsgrond worden gezocht om dit in rechte af te dwingen.

De verrijkingsrechtelijke inkleding van de vordering van Wolter jr. doet de vraag rijzen of de verrijking van Nieskens ongerechtvaardigd is. Het probleem is dat er geen sprake was van ongerechtvaardigdheid op het moment dat aanvang werd genomen met de restauratie en de stalling. Dit gebeurde immers overeenkomstig de wil van Car Center. Het hof beantwoordt de vraag of er van een ongerechtvaardigde verrijking sprake is dan ook ontkennend. Het stallen en restaureren 'viel', aldus het hof, 'onder de in de familiesfeer gebruikelijke diensten, die men zonder verwachting op financiële vergoeding over en weer voor elkaar verricht'. Het hof had, volgens de

154 HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO4936, *NJ* 2011/422, m.nt. H.B. Krans (Oldtimers).

155 Iets soortgelijks geldt als er sprake zou zijn van een gift onder last; ook dan moet het geval via het overeenkomstenrecht – het schenkingsrecht – worden opgelost.

156 Een andere reden kan – natuurlijk – zijn dat er niet handig is geprocedeerd of dat de overeenkomst niet goed te bewijzen is. Die bewijsmoeilijkheid kan mijns inziens weer worden versterkt door de familiaire sfeer waarin de 'afspraken' zijn gemaakt.

157 Cohen Henriquez 1991, p. 654-655; Zie over 'de wil tot gebondenheid': Nieuwenhuis 2001, p. 1795-1796.

Hoge Raad, echter niet tot dit oordeel mogen komen omdat Nieskens niet had aangevoerd dat de stalling gratis zou zijn. 'Bovendien', zo overweegt de Hoge Raad:[158]

> '[…] is door Wolter jr. onweersproken aangevoerd dat de enige reden waarom voor de stalling (en restauratie) geen kosten in rekening zijn gebracht, was gelegen in de bedoeling van de drie vennoten/aandeelhouders om de gehele meerwaarde van de oldtimers na de verkoop ervan in Car Center te investeren.'

De Hoge Raad doet de zaak vervolgens zelf af.[159] De feiten zoals aangevoerd door Wolter jr. kunnen volgens de Hoge Raad een verrijkingsvordering dragen voor de restauratie en de stalling.

Het geval doet denken aan de Romeinse *condictio ob rem* (die ook wel bekend staat als de *condictio causa data non secuta*).[160] Vereist voor de *condictio ob rem* is dat iemand heeft gepresteerd met het oog op een bepaald doel (dat in iets anders bestaat dan een delging van een bestaande schuld). Veelal gaat het om een tegenprestatie, zonder dat deze kan worden afgedwongen. Wordt het doel niet gehaald – blijft de tegenprestatie uit – dan kan de prestant de prestatie uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking of onverschuldigde betaling terugvorderen.

Dit is hier aan de orde. Wolter jr. heeft, in de woorden van de Hoge Raad, de oldtimers alleen gestald met als 'enige reden' 'de bedoeling' dat de meeropbrengst van de oldtimers in de familiezaak – Car Center – zou worden gestoken. Nu dat niet is doorgegaan, is Nieskens ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van Car Center. In plaats van een vordering tot nakoming, ontbinding of schadevergoeding (waarvoor het bestaan van een overeenkomst vereist is), heeft Wolter jr. een verrijkingsactie indien – zoals hier – de tegenprestatie uitblijft. De verrijkingsactie fungeert als een surrogaat voor het afwezige contract. De verrijking die aanvankelijk niet ongerechtvaardigd is, wordt door de beëindiging van de samenwerking ongerechtvaardigd, omdat de prestatie is verricht met het oog op een bepaalde tegenprestatie die – uiteindelijk – is uitgebleven.

Wolter/Nieskens laat zien, dat de verrijkingsactie een rol kan vervullen als familieleden elkaar dingen beloven zonder dat zij harde contractuele gebondenheid beogen en er een kink in de kabel komt. Toch kan het arrest slechts in beperkte mate als model dienen, als het gaat om de beoordeling van verrijkingsaanspraken in familiaire verhoudingen. Enerzijds zal het doel van prestaties in de familiesfeer lang niet altijd zuiver vermogensrechtelijk van aard zijn. Lang niet alle gevallen hebben, zoals de zaak *Wolter/Nieskens*, een zakelijke dimensie waarin de afspraak wel iets weg heeft van een *gentlemen's*

158 R.o. 3.7.
159 R.o. 3.8.
160 Daarover: Zimmermann 1990, p. 843-844.

agreement. Anderzijds zal de doelstelling van de prestatie lang niet altijd de eindigheid hebben van een enkele wel omlijnde tegenprestatie. De bedoelingen zijn veelal juist oneindig.

Dit laatste is met name aan de orde bij affectieve relaties en andere situaties waarin familieleden met elkaar samenwonen. Iemand besluit, bijvoorbeeld, tienduizenden euro's in het huis van de geliefde te steken om met hem of haar – in potentie tot de dood – samen te leven.[161] Of een ouder gaat bij zijn of haar kinderen wonen en doet daarvoor investeringen in het onroerend goed van de kinderen welke – bijvoorbeeld na een ruzie – terug wordt verlangd.[162] De vraag is hoe het recht met dit soort existentiële investeringen moet omgaan wanneer het tot een onverwachte breuk komt.

8.4.6.2 Verrijkingsaanspraken na de beëindiging van een affectieve relatie; algemeen

Het huwelijksvermogensrecht kent het leerstuk van de vergoedingsrechten. Tijdens het huwelijk kunnen er tussen de echtgenoten vergoedingsrechten ontstaan. 'Indien een echtgenoot', zo bepaalt artikel 1:87 lid 1 BW, 'ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot een goed dat tot zijn eigen vermogen zal behoren, verkrijgt of indien ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot een schuld ter zake van een tot zijn eigen vermogen behorend goed wordt voldaan of afgelost, ontstaat voor de eerstgenoemde echtgenoot een plicht tot vergoeding.' De regeling voorkomt dat de verkrijgende echtgenoot ten koste van de financierende echtgenoot ongerechtvaardigd wordt verrijkt.[163] Een vergoedingsrecht ontstaat dan ook alleen – net als bij de ongerechtvaardigde verrijking het geval zou zijn – als er voor de vermogensverschuiving geen rechtvaardigingsgrond bestaat, zoals een gift of een andersoortige overeenkomst.[164]

Anders dan het geval is bij een huwelijk en het geregistreerde partnerschap, is de vermogensrechtelijke afwikkeling van een affectieve tweerelatie en andersoortige familiaire samenleefsituaties niet expliciet gereguleerd.[165] In de rechtspraak en de literatuur zijn er echter ontwikkelingen gaande in de richting van een analogische toepassing van de vergoedingsrechten voor samenleefvormen anders dan het huwelijk of het geregistreerde partnerschap. Kolkman & Salomons zien de grondslag in artikel 6:1 BW; een vergoedingsrecht is een verbintenis die – op de voet van het *Quint/te Poel*-arrest – past in het stelsel van de wet en aansluit bij de wél in de wet geregelde gevallen. De vergoedingsrechten bij het huwelijk en het geregistreerde part-

161 Zie bijvoorbeeld: Hof Amsterdam 28 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2015:1621.
162 Zie bijvoorbeeld: Rb. Rotterdam 23 september 2009, *NJF* 2010/77; Rb. Limburg 14 mei 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:4387, *NJF* 2014/275.
163 Vgl. Asser/De Boer 1* 2010/450 en de aldaar aangehaalde literatuur.
164 J.H. Lieber in: *GS Personen- en Familierecht,* artikel 1:81 BW, aant. 9.
165 Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/559 e.v.

nerschap zijn dan punt van aanknoping.[166] Schrama echter, acht de analogische toepassing van vergoedingsrechten op een affectieve tweerelatie vanuit een dogmatisch oogpunt problematisch. Zij ziet de aansluiting bij de wél in de wet geregelde gevallen níet.[167] Of de vergoedingsrechten via de *Quint/te Poel*-formule rechtstreeks analogisch kunnen worden toegepast bij het afwikkelen van bekoelde affectieve relaties is dus onzeker. Die onzekerheid zal mijns inziens groter worden, naar mate de samenleefvorm verder af staat bij die van het huwelijk en het geregistreerde partnerschap. Rechtstreekse analogische toepassing van de vergoedingsrechten is ook niet nodig, omdat het vermogensrecht in het algemeen en de verrijkingsactie meer in het bijzonder tot vergelijkbare resultaten kan leiden.

Worden de vergoedingsrechten niet rechtstreeks toegepast dan moeten eventuele vermogensrechtelijke geschillen die ontstaan na het einde van een affectieve relatie met het algemene vermogensrecht worden opgelost.[168] Globaal kan het volgende beeld worden geschetst. Zeker als er forse vermogensverschuivingen plaatsvinden, doen partijen er verstandig aan om de vermogensrechtelijke kant van hun relatie contractueel goed vorm te geven, zodat zo helder mogelijk is vastgelegd wie na het einde van de relatie waar recht op heeft. Om begrijpelijke redenen gebeurt dit lang niet altijd. De eventuele vermogensrechtelijke afspraken vormen veelal een bijkomstigheid.[169] De rest van de afwikkeling wordt voornamelijk bepaald door het goederenrecht. Als niet anders is overeengekomen, nemen beide partners na het einde van de affectieve relatie hun eigen vermogensbestanddelen mee. Voor zover er ten aanzien van één of meerdere goederen een gemeenschap is ontstaan, moet deze overeenkomstig de toepasselijke regels worden afgewikkeld.

Er kunnen ook verrijkingsaanspraken ontstaan.[170] De vraag of de ene partner na de beëindiging van de relatie ten koste van de ander ongerechtvaardigd is verrijkt, kan met name rijzen als de één in een vermogensbestanddeel van de ander heeft geïnvesteerd, zonder dat daar duidelijke afspraken over zijn gemaakt. Het kan bijvoorbeeld gaan om gevallen waarin de eiser een financiële bijdrage heeft gedaan bij de aankoop van de auto of het huis van de gedaagde. Dit kan ook gebeuren in de vorm van de aflos-

166 Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/572. Vgl. B.E. Reinhartz in haar noot onder: Hof 's-Hertogenbosch 24 april 2012, JPF 2012/107.

167 Schrama 2014b, par. 3.

168 Schrama 2014a, par. 1.
Schrama 2014b, par. 3. Ook in mijn optiek is het maar de vraag of de vergoedingsrechten voor analogische toepassing in aanmerking komen. Enerzijds heeft de wetgever er expliciet voor gekozen de vergoedingsrechten tot het huwelijk te beperken. Anderzijds zijn er zo veel vormen van samenleving denkbaar, dat het gevaarlijk is de vergoedingsrechten zomaar analogisch van toepassing te verklaren op niet huwelijkse samenleefvormen.

169 De Boer, Kolkman en Salomons spreken van een ideële doelstelling. Zie: Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/559. De vermogensrechtelijke afspraken omschrijven zij als een onzelfstandig onderdeel van de gemaakte afspraken (nr. 566).

170 Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/565. Schrama 2014b, par. 3; Autar-Matawlie & Leonhard-Strien 2013, par. 4.2; Mellema-Kranenburg 2009, par. 5.

sing van een bepaalde schuld van de partner. Naast prestaties van financiële aard, kan het ook gaan om prestaties in *natura.* De eiser kan het huis van de gedaagde hebben verbouwd of de eiser kan tijdens de relatie 'om niet' in de onderneming van de gedaagde hebben gewerkt.

Onder welke omstandigheden moet een verrijking van de ene ex-partner ten koste van de andere ex-partner nu als een *ongerechtvaardigde* verrijking worden gezien? De Rechtbank Almelo wijdt een principiële (en strenge) overweging aan de problematiek van de vermogensrechtelijke afwikkeling van een afgebroken affectieve relatie:[171]

> 'De rechtbank overweegt dat het gedurende een affectieve relatie niet ongebruikelijk is, dat partners (over en weer) betalingen doen. Uitgangspunt is echter dat bij het einde van de affectieve relatie geen financiële afrekening plaatsvindt. Er is geen ruimte voor de stelling dat een partij heeft gepresteerd zonder daartoe gehouden te zijn, noch voor de stelling dat een partij heeft ontvangen zonder daar recht op te hebben. Een affectieve relatie staat er aan in de weg dat uit dien hoofde aanspraken, tegen de (op dat moment) bij de partners bestaande wil, zouden ontstaan. Dit wordt vanzelfsprekend anders, indien partijen daarover afspraken maken.'

De rechtbank raakt in deze overweging de kern van het probleem als het gaat om de toelaatbaarheid van een verrijkingsactie na een affectieve relatie. Enerzijds is het in een relatie gebruikelijk dat er op bepaalde schaal tussen de partners vermogensverschuivingen plaats vinden. Anderzijds zullen deze vermogensverschuivingen in de regel geschieden overeenkomstig de wil van de beide partners. Op het moment dat de gunst wordt verleend, of de dienst wordt verricht, zal er daarom van een ongerechtvaardigde verrijking géén sprake zijn. Van hieruit komt de rechtbank tot 'het uitgangspunt' dat er geen financiële afrekening plaats hoeft te vinden en dat er geen plaats is voor aanspraken gebaseerd op onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking.

Is de Rechtbank Almelo de juiste weg ingeslagen? Het is in mijn optiek juist, dat het uitgangspunt moet zijn dat er na het einde van een relatie geen aanspraken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking ontstaan als het gaat om reguliere diensten en uitgaven. Enerzijds zal uit de schriftelijke of stilzwijgende overeenkomst van samenleving voortvloeien, dat men voor elkaar zorgt en voor zover dit niet overeen gekomen is, zal er niet zelden een daartoe strekkende natuurlijke verbintenis kunnen worden aangenomen. Anderzijds zal er in de context van een affectieve relatie in de regel een bevoordelingsbedoeling kunnen worden aangenomen, wanneer men elkaar – op wat voor wijze dan ook – bevoordeelt. In een relatie *geeft* men om elkaar.

Dat er helemaal 'geen ruimte' bestaat voor verrijkingsaanspraken omdat partijen uit vrije wil in elkaar investeren, zoals de Rechtbank Almelo lijkt te suggereren, gaat echter één brug te ver. Bedacht moet namelijk worden,

171 Rb. Almelo 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BY3392; Het vonnis wordt ook genoemd in: Schrama 2014b, par. 2.

dat iemand kan investeren in – bijvoorbeeld – het huis of de auto van de partner met het oog op een *gezamenlijke toekomst* waarin de auto en het huis gezamenlijk worden gebruikt. Vanuit een goederenrechtelijk perspectief kwalificeert een dergelijke investering weliswaar als een investering in het vermogen van de partner, maar vanuit een existentieel perspectief is er – in ieder geval ten dele – tevens sprake van een investering in de *eigen toekomst*. Als ik in het huis van mijn vriendin investeer, dan investeer ik niet alleen in haar huis, maar ook in mijn 'thuis'. Hoe kan aan dit existentiële perspectief recht worden gedaan?

In 2008 bereikt het *Bundesgerichtshof* een geval waarin de eiser, in het kader van samenwoonplannen, de bouw van de woning van de gedaagde voor ongeveer de helft heeft gefinancierd. Na een aantal jaar samenwonen eindigt de relatie. De eiser vordert zijn investering terug op grond van – onder meer – ongerechtvaardigde verrijking. Is de eiser van het woonhuis door de investering ongerechtvaardigd verrijkt? Onder bepaalde omstandigheden houdt het *Bundesgerichtshof* een verrijkingsaanspraak inderdaad voor mogelijk:[172]

> 'Nach § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. BGB besteht für den Empfänger einer Leistung die Pflicht zur Herausgabe der Zuwendung, sofern der mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist. Ein Bereicherungsanspruch wegen Fehlschlagens dieser Erwartung setzt voraus, dass darüber mit dem Empfänger der Leistung eine Willensübereinstimmung erzielt worden ist; einseitige Vorstellungen genügen nicht. Eine stillschweigende Einigung in diesem Sinne kann aber angenommen werden, wenn der eine Teil mit seiner Leistung einen bestimmten Erfolg bezweckt und der andere Teil dies erkennt und die Leistung entgegennimmt, ohne zu widersprechen. […]
>
> Die danach erforderliche finale Ausrichtung der Leistung auf einen nicht erzwingbaren Erfolg wird sich innerhalb einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft oder einer anderen auf Dauer angelegten Partnerschaft nur bezüglich solcher Zuwendungen oder Arbeitsleistungen feststellen lassen, die deutlich über das hinausgehen, was die Gemeinschaft Tag für Tag benötigt. Sie kann auch nicht allgemein in dem gegenwärtigen Zusammenleben mit dem Partner erblickt werden. Zu fordern ist vielmehr eine konkrete Zweckabrede, wie sie etwa dann vorliegen kann, wenn die Partner zwar keine gemeinsamen Vermögenswerte schaffen wollten, der eine aber das Vermögen des anderen in der Erwartung vermehrt hat, an dem erworbenen Gegenstand langfristig partizipieren zu können.'

Het *Bundesgerichtshof* past hier de logica van de *condictio ob rem* toe. Hier wordt er echter niet gepresteerd in de verwachting van een tegenprestatie, maar in de verwachting van een harmonieuze gezamenlijke toekomst. Er wordt daarom wel gesproken van *Erwartungsfälle*. Als een vermogensverschuiving uitstijgt boven de reguliere uitgaven binnen een relatie of een andersoortige familieverhouding, dan kan er een ongerechtvaardigde verrijking ontstaan op het moment dat de samenleefsituatie beëindigd wordt. Het *Bundesgerichtshof* stelt hiervoor – zoals bij de *condictio ob* rem het geval is – als eis dat er over die verwachting wilsovereenstemming bestaat. Met het enkele samenleven is die wilsovereenstemming niet gegeven. Wel kan

172 BGB 9 juli 2008, XII ZR 179/05, r.o. 34-35.

deze in beginsel worden verondersteld als één van de partners in het vermogen van de ander investeert, in de verwachting dat hij of zij zelf ook duurzaam gebruik zal kunnen maken van het vermogensbestanddeel waarin de investering is gedaan. Dit zou met name het geval kunnen zijn, als iemand investeert in het woonhuis van de partner waarmee hij samenwoont.

In mijn optiek zou wilsovereenstemming over het voorwaardelijke karakter van de investering geen vereiste moeten zijn. Beslissend zou moeten zijn of de investering is gedaan met het oog op een gezamenlijke toekomst. In mijn optiek is er sprake van een ongerechtvaardigde verrijking als achtereenvolgens (1) de investering uitstijgt boven de reguliere dagelijkse uitgaven; (2) de investering mede is gedaan met het oog op de eigen toekomst en er (3) geen specifieke rechtvaardigingsgrond (zoals een bevoordelingsbedoeling) is die de verrijking van de verrijkte partner rechtvaardigt.

Wanneer iemand – bijvoorbeeld – het huis van zijn partner verbouwt waarin hijzelf voor onbepaalde tijd woonachtig is, dan zal hij of zij dat mede doen met het oog op de eigen toekomst. Een goed voorbeeld biedt een geval, waarin de cascowoning van de gedaagde versneld is afgebouwd op kosten van de eiser (in dit geval de vader van de vriendin van de gedaagde).[173] Ongerechtvaardigde verrijking werd aangenomen.[174]

Hetzelfde moet gelden als het gaat om handelingen die sterk in de economische sfeer liggen en die met het oog op een gezamenlijke (financiële) toekomst zijn verricht. Als de ene partner structureel helpt in 'de zaak' van de andere partner, dan zal dit een investering zijn in de gezamenlijke toekomst.[175] Als die verwachting niet uitkomt, dan zou in mijn optiek geoordeeld moeten worden, dat de ondernemer ongerechtvaardigd is verrijkt, al wordt er in de rechtspraak verschillend over geoordeeld. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch nam verrijkingsaansprakelijkheid aan in een geval waarin een vrouw had gewerkt in de onderneming van de man,[176] de Rechtbank Assen echter, wees de verrijkingsaansprakelijkheid van een boer af voor het – jarenlange – werk dat zijn voormalige vriendin in de boerderij had verzet.[177] Schrama is terecht kritisch over deze laatste uitspraak.[178]

Opgemerkt moet worden dat de Hoge Raad in de jaren tachtig bepaald zuinig is geweest met het toekennen voor een vergoeding voor arbeid gedaan door de ene echtgenoot in de onderneming van de andere echtgenoot

173 Rb. Noord-Nederland 20 februari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ2651.

174 Zie echter: Hof Amsterdam 28 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2015:162. In deze zaak heeft appelante € 40.000 in de woning van de geïntimeerde zitten. Het hof overweegt dat 'de investering van [appellante] in het appartement', het gevolg was '[…] van de kennelijk daartoe door partijen gemaakte afspraak teneinde koop van een gezamenlijk te bewonen appartement mogelijk te maken'. Het hof wijst de verrijkingsvordering af.

175 Van der Burght 1992, p. 891.

176 Zie: Hof Den Bosch 3 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW0990, *JPF* 2013/29, m.nt. B.E. Reinhartz.

177 Rb. Assen 20 juni 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BW9881.

178 Schrama 2014a, par. 3.2.

tijdens een huwelijk onder koude uitsluiting.[179] De Hoge Raad wil de uitsluiting niet te makkelijk doorbreken. Van een doorbreking van die koude uitsluiting is mijns inziens echter geen sprake als iemand betaling vraagt voor gewerkte uren. Waarin verschilt de situatie waarin iemand € 10.000 in andermans goed investeert op grond waarvan op de voet van artikel 1:87 BW een vergoedingsrecht kan ontstaan, met de situatie waarin iemand voor € 10.000 aan arbeid heeft geleverd? De geest van artikel 1:87 BW zou een steunargument voor een verrijkingsaanspraak op grond van artikel 6:212 lid 1 BW kunnen en moeten opleveren.[180]

Overigens doet degene die in de onderneming van de partner heeft gewerkt er verstandig aan te bezien of er een maatschap is ontstaan of een arbeidsovereenkomst; het zijn wegen die – als ze begaanbaar blijken – in potentie méér beloven.

8.4.6.3 Verrijkingsaanspraken na een affectieve relatie; complicaties

Het voorgaande mag niet de indruk wekken dat de materie eenvoudig is. Bij het beoordelen van verrijkingsaanspraken na een affectieve relatie doen zich verschillende complicaties voor.

(i) Het is heel wel mogelijk dat er voor de verrijking van één van de partners een rechtvaardigingsgrond kan worden aangewezen.

Ten eerste kan er sprake zijn geweest van een gift of een andersoortige (rechts)handeling met een bevoordelingsbedoeling. Of die beoordelingsbedoeling er is, moet beoordeeld worden aan de hand van de Haviltex-maatstaf.[181]

Een spectaculair voorbeeld (uit het huwelijksvermogensrecht) is een geval waarin één van de echtelieden – na enkele maanden huwelijk onder koude uitsluiting – met een gift van € 200.000 naar haar huis in de Verenigde Staten terugkeert (de ene echtgenoot loste een schuld van de andere echtgenoot af). Haar echtgenoot heeft bij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch het nakijken.[182]

---

179 Reinharz wijst erop in haar noot onder Hof 's-Hertogenbosch 3 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW0990, *JPF* 2013/29. Zie: HR 25 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0529, *NJ* 1989/529, m.nt. E.A.A. Luijten (Hilversumse Horeca). De vrouw vordert op grond van de redelijkheid en billijkheid die onder echtelieden geldt, vergoeding voor haar onbetaalde arbeid in de onderneming van de man. De Hoge Raad wijst de vordering af. Zie ook: HR 4 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB8961, *NJ* 1988/678, m.nt. E.A.A. Luijten (Bloemendaalse Horeca). In dit geval waarin partijen onder koude uitsluiting gehuwd waren, vordert de vrouw op grond van art. 1:81 BW de overdracht van één van de (meerdere) horecaondernemingen van de man en subsidiair fl. 500.000 om een vergelijkbare onderneming te kopen. Zij betoogt daartoe, dat zij jarenlang voor de man heeft gewerkt en aldus heeft geholpen zijn imperium op te bouwen. Haar vordering strandt, omdat deze niet past in het (huwelijksvermogens)recht.

180 Kennelijk anders: Reinharz in haar noot onder: Hof 's-Hertogenbosch 3 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW0990, *JPF* 2013/29.

181 Zie: HR 22 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX1571, *NJ* 2006/521, r.o. 3.4.

182 Hof Den Bosch 15 januari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC2730.

Partijen kunnen ook impliciet of expliciet een bepaalde kostenverdeling afspreken.[183] Een impliciete bevoordelingsbedoeling zou ik echter minder snel willen aannemen, naarmate de investering forser is en duidelijk is dat de eiser die de investering in – bijvoorbeeld – het huis van de gedaagde heeft gedaan, zelf ook de vruchten van de investering beoogde te trekken.[184]

Ten derde kunnen er in familiaire verhoudingen natuurlijke verbintenissen bestaan, die als rechtvaardigingsgrond gelden voor bepaalde verrichte gunsten en diensten.[185] Is er – bijvoorbeeld – mantelzorg verleend, dan zal dit in de regel niet resulteren in een verrijkingsaanspraak ook al kan die mantelzorg een forse vermogenswaarde vertegenwoordigen. Het verlenen van mantelzorg zal in de regel berusten op een 'dringende morele verplichting' als bedoeld in artikel 6:3 lid 2 sub b BW.

(ii) Een andere moeilijkheid bestaat hierin, dat een verrijkingsaanspraak zich naar haar aard richt op een *geïsoleerd* verrijkingsfeit. De eiser heeft het huis van de gedaagde gerenoveerd en daarin ziet hij een ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde. Dat slechts één 'losse verrijking' in de beoordeling wordt betrokken kan problematisch zijn. In een relatie is het een voortdurend geven en nemen. Het kan zo zijn, dat tegenover de verbouwing van het huis staat dat de eiser jarenlang om niet in het huis heeft gewoond. In de regel zal de verrijking zijn ingebed in een web van gunsten en diensten.

De vereisten van artikel 6:212 lid 1 BW geven de ruimte om de gehele relationele vermogensrechtelijke context in de beoordeling te betrekken.[186]

Die context kan allereerst een rol spelen bij de vaststelling van de *verrijking* van de eiser. Als de eiser, bijvoorbeeld, het huis van de gedaagde heeft gerenoveerd, terwijl de eiser 'om niet' kost en inwoning heeft genoten, dan is dit van invloed op de verrijking van de gedaagde. Tegenover de renovatie van het huis staat dat de gedaagde de kosten van kost en inwoning van de eiser op zich genomen heeft. Deze kosten moeten op de verrijking in minde-

183 Zie recent bijvoorbeeld: Hof Den Haag 7 maart 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:643. Het ging om een bijdrage van de man bij de aflossing van de restschuld van de vrouw. Onverschuldigde betaling, een vergoedingsrecht of ongerechtvaardigde verrijking werd niet aangenomen. 'De grond daarvoor lag in de samenwoningsrelatie tussen partijen. Zij wilden tezamen de woning aan de [adres] te [plaatsnaam] kopen en hebben daartoe de woning van de vrouw verkocht. Om een en ander te kunnen financieren is de man de schuld aangegaan en partijen zijn er, in elk geval tot het einde van de samenwoning, beiden van uitgegaan dat hieruit geen verplichting voor de vrouw jegens de man voortvloeide.'

184 Zie echter: Hof Amsterdam 28 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2015:162. In deze zaak heeft appelante € 40.000 (!) in de woning van de geïntimeerde zitten. Het hof overweegt dat 'De investering van [appellante] in het appartement', het gevolg was '[…] van de kennelijk daartoe door partijen gemaakte afspraak teneinde koop van een gezamenlijk te bewonen appartement mogelijk te maken.' Het hof wijst de verrijkingsvordering af.

185 Schrama 2014b, par. 4. Zie bijvoorbeeld: Rb. Haarlem 9 juli 2003, ECLI:NL:RBHAA:2003:AI1183, *NJF* 2003/54.

186 Een andere mogelijkheid is, dat verschillende vorderingen over en weer worden verrekend.

ring worden gebracht. Het komt er in mijn optiek op aan, of één van de partijen, per saldo ongerechtvaardigd is verrijkt na het einde van de relatie.[187]

De context van het geven en nemen kan ook – indirect – tot zijn recht komen in het kader van het ongerechtvaardigdheidsvereiste. Het Hof Den Haag oordeelde, in een geval waarin de vrouw op eigen kosten voor de kinderen zorgde en in de woonlasten voorzag terwijl de man het huis renoveerde, tot een al dan niet stilzwijgend overeengekomen kostenverdeling die aan een verrijkingsaanspraak van de man in de weg stond.[188] Wordt een dergelijke stilzwijgende afspraak aangenomen, dan is een eventuele daarmee samenhangende verrijking van de eiser ten koste van de gedaagde niet ongerechtvaardigd. Als een dergelijke kostenverdeling kan worden aangenomen, dan is dit een rechtvaardigingsgrond voor de verrijking. De eventuele onevenwichtigheid van de overeengekomen kostenverdeling doet dan niet ter zake. Hoogstens kan de onevenwichtigheid van de verdeling van invloed zijn op de aannemelijkheid daarvan.

(iii) Het schadevereiste kan een ander obstakel voor postrelationele verrijkingsaanspraken zijn. De eiser heeft alleen een vordering als hij *schade* heeft geleden.

In het bekende arrest *Baartman/Huijberts* werd de vordering van de eiser die het huis van de gedaagde verbouwd had, door het hof afgewezen omdat hij niet kon aantonen dat hij schade had geleden. Volgens het hof leidt het verlies van vrije tijd alleen tot schade, als de eiser kan aantonen dat hij in dezelfde tijd elders betaald werk had kunnen verrichten. Dit was in deze zaak niet het geval, omdat de eiser een uitkering trok. Dit oordeel geeft, aldus de Hoge Raad, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.[189] Zoals we hebben gezien kan de subjectieve invulling van het criterium van de alternatieve aanwendbaarheid worden bekritiseerd en verworpen.[190]

Aan het criterium van de alternatieve aanwendbaarheid is zonder meer voldaan als de eiser structureel werkzaam is geweest in het bedrijf van de gedaagde, zoals in het geval dat voor het Gerechtshof 's Hertogenbosch is gekomen.[191] In mijn optiek is het bewijs dat de eiser zijn arbeid elders te gelde had kunnen maken – behoudens bijzondere omstandigheden – met de

187 Zie: Hof Amsterdam 28 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:CA2984. Hoewel de vrouw aantoonde dat zij € 2.500 aan de auto had meebetaald, kon – volgens het hof – niet worden vastgesteld dat de man was verrijkt omdat de vrouw geen inzicht had gegeven in de overige verdeling van de huishoudelijke kosten (r.o. 4.7). Het hof houdt de rekening met de inbedding van de verrijking in de algehele vermogensrechtelijke gang van zaken. Overigens lijkt het mij eerder zo, dat het op de weg van de man ligt om de kosten van de huishouding inzichtelijk te maken.

188 Hof Den Haag 22 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3921.

189 HR 11 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC1957, *NJ* 1986/622, m.nt. W.C.L. van der Grinten (Baartman/Huijbers), r.o. 3.2.

190 Zie par. 5.3.5.4.

191 Hof Den Bosch 3 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW0990, *JPF* 2013/29, m.nt. B.E. Reinhartz. Zie echter: Rb. Assen 20 juni 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BW9881. In dit laatste vonnis wordt de verrijkingsvordering van de vrouw, die een tijdlang in het boerenbedrijf van de man heeft gewerkt, afgewezen.

werkzaamheden in het bedrijf van de gedaagde gegeven.[192] Een verrijkingsaanspraak voor de gewerkte en onbetaalde uren is dan in beginsel passend omdat de partner in de onderneming van de andere partner werkt met het oog op een gezamenlijke toekomst. Komt de samenleefsituatie te vervallen dan ligt er een ongerechtvaardigde verrijking voor.

8.4.6.4 Verrijkingsaanspraken na een affectieve relatie; vergelijking met vergoedingsrechten

Een verrijkingsaanspraak kan in het kader van een affectieve relatie (of een andersoortig geval waarin familieleden samenwonen) met name ontstaan in situaties waarin er tijdens het huwelijk of het geregistreerde partnerschap vergoedingsrechten zouden kunnen ontstaan. Er zijn echter verschillen.

(i) Een eerste verschil is dat een vergoedingsrecht ontstaat direct mét de vermogensverschuiving, terwijl een verrijkingsaanspraak pas ontstaat na de breuk, omdat pas dan de grond aan de verrijking komt te ontvallen. Als de eiser bijvoorbeeld een substantiële som geld investeert in het huis van de gedaagde, dan ontstaat er in het kader van een huwelijk of een geregistreerd partnerschap direct een vergoedingsrecht. Geschiedt de investering gedurende een affectieve relatie dan ontstaat er niet met de investering een verrijkingsvordering. Tijdens de relatie is er een rechtvaardigingsgrond, die gevonden kan worden in de bedoeling van de samenlevende partijen om nu en in de toekomst samen te leven. De verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser wordt gerechtvaardigd door de wil van de eiser, die mede wordt bepaald door de wens en de verwachting duurzaam met de gedaagde samen te leven.[193] Pas als de relatie eindigt komt deze rechtvaardigingsgrond aan de verrijking te ontvallen en kwalificeert de investering van de eiser in het huis van de gedaagde (waarvan hij steeds ook zelf te vruchten heeft geplukt) – behoudens een andersoortige rechtvaardigingsgrond zoals een samenleefovereenkomst of een gift – als een ongerechtvaardigde verrijking.[194] Dit omdat de investering alleen is gedaan met de bedoeling en de verwachting van een gezamenlijke toekomst: komt die verwachting niet uit, dan is er bij afwezigheid van een andersoortige rechtvaardigingsgrond sprake van een ongerechtvaardigde verrijking.

---

192 Het hof schat in het bovengenoemde arrest *ex aequo et bono*. Zie r.o. 7.11.

193 Vgl. Van Duijvendijk-Brand 1990, p. 69-70 en p. 247-249. Zij ziet – in aansluiting op Duitse schrijvers – de levensgemeenschap als rechtvaardigingsgrond die later weg kan vallen. Overigens zou zij het onderhavige geval, waarin de een in het goed van de ander investeert een – stilzwijgende – verrekenovereenkomst aannemen, zie p. 70.

194 Vgl. de kernoverweging uit het Oldtimer-arrest waarin de Hoge Raad tot ongerechtvaardigdheid kwam: '[…] door Wolter jr. [is] onweersproken aangevoerd dat de enige reden waarom voor de stalling (en restauratie) geen kosten in rekening zijn gebracht, was gelegen in de bedoeling van de drie vennoten/aandeelhouders om de gehele meerwaarde van de oldtimers na de verkoop ervan in Car Center te investeren.' Nu die bedoeling niet uitkwam was de verrijking ongerechtvaardigd. Zie: HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO4936, *NJ* 2011/422, m.nt. H.B. Krans (Oldtimers), r.o. 3.7.

(ii) Een tweede verschil is dat de reikwijdte van de algemene verrijkingsactie op tenminste een punt ruimer is dan de vergoedingsrechten. Arbeid verricht in de onderneming of aan het huis van de partner valt, bijvoorbeeld onder de verrijkingsvordering, terwijl dit niet het geval lijkt te zijn bij artikel 1:87 BW.

(iii) Er lijkt nog een derde verschil te zijn. Voor vergoedingsrechten geldt de beleggingsleer.[195] Investeert iemand € 100.000 in het huis van zijn echtgenoot, en stijgt het huis na de investering met 10% in waarde dankzij gunstige marktontwikkelingen, dan heeft hij recht op € 110.000. Daalt de waarde van het huis met 10%, dan hangt het ervan af of de echtgenoot toestemming heeft gegeven voor de investering of niet. Is dit niet het geval dan krijgt hij het nominale bedrag terug (€ 100.000). Is die toestemming er wel, dan heeft hij slechts aanspraak op € 90.000.[196]

Wordt tijdens de affectieve relatie geageerd op grond van ongerechtvaardigde verrijking, dan lijkt – in ieder geval op het eerste gezicht – vergoeding van maximaal de nominale waarde het meest voor de hand te liggen. Hier zijn twee redenen voor.

In de eerste plaats kan de vraag worden gesteld, of de waardevermeerdering van het huis wel kwalificeert als een ongerechtvaardigde verrijking. De waardevermeerdering van het huis die het gevolg is van een gunstige markt is géén vermogensverschuiving, zodat het enkele ontbreken van een rechtvaardigingsgrond de verrijking van de huiseigenaar niet ongerechtvaardigd maakt. De verrijking die in de waardestijging van het huis besloten ligt is daarom alleen ongerechtvaardigd als bijzondere omstandigheden tot die conclusie leiden.

In de tweede plaats zal de schade van degene die in het huis heeft geïnvesteerd, niet zonder meer zijn gelijk te stellen met de waardestijging van het huis. De schade lijkt niet groter te zijn dan het geïnvesteerde – nominale – bedrag vermeerdert met een renteopslag.

Toch is de beleggingsleer, op basis waarvan de verrijkingsschuldeiser ook aanspraak kan maken op waardevermeerdering goed verdedigbaar. De horde van het ongerechtvaardigdheidsvereiste kan in mijn optiek zonder veel problemen genomen worden. Ondanks het feit dat de waardevermeerdering níet ligt besloten in een vermogensverschuiving tussen de eiser en de gedaagde, kunnen er twee redenen worden aangewezen waarom de verrijking van de huiseigenaar ten koste van degene die erin heeft geïnvesteerd, toch ongerechtvaardigd is. Enerzijds ligt de waardestijging in het verlengde van de vermogensverschuiving. De € 100.000 van de eiser 'zit' in het huis dat in waarde gestegen is. Anderzijds gaat de wet bij de vergoedingsrechten bij het huwelijk uit van de beleggingsleer. Kennelijk ligt daar de verkeersopvatting aan ten grondslag dat degene die investeert in het goed van de levens-

195 Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/187.

196 Vergelijkbare cijfermatige voorbeelden worden gegeven in: Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/187.

partner in de winst behoort te delen. De gedachte behoort door te werken bij de invulling van het ongerechtvaardigdheidsvereiste.

Ook de horde van het schadevereiste is in mijn optiek te nemen. Als schade zou gezien kunnen worden de kans die de eiser verloren heeft laten gaan om zijn geld in een vergelijkbaar beleggingsobject te steken. Dit betoog is met name zinnig als de onroerendgoedmarkt goed geweest is. Bovendien zou betoogt kunnen worden dat de beleggingsleer bij de invulling van het schadevereiste van artikel 6:212 lid 1 BW door behoort te werken. De Hoge Raad heeft immers een vergelijkbare juridisch-technische tournure gemaakt in het *Subway*-arrest.[197] De schade werd daar begroot op een redelijke huurprijs. Daar werkten bepalingen uit het huurrecht door in de vaststelling van de omvang van de schade. Hier zou de beleggingsleer van artikel 1:87 lid 2 BW reflexwerking kunnen hebben.

Overigens zou de beleggingsleer ook nadelig voor de eiser kunnen zijn. De recente geschiedenis heeft aangetoond dat huizenprijzen niet alleen kunnen stijgen, maar ook kunnen dalen. Wordt de beleggingsleer toegepast, dan kan de eiser ook minder terugkrijgen dan het nominaal geïnvesteerde bedrag. Die negatieve kant van de beleggingsleer is heel goed in het verrijkingsleerstuk in te passen. Daalt de waarde van het investeringsobject in waarde, dan zou hierin heel wel een vermindering van de verrijking gezien kunnen worden die niet aan de verrijkte gedaagde kan worden toegerekend. Daalt de waarde van het huis met 10%, dan daalt het op grond van ongerechtvaardigde verrijking te vergoeden bedrag met 10% op grond van artikel 6:212 lid 2 BW.[198]

8.5 De afwikkeling van de overeenkomst

8.5.1 Algemeen

In de vorige paragraaf functioneerde de verrijkingsactie als een surrogaat voor een afwezige overeenkomst. Vanaf nu bekijken we wanneer de algemene verrijkingsactie een rol kan spelen in gevallen waarin er wél een overeenkomst tussen de verrijkte gedaagde en de verarmde eiser bestaat of heeft bestaan. Bestudeerd wordt, op welke wijze artikel 6:212 lid 1 BW de contractuele remedies zoals nakoming, schadevergoeding en ontbinding kan aanvullen. Het gaat derhalve om de rol van de ongerechtvaardigde verrijking bij de afwikkeling van de obligatoire overeenkomst.

Het zal niet vaak voorkomen dat de verrijkingsvordering iets toevoegt aan het overeenkomstenrecht, zelfs als een geval – in theorie – in verrijkingsrechtelijke termen kan worden gevat. Een voorbeeld. Een dressuurpaard,

197 HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782, *NJ* 2013/540, m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (Credit Suisse/Subway).

198 Heeft de gedaagde stiekem het vermogen van de eiser gebruikt, dan is een eventuele vermindering van de verrijking wél toerekenbaar.

door eiser gekocht voor € 20.000, steekt zijn tong uit tijdens het rijden en lijdt aan een onverwacht euvel: 'patella fixatie'.[199] De eiser spreekt de verkoper onder meer aan op grond van ongerechtvaardigde verrijking. De gedachte is kennelijk, dat de eiser € 20.000 voor een gezond paard heeft neergeteld, terwijl hij een paard met een mankement gekregen heeft. Gelet op het stranden van de vorderingen op grond van bedrog, dwaling en non-conformiteit wijst de Rechtbank Den Haag de verrijkingsvordering echter af.[200] Dit is terecht. Of er reden is voor (partiële) vernietiging of prijsvermindering, wordt afdoende geregeld door bijzondere contractuele leerstukken waarbij recht kan worden gedaan aan alle omstandigheden van het geval.

Het komt echter voor, dat bij de afwikkeling van de overeenkomst een specifieke regel uit de overeenkomst of uit het overeenkomstenrecht (of uit een ander rechtsgebied) als 'neveneffect' heeft, dat er een voordeel bij één van de contractspartijen blijft hangen, zonder dat partijen of de wetgever dit hebben beoogd.

Als voorbeeld kan dienen een geval waarin óók door de wetgever is voorzien.[201] Wanneer één van de partijen tekortschiet in de nakoming van een op hem rustende verbintenis zonder dat dit hem kan worden toegerekend, dan is deze partij voor de tekortkoming geen schadevergoeding verschuldigd. Het kan evenwel zo zijn, dat de tekortschietende partij een voordeel geniet dat hij zonder de overmachtssituatie niet zou hebben genoten terwijl de schuldeiser met zijn schade blijft zitten. Artikel 6:78 BW bepaalt dan, dat moet worden onderzocht, of er ter zake van dit voordeel verrijkingsaansprakelijkheid bestaat als bedoeld in artikel 6:212 lid 1 BW.

Zoals we zullen zien, zijn er buiten de gevallen waar artikel 6:78 BW op ziet, méér van dit soort gevallen. Onderzocht wordt welke rol de algemene verrijkingsactie kan spelen bij de afwikkeling van een contractuele relatie in gevallen waarin een contractuele regel een verrijking van de ene partij ten koste van de andere als neveneffect heeft.

8.5.2 Twee wegen van aanvulling

De vraag kan echter worden gesteld of de *buitencontractuele* algemene verrijkingsactie wel een rol te vervullen heeft in een contractuele verhouding. Hier is verschillend over gedacht.

Bregstein ziet geen ruimte voor een verrijkingsactie. De reden spreekt tot de verbeelding. 'De wilsovereenstemming' – zo betoogt Bregstein – 'schakelt een onbegrensd aantal zowel geschreven als ongeschreven rechtsnormen in.'[202] Destijds ging het (wat de ongeschreven rechtsnormen betreft) om de goede trouw; thans kan worden gewezen op de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Het rechtshandelingen-

199 Rb. Den Haag 1 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ964, *NJF* 2013/291.
200 R.o. 4.12.
201 Het voorbeeld wordt ook gebruikt bij: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/477.
202 Bregstein 1948, p. 256.

en overeenkomstenrecht is daarmee – dogmatisch gezien – een sluitend net dat geen aanvulling van de buitencontractuele verrijkingsactie behoeft, omdat het de rechter voldoende ruimte geeft om rekening te houden met alle omstandigheden van het geval. Door de aanvullende- en beperkende redelijkheid en billijkheid heeft de rechter altijd de ruimte om het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht aan te vullen of te corrigeren om een eventueel rechtstekort weg te nemen.

Tegenwoordig wordt de verhouding tussen ongerechtvaardigde verrijking in de literatuur 'losser' gezien. Hartkamp sluit bijvoorbeeld niet uit dat de verrijkingsactie in een contractuele verhouding een rol kan spelen, zolang een vermogensverschuiving die op de overeenkomst gebaseerd is ongemoeid blijft. '[W]aarom zou de verrijkingsactie […] geen functie mogen vervullen als het contract zwijgt?'[203] Hij voegt eraan toe, dat de maatstaf van de contractuele redelijkheid en billijkheid even heteronoom is als de billijkheid waarop de algemene verrijkingsactie is gebaseerd. Ook de visie van Schoordijk is in de loop van de tijd ietwat gekenterd. 'Aan een actie uit ongegronde verrijking', zo luidt de bijzonder krachtige titel van een WPNR-artikel uit de jaren '70 'dienen wij in geval van een contract niet toe te komen.'[204] Later echter, acht hij een verrijkingsactie binnen een contractuele verhouding onder omstandigheden mogelijk, als de verrijkingsvragen maar de 'kleur' aannemen van de overeenkomst.[205]

Deze lossere aanpak is terecht. Het vermogensrecht biedt, gelet op het niet subsidiaire karakter van de verrijkingsvordering, twee wegen om een 'ongerechtvaardigde verrijking' die in een contractuele verhouding is ontstaan ongedaan te maken. Zou artikel 6:78 BW, bijvoorbeeld, ontbreken, dan zou langs twee wegen een vergelijkbaar resultaat kunnen worden bereikt. Enerzijds via de aanvullende of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Anderzijds via de weg van de ongerechtvaardigde verrijking. Het zijn twee middelen die de 'normale' rechtsregels kunnen aanvullen en corrigeren als de omstandigheden van het geval daarom vragen. Bovendien kan niet worden gezegd, dat één van de wegen de meest logische of voor de hand liggende is. In wezen grijpen de maatstaven van de verschillende leerstukken in elkaar. Als de overeenkomst wordt aangevuld door de redelijkheid en billijkheid, dan zal het verrijkings*beginsel* de redelijkheid en billijkheid mede inkleuren.[206] Als geageerd wordt op grond van ongerechtvaardigde verrijking, dan zal artikel 6:212 lid 1 BW mede beheerst worden door de overige tussen de partijen geldende rechtsverhouding.

In de dadelijk te bespreken rechtspraak van de Hoge Raad is, in lijn met de 'lossere' visie, plaats te bespeuren om het arsenaal van contractuele remedies aan te vullen met de verrijkingsactie, ook al zullen de gevallen in de regel evenzeer met de aanvullende redelijkheid en billijkheid kunnen wor-

203 Hartkamp 2001, p. 317.
204 Schoordijk 1991, p. 346.
205 Schoordijk 1986, p. 7. In instemmende zin, Wissink 2002, p. 30.
206 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/477.

den opgelost. Steeds gaat het, als gezegd, om gevallen waarbij in de feitelijke gang van zaken een voordeel – veelal als gevolg van een specifieke regel – blijft hangen bij één van de contractspartijen, zonder dat dit de partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen heeft gestaan. Daarbij is de constatering, dat contractuele normen en verrijkingsnormen in elkaar grijpen niet zonder betekenis. Bedenkingen tegen de arresten komen er veelal op neer, dat er ofwel te weinig gewicht is toegekend aan het verrijkingsbeginsel, ofwel dat er te weinig gewicht is toegekend aan de algehele tussen de partijen bestaande contractuele rechtsverhouding.

8.5.3 Het belang van hetgeen tussen partijen is overeengekomen

8.5.3.1 Algemeen

De ruimte voor een verrijkingsvordering wordt in belangrijke mate bepaald door de inhoud van de tussen partijen geldende overeenkomst.[207] Het komt daarmee voor een belangrijk deel aan op de reguliere regels van uitleg. Wordt de verrijking van de ene contractspartij ten koste van de andere contractspartij gedekt door de – overigens onaantastbare – partijafspraak dan ligt er géén ongerechtvaardigde verrijking voor.

Illustratief is het *Black Hole*-arrest. Ermer maakt geld over naar een Amerikaans bedrijf: Black Hole.[208] ABN Amro maakt een fout en voert de opdracht tweemaal uit. Ermer stemt ermee in dat de bank haar rekening tweemaal debiteert in de verwachting het bedrag van Black Hole terug te krijgen. Wanneer dit niet lukt, spreekt Ermer de ABN Amro Bank tevergeefs aan op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Of Ermer het 'teveel' gedebiteerde bedrag terug kan krijgen, hangt af van de uitleg van de overeenkomst. De eventuele onevenwichtigheid van de inhoud van de overeenkomst zoals die in rechte komt vast te staan, maakt de verrijking van ABN-Amro niet ongerechtvaardigd. Of er plaats is voor een verrijkingsactie lost zich voor een belangrijk deel in de uitleg van de overeenkomst op.

Er zal met name ruimte zijn voor een verrijkingsvordering, indien de verrijking intreedt op een wijze waar partijen geen rekening mee hebben gehouden.[209]

---

207 Zie par. 6.5.2.4.

208 HR 30 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6338, *NJ* 2000/536 (Ermer/ABN-AMRO). Zie: par. 6.5.2.2-6.5.2.3.

209 Hartkamp drukt het zo uit, dat een verrijkingsvordering mogelijk is indien de overeenkomst 'ruimte' laat voor een verrijkingsvordering. Zie Hartkamp 2001, p. 317.

8.5.3.2 Lisman van Raay/Sint Willibrordus

In het arrest *Lisman van Raay/Sint Willibrordus* komt de verrijking van de koper van een kerkgebouw uit de hemel neerdalen.[210] De Lisman van Raay Stichting (LRS) verkoopt in 1986 een kerkgebouw aan de Sint Willibrordus Stichting (Willibrordus). Tegelijkertijd komen partijen overeen dat bepaalde in het kerkgebouw aanwezige kunstvoorwerpen door LRS aan Willibrordus worden verhuurd. De bedoeling was dus dat LRS eigenaar zou blijven van de kunstvoorwerpen. Achteraf bleek echter, dat een deel van de verhuurde kunstvoorwerpen door het kerkgebouw was nagetrokken, zodat het eigendomsrecht van Willibrordus op het kerkgebouw – buiten de verwachting van partijen om – een aantal van de kunstvoorwerpen mede omvatte. De specifieke in elkaar grijpende regels en beginselen van het goederenrecht hebben in deze zaak als 'neveneffect', dat de bedoeling van partijen dat LRS eigenaar van de kunstvoorwerpen zal blijven, wordt doorkruist.

Het hof is van oordeel dat de verrijking van Willibrordus die hierin ligt besloten níet ongerechtvaardigd is. De overeenkomst legitimeert de levering en de overdracht van het kerkgebouw inclusief alle bestanddelen. De Hoge Raad casseert. Als de partijen de verkoop van de kunstvoorwerpen niet hadden beoogd, dan schuilt er volgens de Hoge Raad in de overdracht van het kerkgebouw een ongerechtvaardigde verrijking voor zover de door de koper 'gehuurde' kunstvoorwerpen bestanddeel van het kerkgebouw zijn geworden.[211]

Hoewel het ongerechtvaardigdheidsoordeel terecht is – Willibrordus krijgt immers méér dan hem is beloofd – is de vordering van LRS op Willibrordus niet geheel zonder problemen. Zou Willibrordus de schade van LRS moeten vergoeden, dan zou een *lump sum* op het eerste gezicht voor de hand liggen. Dit is echter problematisch indien Willibrordus niet van plan was de kunstvoorwerpen aan te schaffen tegen een meerprijs. Dit zou in mijn optiek kunnen leiden tot reductie van de schadevergoeding in het kader van het redelijkheidsvereiste. Waarom immers, zou alleen Willibrordus het risico van de wederzijdse dwaling dragen?[212]

Een andere denkbare weg is om LRS in plaats van schadevergoeding in geld, slechts een wegneemrecht te gunnen in het kader van artikel 6:103 BW voor zover de voorwerpen zonder schade kunnen worden weggehaald. Een derde mogelijkheid is om de maandelijkse huurpenningen bij wijze van redelijke schadevergoeding voor het verleden in stand te laten en voor de toekomst te laten voortduren. Deze oplossing ligt in de buurt van conversie.

---

210 HR 23 september, ECLI:NL:PHR:2005:AT2620, *NJ* 2006/100 (Lisman van Raay Stichting/Sint Willibrordus Stichting).

211 Instemmend: Van Maanen, 2006, p. 42.

212 Het redelijkheidsvereiste is – in een soortgelijke casus – op een dergelijke manier gehanteerd in: Hof Amsterdam 18 augustus 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK3847, *NJF* 2010/1, r.o. 4.11.6-4.11.7. Zie over de balancerende werking van het redelijkheidsvereiste o.m.: par. 7.3.1.

Waar het om gaat, is dat de *inhoud* van de overeenkomst kan doorwerken en zou moeten kunnen doorwerken bij de invulling van de aan artikel 6:212 lid 1 BW gestelde vereisten.

8.5.3.3 De Krom/Logtestijn

Een ander geval waarin de inhoud van de overeenkomst van belang is voor de toelaatbaarheid van de verrijkingsvordering is het arrest *De Krom/Logtestijn*.[213] Het vergt in dit geval een aanloop om het belang van de partijbedoeling voor de toewijsbaarheid van de verrijkingsvordering aan te stippen.

In het geval dat aan dit arrest ten grondslag ligt, ontstaat de verrijking van één van de partijen, door een regel afkomstig uit de faillissementswet die van invloed is op de tussen partijen geldende overeenkomst. De kopers van een aantal te bouwen woningen geven Van Iersel B.V. in het kader van het bouwproject een meerwerkopdracht. In de overeenkomst is bepaald dat 25% van de aanneemsom met betrekking tot het meerwerk direct betaald moet worden; het restant kan pas gedeclareerd worden als de meerwerkopdracht is voltooid. Vóór de voltooiing van het meerwerk gaat Van Iersel echter failliet. De curator laat de kopers desgevraagd weten dat hij de overeenkomst níet gestand zal doen. Dit betekent voor een geval zoals dit, waarin beide partijen de overeenkomst niet (geheel) zijn nagekomen, dat de curator géén nakoming van de overeenkomst kan vorderen op grond van artikel 37 Fw en dat de kopers dit evenmin kunnen. Het meerwerk blijft onvoltooid.

Kiezen de kopers daarop voor ontbinding, dan zal de curator een waardevergoeding kunnen vorderen op grond van artikel 6:272 BW voor het reeds door van Iersel verrichte werk. Maar kiezen de kopers níet voor ontbinding, dan lijkt er ten gevolge van artikel 37 Fw een voordeel bij de kopers te blijven hangen, indien de werkzaamheden van Van Iersel een grotere waarde hebben dan de aanbetaling van 25% die de kopers hebben gedaan. De kopers hebben immers méér gekregen dan waar zij voor betaald hebben, terwijl de curator geen nakoming van de overeenkomst kan verlangen door de werking van artikel 37 Fw.[214]

De curator stelt een verrijkingsactie in. In een prejudiciële procedure wordt de Hoge Raad gevraagd of artikel 37 Fw – die de curator de nakomingsvordering uit handen slaat – een vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking uitsluit als de wederpartij van de gefailleerde níet voor ontbinding kiest.

---

213 HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2729, *NJ* 2017/19, m.nt. F.M.J. Verstijlen (De Krom/Logtestijn).

214 Dit is niet de eerste zaak waar het probleem speelt. Het Hof Arnhem-Leeuwarden lost het probleem bijvoorbeeld op door een beperkte uitleg aan art. 37 Fw te geven, in die zin dat de curator wél de tegenprestatie kan vorderen voor het gedeelte van het werk dat de gefailleerde voor het faillissement heeft verricht. Het hof trekt een analogie met art. 7:763 BW. Zie: Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2014, *JOR* 2014/146, m.nt. T.T. van Zanten, r.o. 4.6.

De Hoge Raad beantwoordt deze vraag ontkennend en verwijst daarbij allereerst naar de strekking van artikel 37 Fw. De bepaling strekt ertoe te bewerkstelligen dat de wederpartij van de failliet niet door de curator gedwongen kan worden de overeenkomst na te komen, zonder dat duidelijk is of de boedel de daartegenover staande verplichting zal voldoen.[215] De Hoge Raad merkt op dat artikel 37 Fw, naar zijn strekking, niet van toepassing is op de situatie waarin de gefailleerde voor de faillietverklaring een prestatie heeft verricht, maar de wederpartij nog niet de verschuldigde tegenprestatie, die op grond van de overeenkomst opeisbaar is geworden.[216] Maar hoe zit het als de tegenprestatie van de wederpartij – zoals in het geschil tussen de kopers en de curator – nog níet opeisbaar is geworden, maar er wel méér werk is verricht dan correspondeert met de reeds betaalde termijnen? Dan sluit, aldus de Hoge Raad, de strekking van artikel 37 Fw níet uit dat de wederpartij aansprakelijk kan zijn op grond van ongerechtvaardigde verrijking met betrekking tot het *reeds verrichte* deel van de prestatie.[217] Daarbij speelt een rol, dat de wetgever niet wilde afwijken ten opzichte van het oude recht, waarin de overeenkomst van rechtswege werd ontbonden, indien de curator de overeenkomst niet gestand wenste te doen. Onder artikel 37 Fw (oud) ontstonden er aldus ongedaanmakingsverbintenissen.

Het tussen partijen overeengekomene kan echter aan de verrijkingsvordering van de curator in de weg staan. Dit is het geval indien de verrijkingsvordering contractueel is uitgesloten of als er in de overeenkomst een rechtvaardiging voor de verrijking besloten ligt. Dit laatste zal niet te snel mogen worden aangenomen:[218]

> 'Het enkele feit dat de overeenkomst inhoudt dat de tegenprestatie voor een prestatie eerst verschuldigd wordt na voltooiing van die prestatie, sluit echter een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking niet uit. Dat is slechts anders indien de overeenkomst niet slechts ertoe strekt het tijdstip van opeisbaarheid van de tegenprestatie te regelen, maar (ook) ertoe strekt dat bij het niet volledig voltooid zijn van de desbetreffende prestatie geen vergoeding door de wederpartij verschuldigd is.'

Artikel 37 Fw kan als neveneffect hebben, dat de wederpartij van de gefailleerde wordt verrijkt door de faillissementssituatie. Deze verrijking kan ongerechtvaardigd zijn, voor zover de partijen hier geen andersluidende voorziening voor hebben getroffen. Kan de overeenkomst echter worden gezien als een rechtvaardiging voor de verrijking van de wederpartij, of is een beroep op ongerechtvaardigde verrijking uitgesloten, dan wordt de ver-

215 Zie HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2729, NJ 2017/19, m.nt. F.M.J. Verstijlen (De Krom/Logtestijn), r.o. 3.5.2. Zie ook: HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2730, *NJ* 2017/20, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Poot/Peters), r.o. 3.4.3-3.4.7.

216 HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2729, NJ 2017/19, m.nt. F.M.J. Verstijlen (De Krom/Logtestijn), r.o. 3.5.3.

217 HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2729, *NJ* 2017/19, m.nt. F.M.J. Verstijlen (De Krom/Logtestijn), r.o. 3.6.3.

218 HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2729, *NJ* 2017/19, m.nt. F.M.J. Verstijlen (De Krom/Logtestijn), r.o. 3.6.4.

rijking niet zozeer veroorzaakt door artikel 37 Fw, maar door de risicoverdeling die in de overeenkomst besloten ligt. Van een ongerechtvaardigde verrijking is dan geen sprake.

Er rijst nog een andere vraag. Wat zou rechtens zijn, indien de overeenkomst tussen de gefailleerde en diens wederpartij slechts de opeisbaarheid regelt (en de verrijkingsvordering dus in beginsel mogelijk is), maar de wederpartij van de gefailleerde desalniettemin slechts belang heeft bij de voldoening van de volledige prestatie: kan hij dan toch onverkort op grond van ongerechtvaardigde verrijking worden aangesproken voor de deelprestatie?

Ik zou menen dat dit niet zonder meer zo is. Enerzijds zal de aansprakelijkheid geheel of ten dele kunnen afstuiten op de verrijking. Het kan zijn dat een 'halve' prestatie waardeloos is voor de gedaagde. Anderzijds kan de redelijkheid aan de verrijkingsvordering in de weg staan. Als de wederpartij duidelijk kan maken dat hij – naar objectieve maatstaven – slechts prijs stelt op de *volledige* prestatie, dan kan de verrijkingsaanspraak hier geheel of ten dele op afstuiten. De 'logica' van het contract – de wederpartij heeft voor de hele prestatie getekend – zou onder omstandigheden geheel of ten dele aan verrijkingsaansprakelijkheid in de weg kunnen staan. Het belang van de 'logica' van de contractuele rechtsverhouding is een onderwerp dat nu aan de orde komt.

8.5.4 Het belang van contractueel gekleurde overwegingen bij de toepassing van de verrijkingsvordering

8.5.4.1 Het belang van de strekking van de overeenkomst

In de vorige deelparagraaf ging het over de invloed van hetgeen overeengekomen is op de toewijsbaarheid van de verrijkingsactie. Daarbij ging het om de precieze partijafspraak. In het arrest *Lisman van Raay/Sint Willibrordus* was er juridisch méér in eigendom overgedragen dan partijen expliciet hadden voorzien. In een geval zoals dat aan *De Krom/Logtestijn* ten grondslag ligt, kan de specifieke inhoud van de overeenkomst verrijkingsaansprakelijkheid uitsluiten. Los van hetgeen precies overeen is gekomen, kan de strekking van de overeenkomst – mijns inziens – aan verrijkingsaansprakelijkheid in de weg staan, indien verrijkingsaansprakelijkheid niet goed in overeenstemming te brengen is met de totaliteit van hetgeen overeengekomen is.[219] Een voorbeeld gaf ik aan het eind van de vorige deelparagraaf. Het kan in een artikel 37 Fw-geval zo zijn dat de wederpartij van de gefailleerde niets aan een 'halve' prestatie heeft gehad. De wederpartij van de gefailleerde heeft, als gezegd, voor de hele prestatie getekend. Dit kan aan aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking in de weg staan.

---

219 Vgl. Schoordijk 1986, p. 7; Schoordijk 1996, p. 866; Wissink 2002, p. 30; Vgl. Meijer 2007, p. 180 bij wie de rechtshandeling één van de vier gezichtspunten is, bij de beoordeling of een bepaalde verrijking ongerechtvaardigd is.

8.5.4.2 Proav/Ava, een opmerkelijk arrest

Een arrest waarin de 'logica' van de tussen partijen bestaande overeenkomst wat door de 'logica' van de verrijkingsvordering lijkt te worden overvleugeld is het arrest *Proav/Ava*.[220]

De complexe casus komt in essentie op het volgende neer. De strijdende partijen[221] hebben samen *Recept* opgericht om een afvalstation te exploiteren. Dit mislukte. Eén van de partijen – de eiser – wilde de stekker uit het project halen, de andere partij – de gedaagde – wilde dóór. Op 30 juni 1995 werd de samenwerking beëindigd. Daarbij werd enerzijds overeengekomen dat de gedaagde de activa en passiva van *Recept* geheel in handen zou krijgen. Anderzijds huurde de gedaagde van de eiser een loods voor een termijn van zeven jaar. Bijzonder was, dat in de jaarlijkse huurtermijnen van *f* 780.000 een component van *f* 514.000 aan verliescompensatie begrepen was voor het mislukte afvalverwerkingsproject. De overeenkomst bevatte bovendien een boeteclausule van *f* 1.500.000 voor het geval de gedaagde de overeenkomst zou opzeggen of voor het geval dat de gedaagde aanleiding gaf tot ontbinding.

Het was echter niet de gedaagde die als huurder aanleiding tot ontbinding gaf, maar de eiser als verhuurder. In rechte slaagde de gedaagde er namelijk in de overeenkomst te ontbinden, omdat de eiser landbouwfolie in de loods van de gedaagde had opgeslagen en weigerde deze weg te halen. Het gevolg van de ontbinding was, dat de gedaagde op grond van artikel 6:271 BW bevrijd was van de verplichting om de huurtermijnen (met de verliescompensatie) te blijven betalen. Door deze besparing is de gedaagde verrijkt.

De door de eiser ingestelde verrijkingsactie slaagt. De Hoge Raad accordeert het oordeel van het hof dat de ontbinding in deze bijzondere omstandigheden tot een ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde leidt. Beslissend is enerzijds de bijzondere omstandigheid dat in de jaarlijkse huurtermijn een niet aan de huur gerelateerde verliescompensatie besloten ligt. Anderzijds hebben de partijen deze situatie, waarin de ontbinding van de huurder leidt tot een aanzienlijke kostenbesparing aan de kant van de huurder, niet voorzien. Tegen deze achtergrond kan – aldus het hof en de Hoge Raad – artikel 6:271 BW noch artikel 6:277 BW de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser rechtvaardigen. De stelling van de gedaagde, dat de eiser de winstgevende exploitatie van *Recept* heeft gedwarsboomd door de tekortkoming die aanleiding gaf tot ontbinding (de opslag van landbouwfolie in de door de gedaagde gehuurde loods), maakt dit volgens hof en Hoge Raad niet anders. De gedaagde had de schade, om die met de verrijkingsaanspraak te verrekenen, moeten concretiseren.

---

220 HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2329, *NJ* 2010/498 (Proav/AVA).

221 In de casus ging het om verschillende aan elkaar gelieerde rechtspersonen, bij de weergave van de casus worden de partijen tot twee kampen 'vereenzelvigd'.

Hoewel het door de Hoge Raad gesanctioneerde oordeel van het hof sterk met de feiten verweven is, wringt het oordeel wat. De toepassing van artikel 6:212 BW heeft iets van een eenvoudige verrijkingsrechtelijke rekensom. (1) De overeenkomst strekte mede tot betaling van verliescompensatie; (2) de overeenkomst is ontbonden omdat de eiser zich gedroeg als een slecht *verhuurder*; (3) dat heeft dus niets van doen met de verliescompensatie; (4) de besparing van de gedaagde op de verliescompensatie wordt bovendien niet gelegitimeerd door de overeenkomst omdat zij niet is voorzien. Dit alles leidt tot de slotsom dat de gedaagde door de ontbinding ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de eiser.

Echter, als de stelling van de gedaagde klopt, dat de eiser door zijn wanprestatie de exploitatie van *Recept* heeft gedwarsboomd – en de verhuur van de loods een essentieel onderdeel is geweest van de afspraken omtrent Recept – dan lijkt mij dat de ontbinding wel degelijk kan rechtvaardigen dat de gedaagde geheel of ten dele is ontslagen van het betalen van verliescompensatie. Het arrest komt de Hoge Raad dan ook op kritiek te staan van De Jong:[222]

> '[B]innen de contractuele context die bepalend is voor de vraag of de verrijking gerechtvaardigd is [,wordt] een sterke nadruk gelegd op het belang van de expliciet afgesproken prestaties. Zeker echter waar die in dit geval aan één zijde van een bijzonder karakter is – niet enkel huur maar ook een aanzienlijke verliescompensatie – lijkt nadere aandacht voor de strekking van het overeengekomene op zijn plaats. Daarbij zouden de door Proav [de gedaagde, TvdL] naar voren gebrachte omstandigheden van wezenlijk belang kunnen zijn, en kan wellicht ook een rol spelen of daarbinnen de situatie die is ontstaan door de wanprestatie van AVA [de eiser, TvdL] voor haar risico dient te komen. Het betreft hier professionele en grote contractspartijen, waarvan de verhuurder is overeengekomen een toegezegd bedrag te integreren in een huurbetaling, en die vervolgens zelf tekortschiet binnen een contract waarin die situatie niet is voorzien.'

Doordat de verrijkingsrechtelijke redenering is betrokken op een geïsoleerde verrijking – hier: de besparing van verliescompensatie – kan makkelijk aan de totaliteit van de rechtsverhouding zoals die tussen partijen bestaat – hier: de samenhang van de verschillende overeenkomsten – voorbij worden gegaan. Noodzakelijk is dit niet. Ik meen met De Jong dat de inhoud van de hele tussen de partijen bestaande rechtsverhouding kan (en moet) worden betrokken bij de beantwoording van de vraag of de door de ontbinding veroorzaakte bevrijding van de plicht tot het betalen van verliescompensatie een ongerechtvaardigde verrijking oplevert. Bij de beoordeling van het welslagen van de verrijkingsactie, moet rekening worden gehouden met de logica van de tussen de partijen bestaande rechtsverhouding. In mijn optiek schiet de motivering van het door de Hoge Raad gesanctioneerde oordeel van het hof op dat punt wat tekort.

222 De Jong 2011, nr. 3 in fine.

8.5.4.3 *De invloed van de vernietigings- of ontbindingsgrond op de redelijkheid van de verrijkingsaanspraak voor het genoten gebruik*

Naast de strekking van de overeenkomst, kunnen vermogensrechtelijke overwegingen die in het verlengde liggen van specifieke regels van belang zijn voor de beoordeling van de toewijsbaarheid van de verrijkingsvordering. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van verschillende gevallen waarin de eiser de gedaagde uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking aanspreekt voor het gebruik van een zaak of recht, na de vernietiging of ontbinding van een koopovereenkomst. Anders dan bij het cynische onbevoegde gebruik van andermans goed, gaat het hier om regulier gebruik dat veelal eerst achteraf – na de ontbinding of de vernietiging – problematisch wordt. Of een verrijkingsactie slaagt, zal ervan afhangen of de gedaagde met het gebruik is verrijkt en of schadevergoeding redelijk is. De omstandigheden die ontbinding en vernietiging rechtvaardigen kunnen, zoals we zullen zien, van invloed zijn op het ontstaan en de omvang van de verrijkingsaanspraakelijkheid.

Koopt de gedaagde een zaak en slaagt hij erin de overeenkomst wegens, bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden te vernietigen, dan zal een verrijkingsaanspraak voor het gebruik, ingesteld door de verkoper, in beginsel niet redelijk zijn. De verkoper die zich schuldig maakt aan bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden heeft de schade dan immers aan zichzelf te wijten.[223] Bovendien zou de koper kunnen betogen, dat het gebruiksvoordeel hem is opgedrongen, omdat hij de later vernietigde koopovereenkomst louter is aangegaan onder invloed van een wilsgebrek die is veroorzaakt door de verkoper. Bij vernietiging wegens dwaling zal iets soortgelijks gelden indien de dwaling is veroorzaakt door de schending van een mededelingsplicht of een onjuiste mededeling van de verkoper. Is het echter de *verkoper* die met succes vernietigt wegens bedrog, bedreiging of misbruik van omstandigheden van de *koper,* dan zou een door de koper te betalen gebruiksvergoeding een alleszins haalbare kaart zijn wanneer het gebruiksvoordeel substantieel is geweest.

De vraag naar een gebruiksvergoeding kan ook rijzen wanneer de koper de koopovereenkomst ontbindt vanwege non-conformiteit. Het is een onderwerp dat de wetgever uit de koopregeling heeft gelaten.[224] Een verrijkingsaansprakelijkheid zal, in de visie van Hijma, dan ook niet snel ontstaan als de koper slechts een geringe tijd onder zich heeft gehad; een te snelle verrijkingsaansprakelijkheid is niet in overeenstemming met het stelsel van de wet.[225] Mede als gevolg van de klachtplicht ex artikel 7:23 BW, op grond waarvan de koper binnen bekwame tijd moet klagen, zal het bovendien feitelijk niet snel voorkomen dat de koper een zaak lang genoeg onder zich

223 Gedacht zou ook kunnen worden aan een beroep op eigen schuld ex 6:101 BW. Zie daarover par. 5.3.8.

224 Asser/Hijma 7-I* 2013/400 en de aldaar gegeven verwijzing naar de wetsgeschiedenis.

225 Asser/Hijma 7-I* 2013/522a in samenhang gelezen met nr. 400.

heeft om hem uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking aansprakelijk te houden voor het gebruik.[226]

Toch kan het voorkomen dat de koper een zaak vóór de ontbinding langere tijd onder zich heeft gehad. Het kan gaan om een gebrek die moeilijk te ontdekken was, het kan ook gaan om een situatie waarin meerdere malen – tevergeefs – herstel heeft plaats gevonden. Een verrijkingsaanspraak voor het gebruik kan dan aan de orde zijn.[227] Maar hoe om te gaan met het feit dat de gekochte zaak níet aan de overeenkomst heeft beantwoord? Er zijn twee vereisten waarmee recht kan worden gedaan aan de non-conformiteit van de door de koper gebruikte zaak. Het kan, in de eerste plaats, zijn weerslag hebben op de omvang van de verrijking. Een zaak die niet aan de overeenkomst beantwoordt, zal in de regel immers minder gebruiksgenot opleveren.[228] In de tweede plaats kan het gebrek van de zaak zodanig zijn, dat de verplichting tot het betalen van schadevergoeding voor de ongerechtvaardigde verrijking die in het gebruik besloten ligt, in het geheel niet redelijk is.[229]

De redelijkheid zal wellicht bij een consumentenkoop vaker verrijkingsaansprakelijkheid in de weg staan. Weliswaar laat richtlijn 1999/44/EG toe dat bij de terugbetaling van de koopprijs rekening wordt gehouden met het gebruik dat de consument van de zaak heeft gehad – de 15e considerans laat die mogelijkheid expliciet open – maar de consument moet wél voldoende beschermd worden, wanneer hij wordt geconfronteerd met een non-conforme zaak.[230] Vanuit dit perspectief zou de vraag kunnen worden gesteld, of in een geval, waarin de consument ernstig overlast ondervindt van een gebrekkige zaak, een gebruiksvergoeding nog redelijk is.[231] Bedacht moet worden

---

226 Aldus: Asser/Hijma 7-I* 2013/400.

227 Asser/Hijma 7-I* 2013/400.

228 Wanneer de auto, die het voorwerp was van de koopovereenkomst, gebreken vertoont, dan kan dit in mindering worden gebracht op de verrijking omdat de gebreken voor genotsderving zorgen. Zie: Hof Arnhem 23 november 2004, ECLI:NL:GHARN:2004:AV1205, *NJF* 2006/66, r.o. 4.17.

229 Zie: Hof Arnhem-Leeuwarden 24 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3985, r.o. 2.3. Het arrest gaat over een gebrekkige camper waar de koper (onder meer door lekkages) veel last van heeft gehad. Het hof speelt het niet over de band van het redelijkheidsvereiste, maar argumenteert vanuit het gegeven dat er slechts in uitzonderingsgevallen plaats is voor een gebruiksvergoeding op grond van art. 6:212 lid 1 BW. Deze redenering past bij uitstek bij de invulling van het redelijkheidsvereiste: de koper mag dan misschien ongerechtvaardigd zijn verrijkt door het gebruik van de camper, maar gelet op de overlast weegt een onbelemmerd recht op ontbinding zwaarder.

230 Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, *PbEG* 1999, L 171/12, 15e cons.

231 Vergelijk: HvJ EG, 17 april 2008, ECLI:EU:C:2008:231 (Quelle). In dit arrest maakte het Hof van Justitie uit dat er geen gebruiksvergoeding verschuldigd is bij de *vervanging* van een non-conforme zaak en gaf daarmee uitleg aan het begrip kosteloos in de zin van art. 3 lid 3 Richtlijn 1999/44/EG. Vervanging is iets anders dan *ontbinding*. Interessant is toch wel dat het te bereiken niveau van consumentenbescherming een rol speelt in de redenering van het hof (zie r.o. 36).

dat een gebruiksvergoeding het karakter kan hebben van een opgedrongen bestedingspatroon. Na de ontbinding zal de koper veelal een nieuwe zaak van dezelfde soort kopen zodat hij dan – als hij een gebruiksvergoeding verschuldigd is – én de prijs voor een *nieuwe* zaak kwijt is én een gebruiksvergoeding.

De contractuele rechtsverhouding heeft niet alleen invloed op de vraag of aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking redelijk is, maar óók op de wijze waarop de schade moet worden begroot. Bij cynisch gebruik van andermans goed, is een objectieve begrotingsmaatstaf bepleit in die zin dat de schade van de rechthebbende wordt begroot op de vergoeding die hij gekregen zou hebben als de inbreukmaker met hem had gecontracteerd.[232] Deze wijze van begroting past niet bij een gebruiksvergoeding na een vernietigde of ontbonden koopovereenkomst (wellicht dat anders kan worden geoordeeld indine de *koper* zich schuldig heeft gemaakt aan bedrog, bedreiging of misbruik van omstandigheden). Anders dan in het geval van het cynische gebruik, is de weg van het contracteren over het gebruik nooit realistisch geweest omdat de gedaagde niet geïnteresseerd was in het gebruik, maar in de *eigendom*: hij wilde de zaak *kopen*.[233] Niet moet worden bezien in welke positie de eiser zou verkeren indien over het gebruik zou zijn gecontracteerd (zoals gerechtvaardigd is bij cynisch gebruik), maar in welke positie de eiser zou verkeren, als de later vernietigde of ontbonden overeenkomst nooit tot stand gekomen zou zijn. Heeft de eiser geen concrete schade, dan lijkt mij een verrijkingsaanspraak voor het gebruik gedurende de later vernietigde of ontbonden overeenkomst niet mogelijk.

8.5.4.4 De invloed van rechtspolitieke argumenten

Ook rechtspolitieke momenten in het rechtshandelingen en overeenkomstenrecht, kunnen van invloed zijn op de toewijsbaarheid van de verrijkingsaanspraak.

Een heldere illustratie biedt het geval *Lindorff/Nazier*.[234] KPN sluit met een consument een telefoonabonnement met een 'gratis' toestel af, die rechtens kwalificeert als een koop op afbetaling. Daarbij voldeed KPN niet aan de informatieplichten die gelden voor een koop op afbetaling. Het gevolg is dat de consument het abonnement kan vernietigen waarna hij de abonnementstermijnen terugkrijgt en het toestel naar KPN geretourneerd moet worden. In deze zaak stelde KPN een verrijkingsvordering in voor het *gebruik* dat de klant van het toestel gemaakt had. Gezien de snelle veroudering van mobiele telefoons kan dit in potentie een substantiële vordering

232 Zie par. 5.3.5.

233 Bij een vernietigde huurovereenkomst doet de problematiek zich niet voor, omdat het ter beschikking stellen van een zaak dan als een betaling gezien kan worden die op de voet van art. 6:210 lid 2 BW ongedaan moet worden gemaakt.

234 HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *NJ* 2017/282, m.nt. Jac. Hijma (Lindorff/Nazier).

opleveren. De Hoge Raad wijst de verrijkingsvordering echter af. Dit zou niet redelijk zijn als bedoeld in artikel 6:212 lid 1 BW, omdat daarmee de consumentenbescherming via een verrijkingsrechtelijke achterdeur deels zou worden omzeild. De logica van het dwingende consumentenrecht dat op de overeenkomst van toepassing is, staat in de weg aan de verrijkingsaansprakelijkheid van de consument jegens KPN voor het gebruik van de 'gratis' telefoon.

8.5.5 Ongerechtvaardigde verrijking als middenweg

8.5.5.1 Algemeen

In de vorige deelparagraaf zagen we dat de strekking van de overeenkomst of andersoortige vermogensrechtelijke overwegingen in de weg kunnen staan, aan het ontstaan van verrijkingsaansprakelijkheid in een contractuele context. Omgekeerd kan het contractenrechtelijke kader óók te overheersend zijn, in die zin dat de verrijkingsaanspraak wat al te rigoureus wordt afgewezen. Wellicht dat in het zojuist besproken arrest *Lindorff/Nazier* de consumentenbescherming wat sterk op de verrijkingsaanspraak inwerkt. In plaats van helemaal géén gebruiksvergoeding, was – Hijma heeft hierop gewezen[235] – een gedeeltelijke vergoeding denkbaar geweest, waardoor aan de ene kant recht wordt gedaan aan de consumentenbescherming, maar de consument aan de andere kant tenminste 'iets' betaalt voor het genoten gebruik. De ongerechtvaardigde verrijking is dan een middenweg tussen de 'volle' contractuele aanspraak en helemaal niets.

8.5.5.2 Wanprestatie

Een ander geval waar de ongerechtvaardigde verrijking een tussenoplossing kan bieden is het geval dat ten grondslag lag aan het arrest *Caribbean Bistros/Club Caraibeen*, waarin het gaat om de verhouding tussen ongerechtvaardigde verrijking en wanprestatie.[236] De eiser komt met de gedaagde overeen dat hij een door de gedaagde te bouwen pand zal huren om daar een restaurant in te exploiteren. Op een gegeven moment schiet de eiser bepaalde bouwkosten voor om de bouw te bespoedigen, dit omdat er bij de eiser de vrees bestond dat de bouw vertraging op zou lopen door financiële problemen aan de kant van de gedaagde. De eiser spreekt de gedaagde aan uit hoofde van wanprestatie en ongerechtvaardigde verrijking om de voorgeschoten bouwkosten terug te krijgen.

---

235 Jac. Hijma in annotatie onder: HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, NJ 2017/282, m.nt. Jac. Hijma (Lindorff/Nazier). Zie ook: Hijma 2017, p. 783-784.

236 HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3363, *NJ* 2004/458 (Caribbean Bistros/Club Caraibeen), m.nt. Jac Hijma.

Het hof wijst de vordering op grond van wanprestatie af, omdat de eiser geen ingebrekestelling heeft doen uitgaan die nodig was om het voor schadevergoeding vereiste verzuim te doen intreden. De Hoge Raad casseert dit oordeel, omdat het hof het bewijsaanbod van de eiser, dat zij de bouwkosten had voorgeschoten om een staking van de bouw en een gedwongen veiling te voorkomen, als niet ter zake doende heeft gepasseerd. Die omstandigheden kunnen, in samenhang van de verdere omstandigheden van het geval, volgens de Hoge Raad maken dat een ingebrekestelling in redelijkheid niet van de eiser had kunnen worden gevergd.[237]

In hoeverre kan een verrijkingsvordering de eiser heil brengen? Het hof wijst ook aansprakelijkheid op die grond af. De Hoge Raad overweegt, dat een huurder slechts onder bijzondere omstandigheden een verrijkingsactie tegen de verhuurder heeft. 'Zulk een bijzondere omstandigheid', zo overweegt de Hoge Raad, 'moet worden aangenomen, indien na bewijslevering als hiervoor [...] bedoeld zou komen vast te staan dat Club Caraibeen uit hoofde van wanprestatie zonder ingebrekestelling voor de door Caribbean Bistros gemaakte bouwkosten aansprakelijk is.'[238] In een dergelijk geval 'kan' aan de eiser ook een verrijkingsvordering toekomen voor de voorgeschoten bouwkosten. Had die ingebrekestelling wél van de eiser gevergd kunnen worden, dan maakt dit de kans op een succesvolle aanspraak op grond van ongerechtvaardigde verrijking aanzienlijk kleiner:[239]

> 'Voor het geval moet worden aangenomen dat aan Caribbean Bistros [de eiser, TvdL] wegens het ontbreken van een ingebrekestelling geen vordering tot vergoeding van de bouwkosten op grond van wanprestatie toekomt, ligt het evenwel niet in de rede dat Caribbean Bistros langs een andere weg, namelijk die van de ongerechtvaardigde verrijking, zonder meer vergoeding van haar schade kan verkrijgen. De enkele omstandigheid dat Club Caraibeen [de gedaagde, TvdL] tot het bedrag van de door Caribbean Bistros gemaakte bouwkosten is verrijkt, maakt dit, naar blijkt uit het vorenoverwogene, niet anders.'

Hoewel de Hoge Raad een slag om de arm houdt, laat hij het lot van de verrijkingsvordering in sterke mate afhangen van het lot van de wanprestatievordering. Als ingebrekestelling achteraf niet nodig zou zijn om het verzuim te doen intreden en de vordering op grond van wanprestatie aldus zou slagen, dan zou ook de verrijkingsvordering ook slagen. Kiest de schuldeiser dus voor de weg van de ongerechtvaardigde verrijking, dan kunnen omstandigheden die maken dat een ingebrekestelling niet van de schuldeiser kan worden gevergd, dus doorwerken in de toepassing van artikel 6:212 BW.[240] Was een ingebrekestelling daarentegen noodzakelijk voor het verzuim, dan ligt het 'niet in de rede' dat de gedaagde 'zonder meer' aansprakelijk is voor de door de eiser geleden schade op grond van ongerechtvaardigde verrijking.

---

237 Zie r.o.v. 3.4.2.
238 Zie r.o.v. 3.4.3.
239 Zie r.o.v. 3.4.3.
240 Wissink 2003, p. 93.

Met Wissink kan de vraag worden gesteld of dit oordeel, gelet op de ratio van de eis van ingebrekestelling, gelukkig is.[241] Wanneer er geen fatale termijn bestaat, heeft de schuldenaar een zekere vrijheid om zelf het moment van nakoming uit te kiezen. Voor de niet-nakoming tijdens deze termijn kan hij in principe niet worden aangesproken voor vertragingsschade. De schuldeiser kan met het doen uitgaan van een ingebrekestelling een einde maken aan de 'speelruimte' van de schuldenaar.[242] Hij maant de schuldenaar dan schriftelijk aan om binnen een *redelijke termijn* te presteren. Pas als de schuldenaar deze redelijke termijn overschrijdt is hij – in potentie – schadeplichtig. De schuldenaar is eerst – naast nakoming – schadevergoeding verschuldigd als deze redelijke termijn is verstreken.

Verrijkingsaansprakelijkheid is echter anders van aard dan aansprakelijkheid op grond van wanprestatie. Bij aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking gaat het niet om volledige vergoeding van de vertragingsschade, het gaat slechts om een vergoeding voor zover de schuldenaar door de gang van zaken ongerechtvaardigd is verrijkt. Aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking kan zich aandienen als een middenweg tussen 'geen aansprakelijkheid' en 'volledige aansprakelijkheid'. Stel dat de eiser in *Caribbean Bistros/Club Caraibeen* de gedaagde inderdaad ten onrechte níet in gebreke heeft gesteld voordat hij besloot de bouwkosten zelf voor te schieten. In onwetendheid of 'paniek' heeft hij de bouwwerkzaamheden zelf ter hand genomen. Gevolg is, dat de eiser dan géén vordering op wanprestatie heeft op de gedaagde, omdat het verzuim dan niet is ingetreden. Volgens de Hoge Raad ligt óók een verrijkingsvordering níet in de rede indien een ingebrekestelling wél van de schuldeiser gevergd had kunnen worden. Maar is dit wel terecht?

In het geval *Caribbean Bistros/Club Caraibeen* heeft de schuldeiser zelf de bouwwerkzaamheden uitgevoerd die de schuldenaar had moeten uitvoeren. Bij de beoordeling van de verrijkingsaanspraak moet bedacht worden, dat de schuldeiser zijn recht op nakoming niet verloren heeft. Wel is het zo dat de schuldeiser – in dit specifieke geval – aan een nakomingsvordering niets heeft, omdat hij het gehuurde pand zélf heeft afgebouwd. Het gevolg is, dat de schuldenaar, als hij in het geheel niet schadeplichtig zou zijn, bouwkosten bespaart die hij bij een gewone *nakoming* gemaakt zou hebben. Voor die kosten acht ik een verrijkingsaansprakelijkheid in beginsel op zijn plaats,[243] als de aard van de overeenkomst of specifieke partijafspraken zich hier niet tegen verzetten.[244] De aard van de overeenkomst zal zich met name tegen verrijkingsaansprakelijkheid kunnen verzetten indien de schuldeiser zélf de prestatie uitvoert die tot de essentialia van de overeenkomst behoort. Gedacht kan worden aan een aanbesteder die – in plaats van de aannemer –

241 Wissink 2003, p. 93-94.
242 Asser/Sieburgh 6-I 2016/387.
243 Vgl. Hof Amsterdam 6 januari 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT6360, *NJF* 2005/191, r.o. 4.10.
244 Het contract moet, volgens Wissink, worden 'gerespecteerd'. Zie: Wissink 2003, p. 92.

zelf een muurtje metselt. Het geval uit arrest *Caribbean Bistros/Club Caraibeen*-arrest kenmerkt zich juist door het feit dat het om een prestatie gaat die níet – althans, niet noodzakelijk – tot de kern van de overeenkomst behoort. Het gaat om een huurder die een verbouwing doorvoert die de verhuurder voor zijn rekening had moeten nemen.

Het mechanisme van de hier bepleite invulling van de verrijkingsaansprakelijkheid is vergelijkbaar met dat van artikel 6:78 BW. Iemand die door overmacht niet nakomt, kan aansprakelijk zijn uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking indien hij 'een voordeel geniet dat hij bij behoorlijke nakoming niet zou hebben gehad'. Welnu, stuurt iemand ten onrechte geen ingebrekestelling, dan is de gedaagde niet aansprakelijk voor de *volledige schade*. Wel is hij aansprakelijk voor zover hij, in de woorden van artikel 6:78 BW, 'een voordeel geniet dat hij bij behoorlijke nakoming niet zou hebben gehad'. Hieruit vloeit voort dat de verrijkingsaansprakelijkheid slechts een beperkte omvang zal hebben zodat het voor de schuldeiser vrijwel altijd aantrekkelijker is om het geijkte pad van verzuim en ingebrekestelling te bewandelen. De verrijkingsactie is er alleen voor bedrijfsongevallen.

Een arrest van het Hof Arnhem bereikt een vergelijkbaar resultaat maar dan via een zuiver contractuele weg.[245] De gedaagde legt op ondeugdelijke wijze een dak, dat – door de ondeugdelijke constructie – na een storm beschadigd raakt. De verzekerde die bij de eiser een verzekering heeft afgesloten, herstelt het dak zelf. De eiser spreekt de gedaagde vervolgens aan op grond van wanprestatie. Hoewel het hof van oordeel is, dat de eiser de gedaagde in gebreke had moeten stellen om hem aldus een kans te geven de dakconstructie te herstellen, wijst het hof de vordering uit hoofde van wanprestatie toch toe. 'Een redelijke, op het stelsel […] van de ingebrekestelling afgestemde uitleg, brengt […] mee dat EMS [de gedaagde] die opruimings- en herstelkosten moet vergoeden die ze zelf gemaakt zou hebben als ze in gebreke was gesteld.'[246] Zoals Meijer en Wissink opmerken, voorkomt de oplossing van het Hof Arnhem dat de gedaagde ongerechtvaardigd wordt verrijkt.[247]

8.5.5.3 Beperkte omvang

De verrijkingsaansprakelijkheid zal, als gezegd, een beperkte omvang hebben.

In de eerste plaats komt in een geval als *Caribbean Bistros/Club Caraibeen* niet zozeer de voorgeschoten bouwkosten voor vergoeding in aanmerking, maar slechts het *laagste* bedrag van de voorgeschoten bouwkosten (d.i. de schade van de eiser) en de kosten die de gedaagde heeft bespaard nu hij niet meer zelf tot nakoming aangesproken zal worden (d.i. de verrijking van de gedaagde). Daarbij zal in principe aangesloten kunnen worden bij de *minimale* kosten die de gedaagde zou hebben moeten maken om aan de verbin-

245 Vgl. Hof Arnhem 18 september 2001, ECLI:NL:GHARN:2001:AE5250, *NJ* 2002/304.
246 R.o. 4.15.
247 Wissink 2003, p. 87; Meijer 2007, p. 183.

tenis te voldoen; kosten die erboven gaan komen niet voor vergoeding in aanmerking omdat de gedaagde die bij een reguliere nakoming had kunnen vermijden. Daarbij moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden aan de kant van de gedaagde die de bouw 'goedkoop' hadden kunnen doen uitvallen. De gedaagde schuldenaar kan bijvoorbeeld personeel in dienst hebben die niets beters te doen hadden, dan de uitvoering van de overeenkomst. Is dit het geval, dan heeft de gedaagde schuldenaar geen personeelskosten uitgespaard en is ze in zoverre niet verrijkt. Als vuistregel kan gehanteerd worden dat de schuldenaar in het geval van verrijkingsaansprakelijk tenminste dezelfde winst moet kunnen maken, dan het geval zou zijn geweest bij reguliere nakoming van de overeenkomst.

In de tweede plaats kan ook het redelijkheidsvereiste de aansprakelijkheid beperken of geheel en al uitsluiten. Ook bij deze aansprakelijkheid kan het verweer worden gevoerd, dat de autonomie van de gedaagde niet op een onaanvaardbare wijze mag worden doorkruist door de verrijkingsaansprakelijkheid. Wellicht zou de gedaagde in *Caribbean Bistros/Club Caraibeen* als eigenaar van het pand andere keuzes hebben gemaakt, dan de eiser heeft gemaakt. Het redelijkheidsvereiste zou voorts aan verrijkingsaansprakelijkheid in de weg kunnen staan, als de eiser 'cynisch' – zonder enkele reden – de bouwkosten zou hebben voorgeschoten omdat hij verwachtte een verrijkingsaansprakelijkheid te hebben. Meer in het algemeen kan in het kader van de redelijkheidstoets rekening worden gehouden met alle gerechtvaardigde belangen die de schuldenaar met zelfstandige nakoming kan hebben.

8.5.5.4 Ongerechtvaardigde verrijking als ventiel

Met de verrijkingsactie kan een middenweg worden bereikt tussen geen aansprakelijkheid en aansprakelijkheid voor de volledige schade.[248] Voor de schuldeiser verdient het – ook als de hier bepleite verrijkingsaansprakelijkheid wordt aanvaard – de voorkeur om zich te houden aan de regels van verzuim en ingebrekestelling, omdat de verrijkingsaansprakelijkheid gezien de bovenstaande twee punten in de regel beperkt zal zijn. Desalniettemin kan de schuldeiser een verrijkingsactie van beperkte omvang hebben, als hij 'in paniek' of door andere omstandigheden hiertoe aangespoord, zélf voor een vervangende prestatie heeft gezorgd. Voor een evenwichtig resultaat in gevallen zoals hier besproken, is het aldus niet nodig, dat wordt geoordeeld dat een ingebrekestelling in redelijkheid niet kan worden gevergd of dat het beroep op het ontbreken van een ingebrekestelling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De hier bepleite toepassing van de verrijkingsactie fungeert in dat opzicht als ventiel op het leerstuk van verzuim en de ingebrekestelling. Het Hof Arnhem had, bijvoorbeeld, met gebruikmaking van de verrijkingsactie,[249] het leerstuk van verzuim en ingebrekestelling niet hoeven te masseren om tot een aanvaardbaar resultaat te komen.

248 Wissink 2003, p. 94.

249 Als zij hiertoe door partijen in de gelegenheid zou zijn gesteld.

8.6 Slotsom

In dit hoofdstuk is uiteengezet hoe de verrijkingsactie het rechtshandendelingen- en overeenkomstenrecht kan aanvullen. Het gaat enerzijds om situaties waarin de verrijkingsaanspraak functioneert als surrogaat voor de afwezige overeenkomst. Anderzijds gaat het om verrijkingsaanspraken die kunnen ontstaan bij de afwikkeling van een bestaande overeenkomst.

Er kunnen enkele algemene observaties worden gedaan.

(i) Over het algemeen zal een verrijkingsaanspraak de eiser minder beloven dan een contractuele aanspraak. Dit hangt samen met het feit, dat de gedaagde slechts aansprakelijk is, voor maximaal het laagste bedrag van zijn verrijking en de grootte van de schade van de eiser.

(ii) Of de verrijkingsactie in een concreet geval toewijsbaar is, kan in beide gevallen mede afhangen van contractueel gekleurde overwegingen.

(iii) Wanneer de weg van de ongerechtvaardigde verrijking begaanbaar blijkt, manifesteert deze zich veelal als middenweg tussen geen aansprakelijkheid en de 'volle' contractuele aanspraak.

(iv) Daardoor heeft de aanvullende werking van de verrijkingsvordering ook een zekere ventielfunctie. Doordat op de algemene verrijkingsactie kan worden teruggevallen, hoeven de regels van het rechtshandelingen en overeenkomstenrecht niet onnodig rekkelijk te worden uitgelegd om tot een bevredigende uitkomst te komen.

(v) Meer in het algemeen kan de verrijkingsactie remedie bieden in verrijkingsgevallen waarin het recht onvoldoende voorziet of waarin de reikwijdte van een leerstuk twijfelachtig is.

In hoofdstuk 10 zullen we zien, dat de algemene verrijkingsactie niet alleen als middenweg en ventiel kan dienen in het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht, maar ook in het onrechtmatigedaadsrecht. Daar zal het gaan om de wisselwerking tussen verrijkingsrechtelijke overwegingen en overwegingen uit het onrechtmatigedaadsrecht. Voordat wij daaraan toekomen wordt eerst in het volgende hoofdstuk ingegaan op de problematiek van de indirecte verrijking.

9 Derdenverrijking en overeenkomst

9.1 Algemeen

In het vorige hoofdstuk is het gegaan over de vraag onder welke omstandigheden iemand zijn contractuele wederpartij kan aanspreken op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Thans wordt overgeschakeld naar de meerpartijenverhouding.[1] In de literatuur wordt dit ook wel de problematiek van de *derdenverrijking* genoemd.[2] Tussen de verarmde eiser en de verrijkte gedaagde bestaat dan doorgaans géén overeenkomst, maar de eiser meent wél een vordering tegen de gedaagde geldend te kunnen maken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Een schoolvoorbeeld is *Vermobo/Van Rijswijk*.[3] Vermobo bouwt in opdracht van Van Rijswijk junior een varkensstal op de grond van Van Rijswijk senior. Van Rijswijk senior wordt, als grondeigenaar, door natrekking eigenaar van de stal. Kan van Rijswijk senior op grond van ongerechtvaardigde verrijking worden aangesproken, als van Rijswijk junior geen verhaal biedt?

Anders dan in een tweepartijenverhouding, is in een meerpartijenverhouding de mogelijkheid om terug te vallen op de redelijkheid en billijkheid veelal afwezig. De redelijkheid en billijkheid gelden immers, een uitzondering daargelaten, slechts als er al enigerlei rechtsverhouding bestaat (vgl. artikel 6:2 en artikel 6:248 BW).[4] De redelijkheid en billijkheid is geen zelfstandige bron van verbintenissen. Dit betekent dat de contractspartij, die een *ander* wil aanspreken dan zijn directe contractuele wederpartij, vaak alléén de verrijkingsvordering tot zijn beschikking heeft. Dit is alleen anders als er een specifiek ander leerstuk van toepassing is, zoals de *actio pauliana* of de onrechtmatige daad.

Het toepassen van de algemene verrijkingsactie in een meerpartijenverhouding is allerminst een automatisme. In veel – maar niet alle – gevallen waarin de figuur van de indirecte verrijking voor toepassing in aanmerking komt, zoekt de contractant – zoals het geval is in *Vermobo/Van Rijswijk* – bij de gedaagde een extra verhaalsmogelijkheid voor hetgeen hij jegens zijn contractuele wederpartij heeft gepresteerd. Deze aanvulling van de regu-

---

1 Zie over dit onderwerp bijvoorbeeld ook: Gerdes 2005; Koolhoven 2011, p. 231-243; Schoordijk 1999, p. 137-163.

2 Gerdes 2005, par. 1.3.2, p. 12-13; Brandsma 1994, p. 251.

3 HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, *NJ* 1994/172 (Vermobo/Van Rijswijk), m.nt. P. van Schilfgaarde.

4 Hartkamp 2001, p. 332.

liere contractuele middelen is, vanuit het perspectief van het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht, een vreemde eend in de bijt. Het middel is namelijk gericht tegen iemand die *buiten* de contractuele verhouding staat. Wanneer iemand met een ander in zee gaat, zal hij verwachten dat hij bij zijn wederpartij moet zijn om betaling te verlangen.[5] En niet alleen híj verwacht het: ook het rechtsverkeer zal ervan uitgaan, dat het ieders eigen verantwoordelijkheid is om de kredietwaardigheid van zijn contractuele wederpartij te onderzoeken en zo nodig zekerheid te verlangen.

In de literatuur is er dan ook met wisselende stelligheid op gewezen, dat de verarmde niet al te gemakkelijk – gewapend met de algemene verrijkingsactie – het insolventierisico van zijn contractuele wederpartij mag afwentelen op degene bij wie diens prestatie 'toevallig' feitelijk terecht is gekomen. Met name Janssen en Zwalve bezien de figuur van de indirecte verrijking, mede om deze reden, met kritische ogen.[6] Zij staan daarin niet alleen. Zoals uit het promotieonderzoek van Gerdes blijkt, is dit een gedachte die al vroeg in het Duitse denken is opgekomen; een indirecte verrijkingsactie wordt daar gezien als een figuur die een goed lopend rechtsverkeer en de rechtszekerheid nadelig kan beïnvloeden.[7]

Hoe zwaar moet dit gezichtspunt wegen?

Er is één situatie waarin de afwenteling van het insolventierisico als zodanig aan de indirecte verrijkingsactie in de weg staat. Dit is het geval als de verarmde, dankzij een verrijkingsactie tegen een ander dan diens contractuele wederpartij, zou ontsnappen aan het beginsel dat schuldeisers zich in gelijke mate mogen verhalen op het vermogen van hun schuldenaar: de *paritas creditorum*.[8]

Een voorbeeld. Een huurder voert, met instemming van de verhuurder, een verbouwing door en gebruikt daarvoor onder meer kostbare deuren die hij betrekt bij een leverancier. De huurder gaat failliet, zonder dat de leverancier betaald is. Zou de leverancier rechtstreeks de verhuurder kunnen aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking – bijvoorbeeld om de deuren op grond van artikel 6:212 lid 1 BW jo. 6:103 BW feitelijk terug te geven – dan zouden de schuldeisers van de huurder minder verhaalsmogelijkheden hebben. Door een succesvolle verrijkingsactie van de leverancier op de verhuurder, zou de verrijkingsactie van de huurder op de verhuurder ex. artikel 7:216 lid 3 jo. 6:212 lid 1 BW immers verminderen met de waarde van de deuren. De *'paritas'* zou worden doorbroken omdat de andere schuldeisers van de huurder, de verrijkingsvordering van de huurder op de verhuurder niet meer ten volle kunnen uitwinnen. Voor zover de indirecte

5 In deze zin: Wissink 2002, p. 32; Janssen 2009, p. 158.

6 Janssen 2009, p. 159. Zie voor meer bezwaren: p. 159-161. Zwalve 2007, p. 212.

7 Gerdes 2005, par. 7.5, p. 165-168.

8 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/462; Brandsma 1994, p. 254 en p. 271; Janssen 2009, p. 159; Koolhoven 2011, p. 235; Gerdes 2005, par. 8.5.1b, p. 184-188; Hartkamp 2001, p. 333-334, Wissink 2002, p. 33. Voor de Hoge Raad was het één van de redenen om geen algemene verrijkingsactie te aanvaarden, zie: HR 30 januari 1959, *NJ* 1959, 548, m.nt. D.J. Veegens (Quint/Te Poel). Zie par. 7.10.

verrijkingsactie de andere schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden benadeelt, is de verrijkingsaanspraak van de leverancier tegen de verhuurder onredelijk in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW.[9]

Breekt de verrijkingsactie echter *níet* in de *paritas creditorum* in, dan staan er in wezen twee belangen tegenover elkaar. Enerzijds is er het belang van de verarmde die zijn schade wil verhalen op degene die door zijn prestatie lijkt te zijn verrijkt. Anderzijds is er het belang van de verrijkte (en met hem het belang van een goed lopend rechtsverkeer) dat hij verschoond blijft van een tegen hem gerichte verrijkingsactie. Deze belangen moeten tegenover elkaar worden afgewogen. Er kan niet *a priori* worden gezegd, dat één van de belangen altijd zwaarder moet wegen dan de ander; met Wissink meen ik, dat de belangenafweging steeds in *concreto* moet plaatsvinden tegen de achtergrond van alle omstandigheden van het te beoordelen geval.[10] Dit past bij de, op de redelijkheid en billijkheid gefundeerde, aanvullende functie van de verrijkingsvordering.

Hoe de belangen moeten worden afgewogen, hangt mede af van de structuur van het verrijkingsgeval. Als het gaat om gevallen waarin de prestatie van de verarmde, via het vermogen van diens contractuele wederpartij, bij de verrijkte terecht komt zijn er twee standaardsituaties.[11] In de eerste plaats kan de verrijkte gedaagde het voordeel hebben verkregen, zonder dat hij dit ontleent aan een overeenkomst met de contractuele wederpartij van de verarmde eiser. In de tweede plaats kan er juist wel een overeenkomst bestaan die de verrijking, in ieder geval *prima facie*, legitimeert.[12] In de komende twee deelparagrafen worden, voor elk van deze twee situaties, enkele lijnen uitgezet om de belangen van de verarmde en de verrijkte af te wegen.

Bij de figuur van de derdenverrijking gaat het echter niet steeds om situaties waarin de prestatie van de verarmde, via het vermogen van zijn contractuele wederpartij, in het vermogen van de verrijkte terecht gekomen is.[13] Het kan bijvoorbeeld gaan om gevallen, waarin de verarmde op een andere wijze in zijn verhaalsmogelijkheden is benadeeld dan het geval dat de precieze prestatie van de verarmde in het vermogen van de verrijkte terecht is gekomen. Het kan ook gebeuren dat de gedaagde gelden in handen krijgt die op enigerlei wijze 'bestemd' zijn voor de eiser. En zo zijn er meer geval-

---

9 Zie par. 7.10.

10 Vgl. Wissink 2002, p. 31.

11 De typen zijn ontleend aan de indeling van Janssen. Zie: Janssen 2009, p. 155-156.

12 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 20 maart 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB8486, *NJF* 2007/516. Of de verhuurder een verrijkingsactie van de aannemer tegen zich moet laten gelden, laat het hof afhangen van de vraag of de verhuurder een overeenkomst heeft met de (inmiddels overleden) huurder. Het hof acht het van belang voor het punt van de verrijking. In mijn optiek zal het ook van belang zijn voor de beoordeling van de (on)gerechtvaardigdheid van een eventuele verrijking.

13 Ik hanteer daarmee een ruimere definitie dan Gerdes doet, die zich beperkt tot gevallen waarin de prestatie van A, via het vermogen van B, bij C terecht gekomen is. Zie Gerdes 2005, par. 1.3.3, p. 13.

len. Hoewel de hoofdlijn van het betoog ziet op gevallen waarin de prestatie van de verarmde via een ander in het vermogen van de verrijkte terecht is gekomen, wordt *en passant* ook aandacht besteed aan enkele van deze andersoortige verrijkingsrechtelijke meerpartijenverhoudingen. Ook dan moet worden onderscheiden, tussen situaties waarin de gedaagde kan wijzen op een overeenkomst die zijn voordeel *prima facie* legitimeert, en gevallen waarin dit niet het geval is.

9.2 Gedaagde ontleent zijn voordeel niet aan een overeenkomst

9.2.1 Algemeen

Wat is rechtens indien de gedaagde, in een geval van indirecte verrijking, een voordeel van de verarmde verkrijgt, zonder dat hij dit ontleent aan een rechtshandeling of een wettelijke bepaling die zijn verrijking rechtvaardigt?

Het *Quint/Te Poel*-arrest kan als model dienen en is het startpunt van de analyse.[14] Quint bouwde, ter uitvoering van een overeenkomst met Hubertus te Poel, een tweetal winkelpanden op een stuk grond die, naar later bleek, eigendom was van Heinrich te Poel. Toen Hubertus de aanneemsom niet volledig kon voldoen, sprak Quint broer Heinrich aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking omdat hij – door natrekking – eigenaar was geworden van de winkelpanden. De Hoge Raad kwam aan de toets aan de voorwaarden van de algemene verrijkingsactie niet toe, omdat het oud BW geen verrijkingsactie kende en de Hoge Raad niet bereid was een op de traditie en het ongeschreven recht gefundeerde verrijkingsactie te aanvaarden. Een verrijkingsactie was destijds (1959) alleen mogelijk – net als dit het geval was (en is) met andere op de blote redelijkheid en billijkheid gebaseerde verbintenissen – als deze paste in het stelsel van de wet en aansloot bij wél in de wet geregelde gevallen. Vervolgens was de Hoge Raad van oordeel dat de vordering van Quint niet paste in het destijds geldende vermogensrecht.

Hoe moet de verrijkingsvordering naar huidig recht worden beoordeeld? Getwijfeld kan worden aan het causale verband tussen de verrijking en de verarming. Eerder is echter betoogd, dat er in een geval zoals *Quint/Te Poel* wel degelijk een verband is tussen de verarming van Quint en de verrijking van Heinrich te Poel.[15] Weliswaar is Heinrich in de eerste plaats ten koste van zijn broer verrijkt, op wiens kosten de winkelpanden op de grond van Heinrich gebouwd zijn, maar de verrijking van Heinrich is evenzeer ten koste gegaan van Quint.[16] De materialen en arbeidsuren van Quint zitten in de aan Heinrich toebehorende winkelpanden. Voor die vermogensverschuiving kan Heinrich te Poel niet op een rechtvaardigingsgrond wijzen,

14 HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, NJ 1959/548, m.nt. D.J. Veegens (Quint/Te Poel).

15 Zie par. 5.4.4.2.

16 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/462.

zodat Heinrich te Poel ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van Quint. Ontleent de verrijkte zijn voordeel níet aan een overeenkomst of een specifieke wettelijke bepaling die zijn verrijking beoogt te legitimeren, dan speelt de rechtszekerheid of de goede trouw van de gedaagde in zoverre geen rol, dat hij niet kan wijzen op een grond op basis waarvan hij zijn voordeel mag behouden.[17]

Wel moet bedacht worden, dat de vaststelling dat iemand als Heinrich te Poel in een geval als dit ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van Quint, níet *mutatis mutandis* meebrengt dat hij uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking aansprakelijk is. Soms moeten andere beginselen zwaarder wegen dan het verrijkingsbeginsel.[18] Heinrich te Poel is alleen aansprakelijk voor zover dit *redelijk* is. Een belangrijke grond op basis waarvan een specifieke verrijkingsaanspraak onredelijk kan worden geoordeeld, is – naast een eventuele schending van de *paritas creditorum* – dat deze de autonomie van de gedaagde op een onaanvaardbare wijze zou doorkruisen.[19] Een grondeigenaar als Heinrich te Poel zal, indien hij daarin niet is gekend, niet zomaar hoeven te betalen voor winkelpanden waar hij niet om heeft gevraagd.[20]

9.2.2 Het redelijkheidsvereiste

Toch zijn er, zoals eerder uiteengezet, verschillende omstandigheden die kunnen maken dat de autonomie van een gedaagde als Heinrich te Poel níet op een onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist indien een verrijkingsaansprakelijkheid zou worden aangenomen.[21]

Indien de verrijking bijvoorbeeld *liquide* is geworden nadat de grond met de winkelpanden is verkocht, leidt verrijkingsaansprakelijkheid ten belope van maximaal de meeropbrengst, niet tot een opgedrongen bestedingspatroon. Iets soortgelijks kan worden betoogd, als restitutie in natura op de voet van artikel 6:103 BW tot de mogelijkheden behoort. Dit is het geval als het gaat om geleverde deuren die gemakkelijk kunnen worden verwijderd. Verder kan gedacht worden aan de situatie dat het gaat om noodzakelijke uitgaven. Bestaat de verrijking niet uit de bouw van winkelpanden, maar het 'hoognodige' in de verf zetten van panden die aan de gedaagde toebehoren, dan zal verrijkingsaansprakelijk heel wel in de rede kunnen liggen. Er is dan in wezen sprake van een situatie waarin de verrijkingsaanspraak in het verlengde ligt van de zaakwaarneming.

---

17 Zie over de derdenbescherming par. 7.9.

18 Zie hoofdstuk 7.

19 Zie par. 7.6.

20 Gerdes pleit er in zijn proefschrift – terecht – voor dat het leerstuk van de opgedrongen verrijking een rol behoort te spelen bij de problematiek van de derdenverrijking. Zie Gerdes 2005, par. 8.5.1e, p. 197-201.

21 Zie par. 7.6.

Een andere omstandigheid die kan maken dat de verrijkingsaanspraak op de grondeigenaar niet onredelijk is, kan erin gelegen zijn dat deze de verrijking heeft laten ontstaan. In een driepartijenverhouding, waarbij de prestatie van de verarmde via diens contractuele wederpartij bij de verrijkte terecht is gekomen, kan het relevant zijn dat de verrijkte gedaagde *toestemming* gegeven heeft.

Laat grondeigenaar C (zonder dat er sprake is van vertegenwoordiging) toe dat B door A een bouwwerk laat bouwen op C's grond, dan is verdedigbaar dat C – in beginsel – aansprakelijk is uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking indien B aannemer A niet kan betalen.[22] De grondeigenaar die instemt met de bouw op zijn grond, stelt – zo zou kunnen worden betoogd – evenzeer zijn vertrouwen in de kredietwaardigheid van degene die de opdracht tot de bouw geeft als de aannemer dat doet. De grondeigenaar kan namelijk op zijn vingers natellen, dat de aannemer – artikel 6:212 lid 1 BW indachtig – bij hem zal aankloppen indien de opdrachtgever insolvent blijkt te zijn. Hier komt bij dat B (tenzij er sprake is van een opstalrecht) geen hypotheek kan vestigen op het bouwwerk, omdat C daarvan nu juist eigenaar wordt. In mijn optiek gaat het er niet om of de verrijkte te goeder of te kwader trouw is; in mijn optiek zou de verrijkte – indien hij toestemming heeft gegeven dat er op zijn grond wordt gebouwd, zonder dat hij een tegenprestatie verschuldigd is en zonder dat hij verder iets afspreekt met de aannemer – in beginsel (behoudens bijzondere omstandigheden) het risico moeten dragen van een eventuele verrijkingsaansprakelijkheid.[23]

Dit is in sterkere mate het geval indien de verrijkte gedaagde en de contractuele wederpartij van de verarmde aan elkaar gelieerd zijn. Naast het *Quint/Te Poel*-arrest (waarin het niet onwaarschijnlijk is dat Heinrich te Poel van de bouw wist omdat Hubertus zijn broer was), zijn er twee voorbeelden die dit kunnen illustreren.

Het eerste is de casuspositie zoals die aan de orde was in het arrest *Vermobo/Van Rijswijk*.[24] Van Rijswijk junior laat Vermobo, met toestemming van Van Rijswijk senior, een varkensstal op de grond van zijn vader bouwen. Tekenend voor die zaak is dat 'senior' bij de onderhandelingen aanwezig was. De betrokkenheid van Van Rijswijk senior was te weinig om in rech-

22 Een analogie kan getrokken worden met art. 6:210 lid 2 BW. De ontvanger van een onverschuldigde betaling van een andere aard dan het geven van een goed of een som geld, is – voor zover dit redelijk is – waardevergoeding verschuldigd, indien aan de ontvanger kan worden toegerekend dat er jegens hem is gepresteerd.

23 Vgl. Schoordijk 1999, p. 147. Hij trekt een analogie met de actio pauliana, waarbij degene die 'om niet' verkrijgt niet wordt beschermd. Vgl. ook: Meijer 2007, p. 184 en voetnoot 29. In zijn systeem is het mogelijk aan te nemen dat er op de grondeigenaar een verrijkingsrechtelijke risicoaansprakelijkheid rust. In andere zin Van Boom 2002, p. 126-127. In zijn optiek is de grondeigenaar slechts aansprakelijk indien hij wist of behoorde te weten dat de contractuele wederpartij van de verarmde te weinig verhaal zou bieden.

24 HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, *NJ* 1994/172 (Vermobo/Van Rijswijk), m.nt. P. van Schilfgaarde.

te een meerpartijenovereenkomst aan te nemen,[25] maar die betrokkenheid zal echter, in de regel, wel voldoende zijn om een aanspraak op grond van ongerechtvaardigde verrijking redelijk te achten.[26] Het andere geval waarop ik het oog heb, is het geval waarin de partner van de huiseigenaar – mét instemming van de huiseigenaar – een aannemer inschakelt voor de verbouwing van het huis. De Rechtbank 's Gravenhage heeft de verrijkingsvordering van de aannemer tegen de verrijkte huiseigenaar in een dergelijk geval toegewezen.[27] Behoudens bijzondere omstandigheden lijkt mij dit een *fair* resultaat. De aannemer heeft weliswaar het insolventierisico van de aanbesteder op zich genomen; maar met wellicht evenveel recht kan worden betoogd dat de huiseigenaar 'de aanbesteder' met al zijn kwaliteiten en gebreken als levenspartner heeft aanvaard.

Wat de redelijkheid van deze verrijkingsaanspraken in de hier besproken gevallen versterkt, is dat er tussen de grond-/huiseigenaar die toestemming tot bouw gegeven heeft en degene die de bouwopdracht aan de aannemer gegeven heeft, een *familierelatie* bestaat. De vader die zijn zoon toestemming geeft om op zijn grond te laten bouwen, en de huiseigenaar die ten opzichte van zijn of haar partner hetzelfde doet, zullen over het algemeen behoorlijk geïnformeerd zijn over de vermogenspositie van hun verwanten.[28] Dit rechtvaardigt dat ze in die zin het insolventierisico van hun verwanten dragen, dat zij aansprakelijk kunnen zijn uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Iets soortgelijks zal moeten gelden als de verrijkte en de contractuele wederpartij van de aannemer aan elkaar gelieerde *rechtspersonen* zijn.

Wellicht dat er voor deze zienswijze nog een rechtspolitiek argument kan worden gegeven. Wordt de hier verdedigde zienswijze als recht aanvaard, dan zal het minder snel lonend zijn om stromannen in te zetten.[29] Theoretisch is een aanvullende verrijkingsaanspraak tegen de grondeigenaar voor die fraudegevallen niet nodig (voor fraude kan de onrechtmatige daad remedie bieden), praktisch zal die fraude – als daarvan inderdaad sprake is – lang niet altijd aan te tonen zijn, zodat de middenweg van de ongerechtvaardigde verrijking uitkomst kan bieden. De verrijkingsaanspraak voorkomt dat iemand profiteert van zijn *unclean hands*.[30] Maar ook los van eventuele fraude, is het niet onrealistisch om de grondeigenaar in de hier besproken gevallen voor de waardestijging van de grond (voor zover die door de bouw is ontstaan) aansprakelijk te houden.

---

25 Zie r.o. 4.4. arrest hof voorafgaande aan het Vermobo/Van Rijswijk arrest. Te kennen uit: HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, *NJ* 1994/172 (Vermobo/Van Rijswijk), m.nt. P. van Schilfgaarde. Oordeel wordt door de Hoge Raad gesanctioneerd in r.o. 3.2

26 Zie r.o. 4.6. arrest hof te kennen uit: HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, *NJ* 1994/172 (Vermobo/Van Rijswijk), m.nt. P. van Schilfgaarde. In het volgende hoofdstuk zal de casus van Vermobo/Van Rijswijk worden geanalyseerd vanuit het perspectief van de scheidslijn tussen de onrechtmatige daad en de ongerechtvaardigde verrijking.

27 Rb. Den Haag 21 november 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY3364, *NJF* 2013/26.

28 In dezelfde zin (schrijvend over Vermobo/Van Rijswijk): Schoordijk 1999, 147.

29 Gerdes 2005, par. 7.4.1, onder b, *in fine,* p. 154.

30 Daarover: Vranken 1998, p. 1497-1500.

9.2.3 Een verrijkingsrechtelijk *ius tollendi*

Het zal echter niet altijd zo zijn, dat geldelijke verrijkingsafdracht redelijk is. Niet iedere verrijking is direct in liquide vorm in een vermogen aanwezig en niet altijd is het mogelijk, om de verrijking in natura af te dragen. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een tweetal voorbeelden van derdenverrijking die Gerdes in zijn proefschrift centraal stelt.[31] De koper van onroerend goed laat voordat de definitieve koop en levering rond is, de grond bebouwen door een aannemer. Wanneer de koop niet doorgaat, vanwege het feit dat de koper zijn financiering niet rond krijgt (en daardoor ook de aanneemsom niet kan voldoen), komt de verkoper verrijkt uit de mislukte transactie en blijft de aannemer met schade zitten. Het andere voorbeeld is het geval, waarin een huurder de gehuurde zaak laat opknappen zonder dat de huurder de aannemer kan betalen. Bij dit laatste voorbeeld moet worden bedacht, dat de eventuele toestemming van de verhuurder om de zaak te laten opknappen 'te dun' is om verrijkingsaansprakelijkheid automatisch redelijk te doen zijn, omdat het zo kan zijn dat de verhuurder die toestemming (bijvoorbeeld op grond van artikel 7:215 lid 2 BW) moest geven.[32] Kunnen in deze twee voorbeelden de verkoper en de verhuurder met succes worden aangesproken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking?

Indien de verrijking *níet* liquide is, de werkzaamheden niet noodzakelijk waren en de verkoper en de verhuurder part noch deel hebben aan de aanneemovereenkomst ligt een *geldelijke* verrijkingsaanspraak niet zonder meer voor de hand. In schrijnende gevallen – en indien het geval zich ervoor leent – zou de rechter, de verrijkingsschuldeiser (de verarmde aannemer) bij wijze van 'redelijke' schadevergoeding een *ius tollendi* (een wegneemrecht) kunnen toekennen. Wellicht dat de aannemer op deze manier een deel van zijn materiaal terug kan krijgen. Belangrijker is, dat de aannemer op deze manier een *onderhandelingspositie* verkrijgt ten opzichte van respectievelijk de verrijkte verkoper en de verrijkte verhuurder. Komen ze een prijs overeen, dan zal de verrijkte het gebouwde voor een relatief zacht prijsje hebben, terwijl de aannemer nog iets van zijn investering terugziet. Door een uit de onderhandeling voortvloeiende overeenkomst zou *en passant* het ongerechtvaardigde karakter van de verrijking weggenomen worden. Nadeel is, dat het mogelijk is dat partijen er niet uitkomen en het bouwwerk uiteindelijk wordt gesloopt.

9.2.4 Een specifieke wettelijke bepaling kan een verrijkingsaanspraak blokkeren

Naast het feit dat de verrijkingsaanspraak in strijd kan komen met algemene vermogensrechtelijke overwegingen en beginselen, kunnen – net als in een tweepartijenverhouding – specifieke wettelijke regels uit het rechtshandelin-

31 Gerdes 2005, par. 1.3.2, p. 8-12: voorbeeld 3 en 5.
32 Zie daarover par. 7.6.5. in fine.

gen en overeenkomstenrecht en het overige vermogensrecht aan aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking in de weg staan.

Instructief is een voorbeeld dat Janssen geeft. Iemand woont samen met degene die een pand huurt.[33] Is de huurder insolvent, dan staat artikel 7:267 lid 4 BW aan aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking van de inwonende partner in de weg. Alleen de huurder en de medehuurder kunnen voor de huur worden aangesproken. Artikel 7:267 lid 4 BW bepaalt uitdrukkelijk, dat de medeverhuurder slechts aansprakelijk is voor huurpenningen in de periode waarin hij medeverhuurder was. In het licht van deze bepaling zal verrijkingsaansprakelijkheid, in mijn optiek, niet snel 'redelijk' zijn als bedoeld in artikel 6:212 lid 1 BW.

9.3 Gedaagde ontleent verrijking aan overeenkomst

9.3.1 Uitgangspunt van verrijkingsrechtelijke derdenwerking

9.3.1.1 Algemeen

De gedachte dat de verarmde het insolventierisico van zijn contractuele wederpartij behoort te dragen, weegt zwaar in gevallen waarin de verrijkte gedaagde zijn voordeel ontleent aan een overeenkomst met de contractuele wederpartij van de verarmde. Sluit iemand een gunstige overeenkomst dan mag hij erop vertrouwen dat hij dit voorbeeld mag behouden. De economie vaart wel bij dit principe.[34]

Vanuit het perspectief van artikel 6:212 lid 1 BW wordt dit gereflecteerd[35] door de vuistregel dat iemand die zijn voordeel ontleent aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde niet ongerechtvaardigd is verrijkt. Dit uitgangspunt kan de verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst worden genoemd.[36] Koopt iemand een huis onder de marktwaarde, en heeft de feitelijke bewoner (niet zijnde de verkoper) in het huis geïnvesteerd, dan wordt de verrijking van de koper ten koste van de vorige bewoner in beginsel gerechtvaardigd door de koopovereenkomst.[37] Een overeenkomst geldt óók ten opzichte van personen die buiten de overeenkomst staan in beginsel als toereikende rechtvaardigingsgrond.[38]

---

33 Janssen 2009, p. 160.
34 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/465.
35 Vgl. Wissink 2002, p. 32.
36 Zie par. 6.5.3.4-6.5.3.5.
37 HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928, *NJ* 2007/154, m.nt. J.B.M. Vranken (Koker/Cornelius), r.o. 3.6.3. Zie over dit arrest, bijvoorbeeld, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/462; Van Maanen 2006, p. 42-44; Hartlief 2012, p. 290-292.
38 Zie par. 6.5.3.4.

Zoals we eerder hebben gezien, berust dit uitgangspunt niet alleen op rechtspolitieke logica, maar ook op vermogensrechtelijke logica.[39] Omdat de contractuele wederpartij van de verrijkte – tegenover de rest van de wereld – rechthebbende is van zijn vermogen, is hij bevoegd om ten opzichte van een ieder zijn vermogen en de daartoe behorende bestanddelen te binden. Vloeit, bijvoorbeeld, een prestatie van A, via het vermogen van B in het vermogen van C op basis van een overeenkomst tussen B-C dan heeft de overeenkomst B-C verrijkingsrechtelijke derdenwerking. B is tegenover een ieder rechthebbende van zijn vermogen en hij kan dit vermogen, in beginsel, tegenover een ieder binden. Het voordeel dat C op basis van een overeenkomst met B van B verkregen heeft, is in beginsel gegrond tegenover iedereen. Overeenkomsten hebben in beginsel verrijkingsrechtelijke derdenwerking.

9.3.1.2 Een voorbeeld: de Bouwgros-zaak

Illustratief voor de verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst is de *Bouwgros*-zaak.[40] In deze zaak staat artikel 39 Fw centraal. Op grond van deze bepaling kan de curator (en de verhuurder) een huurovereenkomst van de gefailleerde tegen een opzegtermijn van 3 maanden opzeggen. In de bepaling ligt een belangenevenwicht besloten tussen het belang van de boedel om de boedelschulden niet te ver te laten oplopen aan de ene kant en het belang van de verhuurder om zich in te dekken tegen het insolventierisico van de huurder aan de andere kant. Een beding in de huurovereenkomst op grond waarvan een langere opzegtermijn geldt, kan aan het belangenevenwicht tussen de verhuurder en het belang van de boedel om de boedelschulden niet te ver te laten oplopen geen afbreuk doen. Wél geldt een beding in strijd met artikel 39 Fw tegen de huurder zélf (voor het geval waarin hij uit zijn faillissement geraakt) en tegenover een derde die zich garant heeft gesteld voor de verplichtingen van de huurder.[41] Degene die zich garant heeft gesteld kan echter – vanwege het belangenevenwicht van artikel 39 Fw – zich niet op enigerlei wijze met succes verhalen op de boedel uit hoofde van een contragarantie.[42]

In de casus die aan het arrest ten grondslag ligt, huurt Bouwgros een bedrijfspand van Hansteen. ABN-Amro stelt zich garant voor – o.a. – de leegstandsschade die de verhuurder Hansteen zou lijden, indien Bouwgros failliet zou gaan. Na verloop van tijd gaat Bouwgros failliet en de curator zegt de huurovereenkomst op met inachtneming van de uit artikel 39 Fw voortvloeiende drie maanden durende opzegtermijn. ABN-Amro keert € 881.832,80

---

39 Zie par. 6.5.3.5.

40 HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278, *NJ* 2017/142, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Bouwgros).

41 HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, *NJ* 2014/68, m.nt. P. van Schilfgaarde (Romania Beheer), r.o. 3.3.3-3.3.5.

42 HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, *NJ* 2014/68, m.nt. P. van Schilfgaarde (Romania Beheer), r.o. 3.3.4 *in fine.*

(neerkomend op 10 maanden huur) uit aan Hansteen op grond van de bankgarantie. De bank verrekent dit bedrag vervolgens met het (geblokkeerde) creditsaldo van een bankrekening die Bouwgros bij ABN-Amro had. De curator laat vervolgens na om zich hiertegen te verzetten terwijl hij dit wél kon. In plaats daarvan spreekt hij de verhuurder aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Anders dan het hof, wijst de Hoge Raad de verrijkingsvordering af:[43]

> 'Hansteen heeft gesteld dat zij gerechtigd was de leegstandschade onder de bankgarantie te claimen. Het hof is in zijn rov. 3.3 (zie hiervoor in 3.2.3) van de juistheid van deze stelling uitgegaan, zodat deze ook in cassatie tot uitgangspunt dient. Gegeven dit uitgangspunt, brengt de omstandigheid dat ABN AMRO, nadat zij aan haar betalingsverplichting ter zake had voldaan, verhaal heeft genomen op de boedel van Bouwgros […] en dat de curator zich hiertegen niet heeft verzet, niet mee dat Hansteen ongerechtvaardigd is verrijkt ten laste van de boedel. De ontvangst van een betaling waarop Hansteen (volgens genoemd uitgangspunt) in haar verhouding tot ABN AMRO gerechtigd was, werd immers niet ongerechtvaardigd doordat ABN AMRO verhaal nam op de boedel en de curator dit niet verhinderde. Het middel klaagt dan ook terecht dat het andersluidende oordeel van het hof blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.'

De verhuurder ontleent de € 881.832,80 aan de overeenkomst met de bank omdat hij daarop krachtens de bankgarantie recht heeft. Het staat de bank vrij haar vermogen daartoe te binden. De bankgarantie heeft daarom verrijkingsrechtelijke derdenwerking. De curator kan niet verzuimen zich tegen verrekening van de bank te verzetten en de nadelige gevolgen daarvan vervolgens afwentelen op de verhuurder. De laatste heeft immers – gelet op diens overeenkomst met de bank – het zijne gekregen.

9.3.1.3 Grenzen van en uitzonderingen op verrijkingsrechtelijke derdenwerking

De overeenkomst waaraan de verrijkte zijn voordeel ontleent, heeft echter niet altijd verrijkingsrechtelijke derdenwerking.

In de eerste plaats zijn er gevallen denkbaar waarin de ratio van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking afwezig is, zodat de overeenkomst van de verrijkte met een derde reeds om die reden niet als rechtvaardigingsgrond kan fungeren. In de tweede plaats worden er gevallen besproken waarin de ratio van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking weliswaar aanwezig is, maar waarbij bijzondere omstandigheden maken dat toch afgeweken moet worden van het uitgangspunt van verrijkingsrechtelijke derdenwerking.

Hieronder worden eerst gevallen besproken waarin de ratio voor verrijkingsrechtelijke derdenwerking afwezig is. Daarna worden omstandigheden besproken die een afwijking van het uitgangspunt van verrijkingsrechtelijke derdenwerking kunnen rechtvaardigen in gevallen waarin de ratio voor verrijkingsrechtelijke derdenwerking wél aanwezig is.

---

43 HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278, *NJ* 2017/142, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Bouwgros), r.o. 4.2.

9.3.2 Ratio verrijkingsrechtelijke derdenwerking is afwezig

9.3.2.1 Algemeen

Een overeenkomst tussen de verrijkte gedaagde en diens contractuele wederpartij (X) zal jegens de verarmde doorgaans als rechtvaardigingsgrond gelden omdat de contractuele wederpartij van de verrijkte bevoegd is om over zijn eigen vermogen te beschikken. Ontleent de verrijkte zijn indirecte verrijking ten koste van de verarmde aan een overeenkomst met X, dan is de verrijking van de verrijkte in beginsel niet ongerechtvaardigd verrijkt omdat het voordeel (1) afkomstig is uit het vermogen van X en (2) X rechthebbende is van zijn vermogen en als zodanig – met werking tegenover derden – bevoegd is om over dat vermogen te beschikken. Het kan in een concreet geval echter zo zijn dat de ratio voor verrijkingsrechtelijke derdenwerking afwezig is omdat één van de twee elementen ontbreekt.

9.3.2.2 X beschikt over vermogensbestanddelen van de eiser

De ratio van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst is allereerst afwezig, indien de contractuele wederpartij van de verrijkte in goederenrechtelijke of verbintenissenrechtelijke zin heeft beschikt over vermogen dat aan de verarmde toebehoort.[44] Dit kan met verschillende voorbeelden worden geïllustreerd.

Een dief (X) verkoopt – buiten de winkelruimte – bouwmateriaal aan de gedaagde, die te goeder trouw is. De bestolen eiser heeft – in weerwil van de goede trouw van de gedaagde – drie jaar de tijd om het materiaal te revindiceren (artikel 3:86 lid 3). Heeft de gedaagde het bouwmateriaal echter verwerkt, dan faalt de revindicatie van de eiser, voor zover de gedaagde door natrekking eigenaar is geworden. Wél kan de eiser de gedaagde aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. De gedaagde kan de bestolene niet voorhouden dat hij niet ongerechtvaardigd is verrijkt omdat hij verkreeg op basis van een overeenkomst.[45] De ratio van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst is hier afwezig: de dief heeft niet over een eigen vermogensbestanddeel beschikt, maar over materiaal dat

44 Vgl. Birks 2005, p. 86. 'There is', aldus Birks, 'one recurrent three-party situation in which the intervention of a third hand makes no difference at all. If the defendant has received the claimant's property, it does not matter how many intermediate hands it has passed through.' Het betoog van Birks strekt ertoe, dat in een dergelijk geval de gedaagde ten koste van – 'at the expense of' – de eiser is verrijkt. In Nederland is de indirecte verrijking niet problematisch. Wel brengt het feit dat C via zijn contractuele wederpartij B vermogen van A verkregen heeft, mee dat de overeenkomst B-C ten opzichte van A verrijkingsrechtelijke derdenwerking ontbeert.

45 Zie Damminga 2014, p. 232-233. Hij ziet het voorbeeld als 'bewijs' tegen de verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst. In mijn optiek is in dit geval veeleer de ratio van de derdenwerking afwezig.

aan de verarmde eiser toebehoorde. Spreekt de bestolene de gedaagde na drie jaar aan, dan stuit verrijkingsaansprakelijkheid af op het redelijkheidsvereiste gelet op de belangenafweging die in artikel 3:86 lid 3 besloten ligt. De bestolen eiser zou drie jaar de tijd hebben om de gestolen zaak als zijn eigendom op te eisen: eenzelfde termijn moet worden aangenomen bij verrijkingsaansprakelijkheid.

Een ander voorbeeld is het geval, wanneer iemand *onbevoegd* een vakantiehuis van de verarmde heeft verhuurd aan de verrijkte gedaagde.[46] Dat de huurovereenkomst hier géén verrijkingsrechtelijke derdenwerking heeft, is dat de verhuurder niet alleen zijn eigen vermogen heeft gebonden, maar dat hij ook – in ieder geval in feitelijke zin – onbevoegd heeft 'beschikt' over het vakantiehuis dat toebehoort aan de verarmde. Het gaat hier niet over juridisch beschikken (de eigenaar van het huis blijft eigenaar van het huis), maar over het feitelijke beschikken over de gebruiksmogelijkheid. Het gebruik van het huis door de gedaagde, heeft tot gevolg dat de gedaagde onbevoegd het huis van de verarmde eiser heeft gebruikt. Van hieruit zijn er grofweg twee mogelijkheden.

Heeft de gedaagde nog niet aan de frauduleuze verhuurder betaald, dan doet er zich in zoverre geen probleem voor. De gedaagde heeft de huurpenningen nog in zijn zak zitten. De gedaagde kan de overeenkomst met de oplichter ontbinden en de aan hem beloofde tegenprestatie aan de rechthebbende doen toekomen voor zover deze laatste schade heeft geleden (daarbij kan gedacht worden aan abstracte begroting) en voor zover de gedaagde door het gebruik is verrijkt. Is de verrijking van de gedaagde en de schade van de eiser echter groter dan de overeengekomen huursom, dan zal het in mijn optiek van de goede trouw van de gedaagde afhangen of hij aansprakelijk is voor het meerdere. Is de gedaagde te goeder trouw dan zou een 'volle' verrijkingsaansprakelijkheid niet redelijk zijn Overigens zal er voor het huren van een zaak minder snel sprake zijn van een onderzoeks- of twijfelplicht aan de kant van de huurder. Verhuren gaat minder ver dan vervreemden.

Heeft de gedaagde wél betaald aan de frauduleuze verhuurder, dan kan de eiser hem niet meer aanspreken voor een betaling in geld voor het gehuurde, indien hij op het moment van betaling nog niet met de verrijkingsaanspraak rekening behoefde te houden (vgl. artikel 6:212 lid 2 en 3). De verrijking is dan verminderd.

9.3.2.3 X is niet bevoegd om over eigen vermogen te beschikken

In een enkel geval kan het faillissement van X maken, dat de overeenkomst tussen X en de gedaagde geen verrijkingsrechtelijke derdenwerking heeft vanwege het feit dat X níet bevoegd is om over zijn vermogen te beschikken.

46 Zo ook: Damminga 2014, p. 242-243, die het belang van verweermiddelen onderstreept.

In *Rabobank/Beekman* gaat het om een geval, waarin Wassink € 30.000 van de verschuldigde € 250.000 door middel van internetbankieren overmaakt aan Beekman.[47] Op de dag van de betaling gaat Wassink echter failliet. Dit heeft tot gevolg dat hij reeds op de dag van faillietverklaring vanaf 0.00 uur niet bevoegd was om over zijn vermogen te beschikken als bedoeld in artikel 23 Fw. De curator in het faillissement van Wassink kon de overgemaakte € 30.000 van Beekman vorderen, maar dit deed zij níet. De curator koos voor de andere mogelijkheid en sprak de Rabobank aan om de € 30.000 aan de boedel te betalen.

De Rabobank spreekt daarop Beekman aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Beekman wijst op zijn overeenkomst met Wassink op basis waarvan de laatste tot betaling gehouden is, zodat – volgens Beekman – niet kan worden gezegd dat hij ongerechtvaardigd is verrijkt. De Rechtbank Gelderland is desalniettemin van oordeel dat de verrijking van Beekman ongerechtvaardigd is. Redengevend hiervoor is dat Wassink op het moment van betaling – ingevolge artikel 23 Fw – niet bevoegd was tot betaling over te gaan en dat de Rabobank buiten de betaling stond en 'slechts' de opdracht van Wassink uitvoerde.[48] De curator had de betaling van Beekman kunnen terugvorderen. Nu zij dat niet heeft gedaan, en in plaats daarvan de Rabobank heeft aangesproken, ligt een verrijkingsvordering van de Rabobank op Beekman in de rede. De uitspraak is terecht. De ratio van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking, die gevonden kan worden in de bevoegdheid van de wederpartij van de verrijkte om zijn vermogen tegenover een ieder te binden, wordt door artikel 23 Fw in de kiem gesmoord. Degene die failliet is, is vanaf de aanvang van de dag van zijn faillissement onbevoegd om over zijn vermogen te beschikken.

9.3.2.4 Gedaagde ontvangt gelden bestemd voor eiser

De ratio van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking is voorts afwezig, als de gedaagde gelden ontvangt die niet zozeer aan de eiser toebehoren, maar die wél op enigerlei wijze *bestemd* zijn voor de eiser.[49] Het betoog van de gedaagde dat de tussenschakel heeft beschikt over zijn eigen vermogen is dan niet sterk.

Het eerste te behandelen voorbeeld speelt rondom de uitkoop van een taxionderneming.[50] De eiser dreef – als huurder – een taxionderneming in een pand dat toebehoorde aan de gedaagde. De gemeente wenste het taxibedrijf wegens overlast te verplaatsen en trad met de gedaagde in onder-

47 Rb. Gelderland 17 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2256, *JOR* 2016/113 (Rabobank/Beekman).

48 R.o. 4.5.

49 In Engeland wordt in dit soort gevallen gesproken van 'Interceptive Subtraction'. Als de gedaagde gelden ontvangen heeft, die op weg waren naar de eiser, wordt aangenomen dat de gedaagde is verrijkt ten koste van de eiser. Zie Birks 2005, p.75-78; Goff & Jones 2011, nr. 6-52-6-62.

50 Rb. Rotterdam 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY3287, *NJF* 2013/18.

handeling over de koop van het pand waar de taxionderneming in gevestigd was. De gemeente was daarbij door de familierelatie van de eiser en de gedaagde in de veronderstelling dat de gedaagde tevens de taxionderneming van de eiser vertegenwoordigde. Dit resulteerde erin – zo kwam in rechte vast te staan – dat in de koopprijs van € 790.000 een verhuisvergoeding begrepen was. De eiser eiste dit gedeelte van het bedrag voor zich op van de gedaagde. De rechtbank achtte de gedaagde ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van de eiser omdat de verhuisvergoeding – mede gelet op het onteigeningsrecht – aan de eiser als uitbater van de taxionderneming toe behoorde te komen.[51] Die specifieke omstandigheden maken dat de overeenkomst tussen de verrijkte en de gemeente niet als rechtvaardigingsgrond kan gelden jegens de eiser. De overeenkomst heeft in deze omstandigheden geen verrijkingsrechtelijke derdenwerking omdat de gedaagde ontvangen heeft, wat de eiser toekomt.

Het volgende voorbeeld is ingewikkelder en bevindt zich op het gebied van het schadeverzekeringsrecht. De gemeente laat door *De Jong Cabin B.V.* ten behoeve van een school portocabins bouwen op grond van de gemeente.[52] De bedoeling is, dat De Jong eigenaar van de portocabins blijft en dat de gemeente de portocabins huurt vanaf 9 november 10.00 in de ochtend. Vlak voor de oplevering – in de nacht van 8 op 9 november – branden de portocabins echter tot de grond toe af. De gemeente heeft zich tegen brand laten verzekeren en ontvangt van de verzekeringsmaatschappij verzekeringspenningen voor de schade aan de grond, maar óók voor de afgebrande portocabins die voor de brand aan De Jong toebehoorden. Wanneer de gemeente weigert de verzekeringspenningen aan De Jong af te dragen, stelt de laatst genoemde een verrijkingsvordering in. De gemeente verweert zich onder meer met de stelling, dat zij niet verplicht was om zich te verzekeren (dit komt ook in rechte vast te staan) en dat De Jong buiten de overeenkomst tussen de gemeente en de verzekeringsmaatschappij staat. De Rechtbank Utrecht acht echter géén redelijke grond voor de verrijking van de gemeente aanwezig, omdat zij verzekeringspenningen heeft verkregen voor schade die zij niet zelf geleden heeft, maar een ander: De Jong.

Op het eerste gezicht zijn er twee argumenten tegen de verrijkingsaanspraak aan te voeren. In de eerste plaats heeft er, zoals de gemeente ook heeft betoogd, géén vermogensverschuiving plaatsgevonden tussen De Jong en de gemeente. Indien er géén sprake is van een vermogensverschuiving is een verrijking, zoals wordt verdedigd in dit boek, niet reeds ongerechtvaardigd bij het enkele ontbreken van een rechtvaardigingsgrond. Naast het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond is er een bijzondere reden nodig die de verrijking ongerechtvaardigd doet zijn. Het tweede argument tegen het oordeel dat de verrijking ongerechtvaardigd is, is dat die legitimatie er nu juist wél is. De gemeente ontleent haar verrijking immers aan de verze-

51 R.o. 4.7.

52 Rb. Utrecht 2 september 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ8423, *NJF* 2010/43.

keringsovereenkomst met de verzekeringsmaatschappij, zodat er, in ieder geval op het eerste gezicht, sprake lijkt te zijn van een rechtvaardigingsgrond.

Toch kan ik mij in het oordeel van de rechtbank vinden. De afwezigheid van een vermogensverschuiving en de aanwezigheid van een *prima facie* rechtvaardigingsgrond, doen niet af aan het feit dat de gemeente verzekeringspenningen heeft verkregen voor schade die De Jong geleden heeft. Dit staat in mijn optiek op gespannen voet met het indemniteitsbeginsel,[53] dat erop neerkomt dat een verzekerde slechts recht heeft op schadevergoeding, voor schade die hij daadwerkelijk geleden heeft. De gemeente mag als verzekerde niet 'duidelijk' beter worden van een schadevoorval.[54] Deze uit het verzekeringsrecht afkomstige gedachte, maakt dat de gemeente ongerechtvaardigd zou worden verrijkt ten koste van De Jong indien hij de verzekeringspenningen voor schade die De Jong geleden heeft, zou mogen behouden.[55] Er is een positieve reden die de verrijking – in weerwil van het ontbreken van een vermogensverschuiving – ongerechtvaardigd doet zijn. Dat de penningen eigenlijk aan De Jong toe behoren te komen, ondergraaft ook de grondslag van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst tussen de gemeente De Jong.[56]

9.3.3 Afwijking derdenwerking vanwege bijzondere omstandigheden

9.3.3.1 Algemeen

Tot nu toe zijn er gevallen de revue gepasseerd waarin de ratio van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking afwezig is. Er zijn ook gevallen waarin bijzondere omstandigheden een uitzondering op de verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst rechtvaardigen, hoewel de ratio van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking aanwezig is. Redengevend voor de uitzonderingsmogelijkheid is dat er tussen de verarmde en de verrijkte in een geval van een indirecte verrijking, géén *checks and balances* zijn zoals in een contractuele twee partijenverhouding het geval is. De algemene verrijkingsactie fungeert in het juridische vacuüm van de indirecte verrijking als *check* voor het atypische geval. De aanvullende functie van de verrijkings-

53 Daarover: T.L. Cieremans in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, artikel 960 Boek 7 BW, aant. 2; Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/428.

54 HR 17 februari 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6195, *NJ* 1978/577 (Landgoed Kraaijbeek).

55 De feiten lagen net anders in waardoor een vergelijkbare verrijkingsaanspraak werd afgewezen: Hof Arnhem-Leeuwarden 29 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4813, *NJF* 2018/444.

56 Wél zal de gemeente – in mijn optiek – eventuele verzekeringspremies die betaald zijn ter verzekering van de portocabin in mindering mogen brengen op de uit te keren verzekeringspenningen. De gemeente was immers niet jegens De Jong verplicht zich te verzekeren. Zou De Jong onverkort verzekeringspenningen ontvangen, dan zou hij op zijn beurt ongerechtvaardigd worden verrijkt.

vordering komt hier sterk tot zijn recht, doordat de verrijkingsactie een belangenafweging tussen de verarmde en de verrijkte mogelijk maakt.

Bij deze belangenafweging moet goed in het oog worden gehouden, dat de verrijkingsrechtelijke derdenwerking het uitgangspunt is. Voor afwijking moet er iets bijzonders aan de hand zijn.

De omstandigheden waaronder een uitzondering op de verrijkingsrechtelijke derdenwerking moet worden aanvaard, kunnen niet limitatief worden weergegeven. Met Wissink meen ik dat de belangenafweging steeds in concreto moet plaatsvinden, zonder dat er op een verantwoorde wijze *'hard and fast rules'* geformuleerd kunnen worden.[57] Wel kunnen er een aantal gevalstypen worden omschreven, waarbij aan een uitzondering op de verrijkingsrechtelijke derdenwerking gedacht kan worden. In het onderstaande bezien wij rechtshandelingen die, vanuit een verrijkingsrechtelijk perspectief, aandacht verdienen.

9.3.3.2 Normaliteit rechtshandeling

Hartkamp heeft getracht een overkoepelend criterium te geven om te bepalen of een overeenkomst verrijkingsrechtelijke derdenwerking heeft. Hij heeft betoogd, dat moet worden bezien, in hoeverre de rechtshandelingen waaraan de gedaagde zijn voordeel ontleent naar maatschappelijke opvattingen als een normale rechtshandeling moet worden beschouwd. Hetzelfde geldt, in zijn optiek, voor de uitvoering van een overeenkomst. Is er sprake van een abnormale rechtshandeling of wordt een normale rechtshandeling op een niet normale wijze afgewikkeld (de wederpartij van de verrijkte verlangt feitelijk geen tegenprestatie) dan kan er zich volgens Hartkamp een situatie voordoen, waarin de verarmde de verrijkte kan aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking.[58] Van een dergelijke abnormale overeenkomst is volgens hem sprake, indien een overeenkomst die in de zakelijke sfeer is gesloten een wanverhouding vertoont.

Het gezichtspunt is op het eerste gezicht aansprekend. Het recht zal ten aanzien van bepaalde niet-reguliere rechtshandelingen minder geneigd zijn om degene die door de rechtshandeling wordt bevoordeeld bescherming te bieden. Nauw verwant hieraan is de gedachte, dat een verrijking die buiten de normale gang van zaken ligt, met een kritisch oog moet worden bezien.[59] Toch meen ik dat de normaliteit van de rechtshandeling niet doorslaggevend is of behoort te zijn.

---

57 Wissink 2002, p. 31.

58 Zie Hartkamp 2001, p. 334. Het gezichtspunt lijkt een rol te spelen in het Koker/Cornelius-arrest. HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928, *NJ* 2007/154, m.nt. J.B.M. Vranken (Koker/Cornelius), r.o. 3.6.3 sub c.

59 Zie daarover par. 2.10.

In de eerste plaats ontbeert een overeenkomst die naar maatschappelijke opvattingen 'niet normaal' is niet *mutatis mutandis* verrijkingsrechtelijke derdenwerking. Het beginsel van contractsvrijheid brengt in principe mee, dat het partijen – binnen wettelijke grenzen zoals die van artikel 3:40 BW – vrijstaat om hun overeenkomst naar eigen goeddunken in te richten. Partijen mogen principieel buiten de geijkte paden gaan.

In de tweede plaats zal het niet altijd eenvoudig zijn aan te geven wanneer een overeenkomst 'niet normaal' is. Om bij het voorbeeld van Hartkamp aan te haken: een onevenwichtige overeenkomst is niet automatisch een ongebruikelijke overeenkomst. Bedacht moet worden, dat er zelfs in de zakelijke sfeer 'cadeautjes' kunnen worden uitgedeeld om de samenwerking te bestendigen. Voorts is denkbaar, dat schulden kunnen worden kwijtgescholden om een belangrijke of vertrouwde partner te behoeden voor een faillissement. De grens tussen normaal en niet-normaal zal lang niet altijd scherp te trekken zijn.

In de derde plaats zal, in mijn optiek, ook ten aanzien van een rechtshandeling die als een 'normale' rechtshandeling kan worden beschouwd een afwijking op de verrijkingsrechtelijke derdenwerking gerechtvaardigd kunnen zijn. Wij zullen hier voorbeelden van aantreffen.

Of van het uitgangspunt van verrijkingsrechtelijke derdenwerking moet worden afgeweken, hangt er in mijn optiek, als gezegd, vanaf of bijzondere omstandigheden afwijking van dit uitgangspunt rechtvaardigen. Een niet-normale rechtshandeling, zou daarom – in mijn optiek – in beginsel slechts verrijkingsrechtelijke derdenwerking moeten ontberen indien hiervoor in het concrete geval goede argumenten gevonden kunnen worden. Maar dit geldt evenzeer voor normale rechtshandelingen.

Helemaal zonder betekenis is de normaliteit van de rechtshandeling niet. Ontleent de gedaagde zijn voordeel aan een 'abnormale' overeenkomst, dan kan dit een indicatie zijn dat er bijzondere omstandigheden zijn die afwijking van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst rechtvaardigen. Een verrijking die buiten de normale gang van zaken ligt, moet met een kritisch oog worden bezien.

De normaliteit van de rechtshandeling kan bovendien een andere rol vervullen. Is eenmaal aangenomen dat een overeenkomst geen verrijkingsrechtelijke derdenwerking heeft, dan kan het onder omstandigheden zo zijn, dat de goede trouw van de gedaagde op de voet van het redelijkheidsvereiste beschermd moet worden (al hoeft goede trouw niet altijd aan verrijkingsaansprakelijkheid in de weg te staan.)[60] In mijn optiek zal de gedaagde minder snel te goeder trouw zijn indien het om een rechtshandeling gaat die 'niet-normaal' is.

60 Zie: par. 7.9.

9.3.3.3 De gedaagde heeft om niet verkregen

Aan een uitzondering op de verrijkingsrechtelijke derdenwerking kan worden gedacht indien de verrijkte om niet verkregen heeft.[61] Het recht is minder geneigd degene die om niet verkrijgt te beschermen. In het goederenrecht wordt iemand die te goeder trouw van de vervreemder verkregen heeft, slechts beschermd indien hij 'anders dan om niet' verkregen heeft (artikel 3:86 lid 1 BW). Iets soortgelijks geldt voor de *actio pauliana*. Krijgt iemand € 10.000 geschonken, terwijl de schenker wist of behoorde te weten dat diens schuldeisers door de gift benadeeld zouden worden in hun verhaalsmogelijkheden, dan is de gift – ongeacht de goede trouw van de begiftigde – vernietigbaar (artikel 3:45 lid 1 en 3 BW). Hartkamp & Sieburgh merken op, dat de ratio van deze bepaling hierin erin moet worden gezocht, dat het belang van de schuldeiser op verhaal zwaarder kan wegen dan het belang van de wederpartij om het in de schoot geworpen voordeel te behouden.[62] Het is een motief dat ook in het kader van artikel 6:212 lid 1 BW kan spelen.

In lijn met de *actio pauliana* heeft Schoordijk betoogd, dat de verrijkte gedaagde kan worden aangesproken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking als de verrijkte gedaagde om niet ontvangt en de partij waarvan hij ontvangt de bedoeling heeft zijn schuldeisers te benadelen.[63] Wissink noemt degene die om niet verkrijgt in navolging van Schoordijk 'minder beschermenswaardig'.[64]

Hartkamp ziet de omstandigheid dat de verrijkte om niet verkregen heeft, niet als een afzonderlijk gezichtspunt. Volgens hem draait het, zoals we hebben gezien, om de vraag of de rechtshandeling waaraan de verrijkte zijn voordeel ontleent, een naar maatschappelijke opvattingen 'normale' rechtshandeling is.[65]

Toch zal het niet uitsluitend van de maatschappelijke normaliteit van de rechtshandeling afhangen, of de verrijkte beschermd wordt door een eventuele verrijkingsactie. Wanneer ouders hun kinderen €10.000 schenken dan kan niet worden gezegd dat een dergelijke rechtshandeling naar maatschap-

---

61 Vgl de zaak die ten grondslag ligt aan: HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285, *NJ* 2017/124, m.nt. P. van Schilfgaarde (Maple Leaf). M. wordt verdacht van fraude op het werk. Hij draagt 'om niet' een villa over aan een stichting Maple Leaf ten behoeve van zichzelf. Zijn werkgever Resort of the World N.V. probeert verhaal op de stichting te nemen. De Hoge Raad casseert de verwerping van de verrijkingsactie van het hof omdat de stellingen van Resort of the World N.V. – a) dat Maple Leaf wist of behoorde te weten dat M. het behoud en onderhoud van de villa financierde met verduisterd geld en b) dat Resort of the World N.V. door de constructie in haar verhaalsmogelijkheid was benadeeld – niet heeft onderzocht. De stellingen kunnen, volgens de Hoge Raad, de verrijkingsactie dragen. Interessant is de vraag of de verrijkingsactie ook los van kennis van Maple Leaf had kunnen slagen omdat de stichting de villa 'om niet' verkregen heeft.

62 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/596.

63 Schoordijk 1999, p. 157.

64 Wissink 2002, p. 32.

65 Hartkamp 2001, p. 334 *in fine.*

pelijke maatstaven 'niet normaal' is. Het kan bijvoorbeeld een schenking zijn om fiscale redenen. Of het kan een bijdrage zijn voor een huis. Of voor de studie. Enzovoorts. Benadeelt een dergelijke rechtshandeling een schuldeiser in zijn verhaal, dan kan hij – in mijn optiek – wel degelijk kiezen of hij een actio pauliana instelt of een verrijkingsactie. [66]

De vraag kan worden gesteld in hoeverre de algemene verrijkingsactie van meerwaarde is ten opzichte van de *actio pauliana* in gevallen waarin de gedaagde 'om niet' verkrijgt. Schoordijk schrijft dat de verrijkingsactie in deze toepassing een duplicaat is van de *actio pauliana* en hij werpt dan ook de vraag op, of deze toepassing van de figuur van de indirecte verrijking 'overbodig' is.[67] Hij beantwoordt deze vraag – met een aarzeling – bevestigend.[68]

De aarzeling is, in mijn optiek, niet ten onterechte.

In de eerste plaats kan er zich een geval voordoen waarin de schuldenaar van de eiser aan de gedaagde een schenking doet, zonder dat de schuldenaar wist of behoorde te weten dat de eiser hierdoor in zijn verhaalsmogelijkheden zou worden benadeeld. Denkbaar is dat op het moment dat B aan C € 10.000 schenkt, A een niet voorziene vordering op B verkrijgt die door de schenking onverhaalbaar is. De pauliana gaat dan niet op, omdat er dan niet voldaan is aan het vereiste van wetenschap aan de kant van de schuldenaar. Een verrijkingsactie heeft in mijn optiek wel kans van slagen. Waarom zou het van de wetenschap van B af moeten hangen of A, C kan aanspreken?[69] De wetenschap van de schuldenaar (B) kan in mijn optiek niets afdoen aan de belangenafweging tussen A (die voldoende verhaal wil hebben) aan de ene kant en C (die zijn voordeel wil behouden) aan de andere kant.

In de tweede plaats ziet de pauliana *níet* op een *nalaten*.[70] Ook een nalaten kan schuldeisers echter benadelen en anderen bevoordelen.[71] Gedacht kan worden aan het geval dat iemand een gunstige optie niet op tijd heeft uitgeoefend om zijn schuldeisers een hak te zetten, of omdat hij het bijltje

66 Zie echter: Hof Leeuwarden 31 mei 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ7383. Een arts licht een patiënt op en schenkt zijn partner een horloge van €18.200. De schenking wordt als rechtvaardigingsgrond aangemerkt. Belangrijk voor het hof is onder meer dat de schenking een normale rechtshandeling betrof, die paste in het bestedingspatroon van de arts. De partner behoefde, volgens het hof, niet te twijfelen. Men kan zich afvragen, of het belang van de opgelichte patiënt niet behoort te prevaleren, als er een duidelijk verband kan worden aangenomen tussen de oplichting en de schenking.

67 Schoordijk 1999, p. 181. In deze richting ook Zwalve 2007, p. 212.

68 Schoordijk 1999, p. 181.

69 Zit er een te grote tijdsspanne tussen de schenking en de feitelijke benadeling, dan kan betoogd worden dat het verband tussen de verrijking en de verarming te los is om de verrijking ongerechtvaardigd te doen zijn. Eventueel zou afgevraagd kunnen worden of er voldoende verband bestaat tussen de verrijking aan de ene kant en de verarming aan de andere kant.

70 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/590.

71 Ankum heeft ervoor gepleit, de pauliana ook toe te passen bij een stilzitten van de debiteur: J.A.Ankum, 'Boekbespreking. H.P.J. Ophof, De Actio Pauliana: Terug van weggeweeest of ook: "wegwezen"?', *NTBR* 1993/9, p. 238; Ankum 1962, p. 113.

erbij neer heeft gegooid. Interessant is de vraag of de schuldeiser van degene die de optie niet ingeroepen heeft, degene die de optie tegen zich moest laten gelden (en dus door het nalaten bevoordeeld is) kan aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, indien de schuldeiser in zijn verhaalsmogelijkheden is benadeeld is. Ik zou menen dat de geest van de actio pauliana hier – in sommige gevallen – kan worden doorgetrokken via de verrijkingsvordering.[72]

Een ander voorbeeld van benadelend nalaten is het geval waarin de onterfde schuldenaar van de eiser géén aanspraak maakt op zijn legitieme portie (€ 100.000).[73] De schuldeiser(s) van de legitimaris kunnen op deze wijze worden benadeeld. Verkeert de schuldenaar in staat van faillissement, dan kan de curator op de voet van artikel 4:92 lid 2 BW de bevoegdheid van de legitimaris uitoefenen.[74] Het uitlokken van een faillissement kan echter, door de daaraan verbonden kosten, de vordering feitelijk onverhaalbaar maken. Interessant is daarom de vraag of een schuldeiser buiten faillissement, de overige erfgenamen kunnen aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking.

Prima facie wordt de verrijking van de erfgenamen gerechtvaardigd door de uiterste wilsbeschikking, maar op de keper beschouwd, bestaat de verrijking van de erfgenamen uit de *besparing* die ontstaat doordat de legitimaris (vooralsnog) zijn recht niet inroept. Deze besparing is niet het gevolg van een vermogensverschuiving, zodat de verrijking slechts in bijzondere omstandigheden ongerechtvaardigd kan zijn. Is er geen vermogensverschuiving dan is een verrijking – zoals de hier gesignaleerde besparing – in beginsel niet ongerechtvaardigd. Er zijn bijzondere omstandigheden vereist, die de verrijking ongerechtvaardigd doen zijn. Welnu, het 'paulianeuze' nalaten van de legitimaris kan wellicht als een bijzondere omstandigheid worden gezien, die de verrijking van de erfgenamen ongerechtvaardigd doet zijn ten opzichte van de schuldeiser van de legitimaris. Verder kan het bestaan van artikel 4:92 lid 2 BW evenzeer als een argument worden gezien. Het voordeel van de erfgenamen zou als een verrijking gezien kunnen worden die buiten de normale gang van zaken ligt. Dit zal des te sterker het geval zijn, indien de legitimaris welbewust geen aanspraak maakt op zijn legitieme portie, omdat hij wéét dat de € 100.000 anders naar zijn schuldeisers gaat.[75]

In de derde plaats kan de rechtshandeling waaraan de verrijkte zijn voordeelt ontleent, zodanig van aard zijn dat vernietiging niet het gewenste effect heeft. C komt met B overeen dat de laatste op de grond van C mag bouwen, terwijl overeen gekomen wordt dat C niet voor het bouwwerk

---

72 Complicatie is dat een optie op moment t geldt en op moment t + x niet meer.

73 Dit voorbeeld dank ik aan een Privatissimum-opdracht, uitgereikt door T.J. Mellema-Kranenburg. Destijds (2008) zocht ik de oplossing evenzeer in de ongerechtvaardigde verrijking. Ik geloof dat het de eerste keer was, dat ik met het onderwerp in aanraking gekomen ben.

74 T.J. Mellema-Kranenburg, in: *GS Vermogensrecht,* artikel 3:45 BW, aant. 4.8.

75 Eventuele onaanvaardbare resultaten, kunnen worden ondervangen door de redelijkheidstoets.

hoeft te betalen.[76] A voert de werkzaamheden uit, B kan niet betalen. Vernietiging van de rechtshandeling B-C kan niet wegnemen dat C door natrekking eigenaar van het gebouwde is geworden. Het mogelijke paulianeuze karakter van de toestemmingsovereenkomst tussen B en C kan een verrijkingsvordering van schuldeiser A op C rechtvaardigen voor zover C door de natrekking verrijkt is.[77]

Naast deze drie voorbeelden zullen we hieronder nog andere gevallen aantreffen, waarin de verarmde zich niet met een pauliana kan redden terwijl een verrijkingsactie overwogen kan worden.

9.3.3.4 De overeenkomst geeft slechts een 'zachte' legitimatie

In het verlengde van gevallen waarin de verrijkte gedaagde om niet verkregen heeft, zijn er gevallen denkbaar waarin de overeenkomst tussen de verrijkte en de contractuele wederpartij van de verrijkte slechts een 'zachte' legitimatie biedt. Daarmee bedoel ik dat het voordeel niet deel uitmaakt van de essentialia van de overeenkomst.

Gedacht kan worden aan een geval waarin de huurder van bedrijfsruimte, een verbetering mag aanbrengen op voorwaarde dat een verrijkingsvordering contractueel uitgesloten is. Bij het einde van de huur moet de huurder zich derhalve behelpen met het wegneemrecht. Biedt de huurder geen verhaal jegens de aannemer die de verbetering heeft doorgevoerd en maakt de huurder géén gebruik van zijn wegneemrecht dan is de verhuurder verrijkt ten koste van de aannemer. Kan de aannemer de verhuurder aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking?[78]

De belangen van de aannemer en de verhuurder moeten worden afgewogen. Tegenover het argument dat de verhuurder zijn voordeelt ontleent aan de overeenkomst met de huurder, staat dat het voordeel niet tot de essentialia van de huurovereenkomst behoort. De legitimatie is in die zin zwak, dat het van het feitelijk handelen van de huurder afhangt – maakt hij gebruik van zijn wegneemrecht of niet? – of de verhuurder wordt verrijkt. In mijn optiek is het verdedigbaar in een geval de aannemer (op eigen kosten) op de voet van artikel 6:103 BW een eigen wegneemrecht te gunnen. Voorwaarde is wel, dat de aannemer de gehuurde zaak in de toestand brengt 'die bij het einde van de huur redelijkerwijs in overeenstemming met de oorspronkelijke kan worden geacht' op de voet van artikel 7:216 lid 1 BW, of dat hij de verhuurder schadeloos stelt. Gaat het om door de aannemer geleverde kostbare deuren, dan kan hij deze – tegen een vergoeding voor de oude deuren – meenemen. Gaat het om een verbouwing, dan heeft de aannemer met het wegneemrecht een zekere onderhandelingspositie.

---

76 HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, *NJ* 1994/172 (Vermobo/Van Rijswijk), m.nt. Van Schilfgaarde.

77 Het is ook mogelijk de overeenkomst B-C te vernietigen en dan een vordering van B op C (op grond van ongerechtvaardigde verrijking of onverschuldigde betaling) uit te winnen.

78 De casus heeft wel iets van *Reimes/Constandse*, zie: HR 17 september 1993, ECLI:NL:HR:-1993:ZC1062, NJ 1993/740 (Reimes/Constandse).

9.3.3.5 Afkeurenswaardige rechtshandeling

Een uitzondering op de verrijkingsrechtelijke derdenwerking kan voorts aangewezen zijn, indien het gaat om een rechtshandeling die op enigerlei wijze afkeurenswaardig is.

Eén van de *usual suspects* die mogelijk afkeurenswaardig zijn, is de casus die ten grondslag ligt aan het arrest *Setz/Brunings*.[79] Condico verkoopt een perceel grond aan Brunings zonder dat de grond direct wordt geleverd. Wanneer Brunings iets minder dan de helft betaald heeft stopt de betaling vanwege betalingsmoeilijkheden. Daarop verkoopt en levert Condico hetzelfde perceel grond aan Setz voor een prijs beneden de marktwaarde. Levering vindt ditmaal wel plaats. Daarop spreekt Brunings Setz aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking omdat de laatste de grond alleen maar zou hebben kunnen kopen, vanwege het feit dat Brunings al een deel van de koopprijs betaald heeft. In dit geval zou het zo kunnen zijn, dat er sprake is van een afkeurenswaardige overeenkomst. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn indien Condico en Setz op enigerlei wijze aan elkaar zijn gelieerd.[80] Of dit het geval is, wordt niet duidelijk. De feiten komen in deze zaak niet goed uit de verf. Daar komt bij, dat er geen cassatiemiddel is gericht tegen het oordeel van het *Gemeenschappelijk Hof van Justitie Nederlandse Antillen en Aruba* dat de verrijking van Setz een redelijke grond ontbeert. De zaak blijft slechts 'verdacht'.[81]

Een duidelijker voorbeeld van een afkeurenswaardige rechtshandeling is een overeenkomst die deel uitmaakt van een *Ponzi scheme*. De fraudeur spoort verschillende personen aan om hem geld te lenen tegen wonderlijk hoge rentepercentages. Hij houdt de inleggers voor, dat hij in staat is de gelden op een (zeer) gunstige wijze te beleggen. In werkelijkheid belegt de fraudeur niet, maar betaalt hij de beloofde rentepercentages uit de inleg van andere beleggers. Het behoeft geen betoog, dat de fraudeur op een gegeven moment failliet gaat. Als de rook is opgetrokken, zijn er veel verliezers, maar er zijn ook een aantal beleggers die 'gewonnen' hebben. Kan een 'winnaar' nu worden aangesproken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking door een 'verliezer'? De Hoge Raad is van oordeel dat de rechtshandeling waar de belegger zijn voordeel aan ontleent, niet 'zonder meer' zijn verrijking rechtvaardigt en dat dit des te sterker geldt als er een wanverhouding bestaat tussen de prestaties.[82]

---

79 HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7249, *NJ* 1997, 719, m.nt. Jac. Hijma (Setz/Brunings).

80 Vgl. Wissink 2002, p. 32.

81 De zaak is zo 'verdacht' dat verschillende auteurs zich hebben afgevraagd of het hier niet eerder gaat om een geval van het onrechtmatige profiteren van wanprestatie. Zie bijvoorbeeld: Zwalve 1997, p. 585-586; Scheltema 1998, p. 27; Schoordijk 1997, p. 1751. In het volgende hoofdstuk zal de verhouding tussen onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking onder de loep genomen worden.

82 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, *NJ* 2012/495, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ponzi scheme*). Zie ook over dit arrest, bijvoorbeeld: Strijbos 2012; W.M. Schonewille & De Jong 2012.

Ik zou menen dat het goed verdedigbaar is, dat de verrijking van een bevoordeelde belegger ten koste van een belegger die door het *Ponzi scheme* benadeeld is, ongerechtvaardigd is. Belangrijk is dat de gelukkige belegger zijn voordeel ten koste van de verliezende belegger dankt aan de *willekeur* van de fraudeur. Het mechanisme van een *Ponzi scheme* – waarin de fraudeur de 'beleggingswinsten' betaalt van de inleg van andere beleggers – druist in tegen de ratio van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst. Een overeenkomst heeft verrijkingsrechtelijke derdenwerking omdat eenieder – als rechthebbende van zijn vermogen – over zijn vermogen kan beschikken ten opzichte van de rest van de wereld. Weliswaar beschikt de fraudeur in een *Ponzi scheme* over zijn eigen vermogen in die zin dat hij verplichtingen op zich neemt, maar essentieel aan een *Ponzi scheme* is, dat de fraudeur structureel beschikt over gelden van anderen op een andere manier dan is afgesproken. De verrijking van een profiterende belegger heeft buiten de normale – reguliere – gang van zaken om plaats gevonden.

Toch zou ik het blote feit dat een voordeel van een *Ponzi scheme* afkomstig is, onvoldoende achten voor de conclusie dat de verrijkte belegger onverkort aansprakelijk is. Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, moet het soms afleggen tegen andere vermogensrechtelijke overwegingen. De aanspraak moet 'redelijk' zijn. Het beginsel dat tegenkracht biedt is het beginsel dat de goede trouw van de profiterende belegger beschermd moet worden, hetgeen mede in het belang is van een soepel lopend rechtsverkeer.[83] Het is een gedachte die aan bepalingen als artikel 3:86 en 3:88 BW ten grondslag ligt. Een verrijkingsactie tegen een profiterende belegger die te goeder trouw is, stuit in mijn optiek af op het redelijkheidsvereiste.[84]

De vraag is echter wanneer die goede trouw ontbreekt. Het hof had, in de zaak die ten grondslag ligt aan het *Ponzi scheme*-arrest, bijvoorbeeld vastgesteld dat de profiterende belegger niet wist of behoorde te weten dat er sprake was van een *Ponzi scheme*, zodat de overeenkomst niet nietig was op grond van de openbare orde of de goede zeden. In mijn optiek sluit dit aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking niet uit. Het weten of behoren te weten is in het kader van artikel 3:40 lid 1 BW concreet, en ziet op de specifieke vraag of de belegger indicaties had dat de overeenkomst deel uitmaakte van een *Ponzi scheme*: *'een Ponzi scheme'* is in strijd met de goede zeden. In mijn optiek is er in het kader van artikel 6:212 lid 1 BW echter ruimte voor een abstractere twijfelplicht. Een extreem hoog rentepercentage, kan, zeker in combinatie met bijkomende omstandigheden, maken dat iemand behoort te begrijpen dat er – mogelijk – 'iets' niet in de haak is. Wanneer iemand in weerwil van die twijfel contracteert, dan loopt hij – als het inderdaad niet in de haak blijkt te zijn – het risico dat hij aansprakelijk

83 Koolhoven positioneert het ontbreken van goede trouw als een factor die de rechtvaardigende kracht aan de overeenkomst ontneemt. Zie: Koolhoven 2011, p. 241.

84 In gelijke zin: Koolhoven 241-242.

kan zijn uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Onmogelijkheid van onderzoek, hoeft niet in de weg te staan aan een twijfelplicht.

Die twijfel kan enerzijds gevoed worden door de gang van zaken. Hoe professioneel ging het eraan toe, waren er indicaties dat er iets niet in de haak was? Anderzijds kan de twijfelplicht worden ingegeven door een hoog rentepercentage. In de vastgestelde feiten in het *Ponzi scheme*-arrest komt een overeenkomst van *geldlening* voor met een rente van 80% op jaarbasis.[85] Daar lijkt enige twijfel op zijn plaats. Maar moet die twijfel er ook zijn, als het gaat om een percentage van 3% per maand *beleggingen* in plaats van *geldleningen*?[86] Hoefde de verrijkte rechtens niet te twijfelen, dan behoort de rechtszekerheid en met hem het belang van een soepel lopend rechtsverkeer – in mijn optiek – voor te gaan. Behoorde de gedaagde, die zijn voordeel ontleent aan een overeenkomst die deel uitmaakt van een *Ponzi scheme*, wél te *twijfelen*, dan wordt de uitzondering op de verrijkingsrechtelijke derdenwerking gerechtvaardigd door het beginsel dat niemand mag profiteren van zijn onereuze gedrag en is verrijkingsaansprakelijkheid alleszins redelijk. Vranken zou spreken van een sanctie op *unclean hands*.[87]

Hoewel de overeenkomst waaraan een bevoordeelde belegger zijn voordeel ontleent (in de woorden van de Hoge Raad) niet 'steeds en zonder meer' geldt als rechtvaardigingsgrond ten opzichte van een benadeelde belegger, slaagde de curator er níet in om, ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement van de fraudeur, een bevoordeelde belegger aan te spreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Essentieel is, dat in de zaak die ten grondslag ligt aan het *Ponzi scheme*-arrest, niet een profiterende belegger tegen een benadeelde belegger staat, maar een profiterende belegger tegenover de curator die de belangen behartigt van alle schuldeisers in het faillissement. Niet alle schuldeisers zijn benadeelde *Ponzi scheme*-beleggers.

De Hoge Raad is van oordeel dat het stelsel van de faillissementswet aan de door de curator gewenste verrijkingsactie *ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers* in het faillissement van de fraudeur in de weg staat.[88] In de verhouding tussen de fraudeur en de belegger kwalificeert de uitbetaling van de rente als een *opeisbare* schuld. Krachtens artikel 47 Fw zijn er slechts twee gronden op basis waarvan een opeisbare schuld vernietigt kan worden. Dit is enerzijds het geval als de ontvanger van de betaling wist dat het faillissement was aangevraagd en anderzijds als er sprake is van samenspanning met als doel de ontvanger boven de andere schuldeisers te bevoordelen. De Hoge Raad is van oordeel dat artikel 47 Fw de verrijking van een bevoordeelde belegger ten koste van de gezamenlijke schuldeisers in het faillisse-

85 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, *NJ* 2012/495, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ponzi scheme*), r.o. 3.1. onder (vi), negende streepje.

86 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, *NJ* 2012/495, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ponzi scheme*), r.o. 3.1. onder (vi), tiende streepje.

87 Daarover: Vranken 1998, p. 1497-1500.

88 R.o. 3.7.4.

ment van de fraudeur rechtvaardigt. Daarbij overweegt de Hoge Raad dat 'de behoeften van het verkeer meebrengen dat de schuldeiser erop mag vertrouwen dat de betaling door de schuldenaar onaantastbaar blijft, ook al geraakt de schuldenaar later, misschien zelfs kort na de betaling, in staat van faillissement'.[89]

Het oordeel past bij het uitgangspunt, dat een verrijkingsvordering moet passen in het stelsel van de wet. In mijn optiek is er echter wel iets voor te zeggen om, zoals eerder is betoogd,[90] in bijzondere omstandigheden het stelsel van de wet minder gewicht toe te kennen. Die bijzondere omstandigheden zijn bij een *Ponzi scheme* in mijn optiek aanwezig. Daar waar artikel 47 Fw ziet op de vernietiging van frauduleuze betalingen van reguliere schulden, daar gaat het bij een *Ponzi scheme* om reguliere betalingen van verbintenissen die voortvloeien uit frauduleuze overeenkomsten. Zeker als een bevoordeelde belegger een twijfelplicht heeft geschonden, vind ik het belang van een goed lopend rechtsverkeer geen sterk argument om de verrijkingsactie af te wijzen.

9.3.3.6 Blote onevenwichtigheid

Mede in het licht van *Ponzi scheme* kan afgevraagd worden, of – in weerwil van de goede trouw van de gedaagde – een blote onevenwichtigheid van de overeenkomst waaraan de gedaagde zijn voordeel ontleent, ertoe kan leiden dat de verarmde door het schild van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking heen kan breken.[91]

Engelhard en Van Maanen hebben opgemerkt dat het recht geen *iustum pretium*-leer kent, zodat onevenwichtigheid niet aan de verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst kan afdoen.[92] In zijn algemeenheid gaat dit te ver. De afwijzing van de *iustum pretium*-leer, is een rechtspolitieke keuze die gemaakt is in de vormgeving van de *checks* and *balances* tussen de contractuele partijen. In een geval van derdenverrijking wordt een ander dan de contractuele wederpartij aangesproken. Dat de *iustum pretium*-leer niet wordt aanvaard, sluit niet uit dat de onevenwichtigheid van de overeenkomst af kan doen aan de verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst. De Hoge Raad lijkt het als een relevant gezichtspunt te zien.[93] Het is echter niet eenvoudig aan te geven wanneer blote onevenwichtigheid een argument is om een uitzondering te maken op de verrijkingsrechtelijke derdenwerking.

---

89 R.o. 3.7.4.

90 Zie par. 6.5.4.4.

91 De metafoor van het 'schild' ontleen ik aan Wissink. Zie Wissink 2002, p. 32.

92 Engelhard & Van Maanen 1998, p. 317; Zie ook: Van Maanen 2006, p. 45.

93 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, *NJ* 2012/495, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ponzi scheme*), r.o. 3.7.2.

Wellicht dat aan een geval als het volgende gedacht kan worden. Een vader belooft zijn zoon meerdere malen dat hij op zijn dertigste verjaardag voor een habbekrats (€ 1.000.000) zijn bedrijf (ter waarde van € 5.000.000) kan overnemen. De reden is bij de zoon bekend: het gaat om een boerenbedrijf en de vader wil koste wat het kost dat het bedrijf wordt voortgezet. In het jaar dat de zoon dertig jaar wordt, heeft de vader privé een schuld van € 2.000.000 zonder dat de zoon dit weet of behoort te weten. Desalniettemin draagt hij de zaak aan zijn zoon over voor een vijfde van de waarde. Door deze transactie blijkt één van de schuldeisers te worden benadeeld in zijn verhaalsmogelijkheden. De overeenkomst is krachtens de *actio pauliana* vernietigbaar indien de zoon van de potentiële benadeling wist of behoorde te weten. De onevenwichtigheid van de overeenkomst en de vader-zoonrelatie scheppen daartoe een vermoeden.[94] Het kan echter zo zijn, dat dit vermoeden wordt weerlegd, door de jarenlange – voortdurend herhaalde – belofte van de vader om zijn zaak voor een zachte prijs over te dragen teneinde het bedrijf in de familie te houden.

Kan de benadeelde schuldeiser de zoon aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking indien de vlieger van de pauliana niet opgaat?

Tegen de verrijkingsactie pleit, dat de reden waarom de pauliana niet opgaat – gebrek aan wetenschap omtrent de schuldeisersbenadeling aan de kant van de zoon – ook de verrijkingsvordering zou moeten blokkeren. Het belangenevenwicht zoals dat in artikel 3:45 BW en 3:46 BW is neergelegd, mag niet door een verrijkingsvordering doorbroken worden, zo zou kunnen worden betoogd. De zoon moet erop kunnen vertrouwen, dat hij het bedrijf heeft overgenomen onder de voorwaarden waarop hij het van zijn vader verkregen heeft.

Vóór een verrijkingsactie kan echter pleiten dat de wanverhouding van de overeenkomst tussen de vader en de zoon zo groot is, dat er sprake is van een materiële schenking die veel weg heeft van een overeenkomst 'om niet' (zonder als zodanig te kwalificeren).[95] Daarbij is het zo, dat de zoon in dit voorbeeld bij eenieder zou moeten twijfelen als hij een bedrijf aangeboden krijgt voor een vijfde van de waarde. De reden dat hij niet hoefde te twijfelen is dat het zijn vader is geweest, die het aanbod – conform een voortdurend herhaalde belofte – heeft gedaan. De vraag is of het wel terecht is, dat de zoon profiteert van het feit dat hij – door de familieband en de belofte van zijn vader – niet behoefde te twijfelen aan de legitimiteit van de rechtshandeling. In mijn optiek weegt het belang van de schuldeiser van de vader zwaarden, dan het belang van de zoon om zijn voordeel ten volle te behouden.[96,97]

---

94 Art. 3:46 lid 1 onder 1 en 3 sub a BW.

95 Vgl. Koolhoven 2011, p. 243.

96 Zie echter: HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928, *NJ* 2007/154, m.nt. J.B.M. Vranken (Koker/Cornelius), r.o. 3.6.3 sub c: Desalniettemin zou de balans bij extreme onevenwichtigheid de andere kant op kunnen slaan.

97 In het kader van het redelijkheidsvereiste, zou in mijn optiek ook een schadevergoedingsplicht in termijnen denkbaar zijn. De zoon immers zal niet per se de liquide middelen hebben om de schade te vergoeden.

9.3.3.7 Unclean hands

Een afwijking van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking kan evenzeer gerechtvaardigd zijn, indien het handelen van de gedaagde niet helemaal zuiver was.[98] Soms zal het onzuivere handelen kwalificeren als wanprestatie of onrechtmatige daad.[99] Maar dit hoeft niet zo te zijn. Gedacht kan worden aan het geval waarin de gedaagde een huis van de eiser zal kopen en vlak voor die tijd de bewoner aanmoedigt om in de woning te investeren.[100] In het volgende hoofdstuk zal de vraag in hoeverre de verrijkingsvordering de onrechtmatige daad kan aanvullen nader worden geanalyseerd.

9.4 Varia

9.4.1 Algemeen

Zeker als het gaat om verrijkingsrechtelijke meerpartijenverhoudingen kan het kopje 'varia' niet ontbreken.[101] Tussen de gevallen waarin de gedaagde zijn voordeel ontleent aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde eiser (9.3) en de gevallen waarin dit niet zo is (9.2) aan de andere kant, zijn er situaties waarin de overeenkomst tussen de gedaagde en de overeenkomst met een ander dan de verarmde op de achtergrond meespeelt. Om een beeld te geven behandel ik twee gevallen uit de lagere rechtspraak.

9.4.2 Een betaling van andermans schuld in het kwadraat

In een zaak die voor de Rechtbank Overijssel is gekomen gaat het om de betaling van andermans schuld.[102]

Een bestuurder van een tweetal vennootschappen leent privé (maar ten behoeve van de vennootschappen) een som geld van de gedaagde. Afgesproken wordt, dat de bestuurder de schuld aan de gedaagde zal aflossen, door de aannemer van de gedaagde te betalen die werkzaamheden verricht aan gedaagdes woning. Vervolgens betaalt niet de bestuurder de aanneemsom ter zake van de woning van de gedaagde, maar de twee vennootschappen waarvan de bestuurder de bestuurder is. Dan gaat het mis. De bestuurder komt terecht in de schuldsanering en de twee vennootschappen gaan failliet. De curator in het faillissement van de twee vennootschappen, spreekt – waarschijnlijk bij ontstentenis van verhaal bij de bestuurder – de gedaagde

98 Vranken 1998, p. 1497-1500; Gerdes 2005, par. 8.5.1c, p. 191.

99 Zoals in: HR 17 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1062, *NJ* 1993/740 (Reimes/Constandse).

100 Zie: par. 6.5.3.5 in fine.

101 Vgl. Schoordijk 1999, p. 182. Hij stelt aan het slot van zijn monografie de vraag of hij de problematiek van de derdenverrijking uitputtend in kaart heeft gebracht. Zijn antwoord is ontnuchterend. 'Zulks is ronduit onmogelijk'. Daar ben ik het 'ronduit' mee eens.

102 Rb. Overijssel 17 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:999, *JOR* 2016/248.

aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. De gedaagde zou ongerechtvaardigd zijn verrijkt ten koste van de vennootschappen, doordat de vennootschappen de schuld van de gedaagde aan haar aannemer hebben voldaan, zonder dat de vennootschappen daartoe verplicht waren.

De rechtbank wijst de verrijkingsvordering toe. De gedaagde, zo stelt de rechtbank vast, was inderdaad de aanneemsom verschuldigd aan de aannemer (er was géén sprake van schuldoverneming door de bestuurder).[103] Verder heeft de gedaagde niet kunnen aantonen, dat de betaling van de vennootschappen gezien moet worden als een betaling 'van de bestuurder' of dat de vennootschappen daartoe om een andere reden gehouden waren.[104] Onder deze omstandigheden is, volgens de rechtbank, de gedaagde ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van de vennootschappen. Deze hebben immers onverplicht – zonder rechtsgrond – de schuld van de gedaagde aan de aannemer voldaan als bedoeld in artikel 6:30 BW.[105]

Een betaling van andermans schuld kan inderdaad tot een verrijkingsvordering leiden. Toch twijfel ik in dit geval. De gedaagde heeft immers het hare gekregen: de bestuurder had zich jegens de gedaagde verbonden om de aanneemsom te voldoen. Op de keper beschouwd wordt er in deze casus door één betaling tweemaal andermans schuld voldaan. De vennootschappen betalen de schuld die de gedaagde aan haar aannemer heeft. Maar aldus doende voldoen de vennootschappen tevens de schuld van de bestuurder aan de gedaagde ter zake van de geldleningsconstructie. De bestuurder had zich immers verbonden om – bij wijze van betaling – de door de gedaagde verschuldigde aanneemsom te voldoen.

Of er sprake is van een ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde ten koste van de vennootschappen, hangt er mijns inziens vanaf of de vennootschappen de wil hadden om, met de betaling aan de aannemer, niet alleen de schuld van de gedaagde aan de aannemer te voldoen, maar óók de schuld van de bestuurder aan de gedaagde. Is dit het geval, dan is de gedaagde niet ongerechtvaardigd verrijkt omdat – op grond van artikel 6:30 BW – een ander dan de schuldenaar de verbintenis kan voldoen. In een tweepartijenverhouding is er dan geen onverschuldigde betaling;[106] in deze ingewikkeldere meerpartijenverhouding is er dan geen ongerechtvaardigde verrijking.

Hadden de vennootschappen die wil níet, dan komt het erop aan of de gedaagde er – op basis van het doen en nalaten van de vennootschappen – gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de vennootschappen die wil wél hadden (artikel 3:35 BW). Ook in dat geval is er geen sprake van ongerechtvaardigde verrijking. Pas als zowel de wil om andermans schuld te voldoen als het gerechtvaardigde vertrouwen daarop ontbreekt, is de gedaagde ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van de vennootschappen. Ontbreekt de delgingswil aan de kant van de vennootschappen én het gerechtvaardigde vertrouwen

103 R.o. 4.6.
104 R.o. 4.7-4.9.
105 R.o. 4.10.
106 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/432.

daarop aan de kant van de gedaagde dan staat de betaling in wezen los van de overeenkomst tussen de bestuurder en de gedaagde zodat die geen rol meer speelt. Enkel in dit laatste geval acht ik een verrijkingsvordering toewijsbaar.

9.4.3 Verrekening onverschuldigde betaling door bank

Het volgende te bespreken geval, gaat over de situatie waarin de bank een onverschuldigde betaling op de rekening van de rekeninghouder verrekent met een tegenvordering van de bank op de rekeninghouder, die de onverschuldigde betaling heeft ontvangen.

De casus is als volgt. Thijssen Beheer staat bij de Rabobank borg voor al hetgeen de bank van Emkor B.V. te vorderen heeft (het gaat om € 300.000).[107] Op zeker moment maakt Emkor Projecten – naar wordt aangenomen zonder rechtsgrond, dus onverschuldigd – € 35.500 over naar de rekening van Thijssen Beheer die zij bij de Rabobank heeft. Thijssen Beheer vraagt de Rabobank de betaling ongedaan te maken. De bank weigert en verrekent het op de rekening bijgeschreven bedrag met hetgeen de bank van Thijssen Beheer te vorderen heeft op grond van de overeenkomst van borgtocht. De voorzieningenrechter neemt aan dat zowel Emkor B.V. als hoofdschuldenaar, als Thijssen Beheer als borg onvoldoende verhaal bieden voor de verschuldigde € 300.000. Doordat de bank het onverschuldigd betaalde bedrag kon verrekenen met hetgeen Thijssen Beheer als borg aan de bank verschuldigd was, is de bank verrijkt. De onverschuldigde betaling door Emkor Projecten aan Thijssen Beheer (de cliënt van de bank) bood de bank immers een extra mogelijkheid tot verhaal.

De vraag is of deze verrijking ongerechtvaardigd is. Op het eerste oog is de bank niet ongerechtvaardigd verrijkt. Via verrekening verkrijgt zij immers waarop zij krachtens de overeenkomst van borgtocht jegens Thijssen Beheer recht heeft. De voorzieningenrechter komt in zijn voorlopige oordeel echter tot een ander oordeel:[108]

> 'Nu verder aannemelijk is dat de Rabobank alleen tot verrekening heeft kunnen overgaan omdat Emkor Projecten per abuis het betreffende bedrag op de rekening van Thijssen Beheer heeft overgemaakt (Thijssen Beheer genoot immers geen inkomsten meer), moet het er voor gehouden worden dat voor de verrijking geen redelijke grond aanwezig was. De verrijking moet dan ook naar voorlopig oordeel als ongerechtvaardigd worden aangemerkt.'

Damminga is kritisch. Hij noemt de motivering 'bijna' apodictisch.[109] In zijn optiek is het bovendien onverenigbaar met het *Ontvanger/Hamm*-arrest. Uit dit arrest kan worden afgeleid dat een onverschuldigde betaling vóór het faillissement leidt tot een concurrente vordering.[110] In de benadering van de

---

107 Rb. Rotterdam 17 maart 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL9393, *JOR* 2011/58, m.nt. Damminga.

108 R.o. 4.8.

109 Damminga in zijn noot onder: Rb. Rotterdam 17 maart 2010, *JOR* 2011/58, nr. 5.

110 HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, *NJ* 1998/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (Ontvanger/Hamm), r.o. 3.4.

voorzieningenrechter lijkt Emkor Projecten echter *het gehele onverschuldigd* betaalde bedrag terug te krijgen omdat de voorzieningenrechter van oordeel is dat de Rabobank ongerechtvaardigd is verrijkt ten belope van het onverschuldigd betaalde bedrag (al moet worden opgemerkt, dat de Rabobank geen verweer heeft gevoerd op het punt van de omvang van de verrijking).

Volgens Damminga moet de lijn van *Loeffen q.q./Mees en Hope I* worden doorgetrokken.[111] Zou Thijssen Beheer failliet zijn gegaan, dan had de curator krachtens dit arrest de verrekening door de bank kunnen vernietigen, indien de bank op het moment van de verrekening zou hebben geweten of behoren te weten dat het faillissement van Thijssen beheer was aangevraagd. Iets soortgelijks moet volgens Damminga gelden als de rekeninghouder niet failliet, maar wél feitelijk insolvent is. De ratio van *Loeffen* – de bijzondere positie van de bank in het betalingsverkeer mag geen inbreuk maken op de *paritas creditorum* – zou volgens hem mee brengen, dat de bank niet mag verrekenen indien zij van de feitelijke insolventie weet of behoort te weten. De bank mag zich slechts voor een evenredig deel op de onverschuldigd betaalde som verhalen. Damminga zoekt de grondslag van de eventuele aansprakelijkheid van de bank in de onrechtmatige daad.[112]

In mijn optiek zou het niet om de goede trouw van de bank moeten draaien. Aan de ene kant leert het *Ontvanger/Hamm* arrest – en artikel 3:277 e.v. BW – dat een onverschuldigde betaling leidt tot een concurrente vordering. Aan de andere kant zou in *Loeffen q.q./Mees en Hope I* een argument gevonden kunnen worden dat de sleutelpositie van de bank in het betalingsverkeer er niet toe mag leiden dat de *paritas creditorum* doorbroken wordt en profiteert van haar bijzondere positie in het betalingsverkeer. Worden beide arresten in elkaar geschoven, dan is de bank in een geval zoals hier besproken, ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van degene die onverschuldigd heeft betaald voor zover de bank meer verhaal heeft genomen dan correspondeert met een evenredig deel van haar vordering. Die verrijking ligt buiten de normale gang van zaken doordat de bank, dankzij haar centrale positie in het betalingsverkeer, relatief makkelijk kan verrekenen.

Maar ook het oordeel van de voorzieningenrechter, dat de Rabobank met het volle onverschuldigd betaalde bedrag ongerechtvaardigd is verrijkt, is in mijn optiek verdedigbaar. Het is namelijk zo, dat de bank het insolventierisico van haar cliënt zal hebben aanvaard. Zeker als de bank € 300.000 te vorderen heeft. Iemand die onverschuldigd betaalt zal daarentegen – zeker als hij dit per onmiskenbare vergissing heeft gedaan – het insolventierisico van de ontvanger níet op zich genomen hebben.[113] In een geval waarin de bank een onverschuldigde betaling verrekent met een vordering op haar cliënt, wentelt de bank in wezen het insolventierisico op haar cliënt af op

111 HR 8 juli 1987, *NJ* 1988/104, m.nt. W.C.L. van der Grinten.

112 Damminga in zijn noot onder: Rb. Rotterdam 17 maart 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL9393, *JOR* 2011/58, nr. 9-11.

113 Zie over het argument dat degene die onverschuldigd heeft betaald niet het insolventierisico van de ontvanger op zich genomen heeft: Zwalve 1996, p. 92 en p. 97.

degene die – toevallig – onverschuldigd betaald heeft. Daar waar de afwenteling van het insolventierisico doorgaans tegen een indirecte verrijkingsactie pleit, pleit dit gezichtspunt in een geval als dit vóór de aanvaarding van een indirecte verrijkingsactie. Het verhaalsvoordeel van de bank – de mogelijkheid tot afwenteling – dankt zij slechts aan haar bijzondere positie in het betalingsverkeer en het toevallige feit dat er een onverschuldigde betaling is binnengekomen. Andersoortige schuldeisers hebben die mogelijkheid niet. Het is een verrijking die in zoverre buiten de normale gang van zaken ligt. De aansprakelijkheid van de bank past bovendien bij de ratio die Snijders in het *Ontvanger/Hamm*-arrest leest. Het betalingsverkeer vaart er, volgens Snijders, wel bij als misslagen in het betalingsverkeer zonder al teveel problemen ongedaan gemaakt kunnen worden.[114]

9.5 Slotsom

Gevallen van derdenverrijking moeten worden onderscheiden in verschillende typen gevallen.

Is de gedaagde indirect verrijkt ten koste van de verarmde, zonder dat de gedaagde zijn voordeel ontleent aan enigerlei overeenkomst, dan zal de verrijking in de regel ongerechtvaardigd zijn. Of de verrijkingsaanspraak slaagt hangt ervan af of verrijkingsaansprakelijkheid redelijk is. Aansprakelijkheid kan, bijvoorbeeld, onredelijk zijn indien deze leidt tot een opgedrongen bestedingspatroon of als de *paritas creditorum* doorbroken wordt.

Is de gedaagde indirect verrijkt ten koste van de verarmde, terwijl de gedaagde zijn voordeel ontleent aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde, dan is verrijkingsrechtelijke derdenwerking het uitgangspunt. Er zijn echter gevallen waarin de omstandigheden van het geval de derdenwerking in de kiem smoren. Dit is het geval als de wederpartij van de gedaagde over andermans goederen heeft beschikt, als de wederpartij niet bevoegd was om over zijn vermogen te beschikken of indien de gedaagde ontvangen heeft wat op enigerlei wijze bestemd was voor de eiser.

Daarnaast zijn er gevallen waarin de ratio van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking zich voordoet, maar waarbij bijzondere omstandigheden maken dat van het uitgangspunt moet worden afgeweken. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij een onevenwichtige of afkeurenswaardige overeenkomst of als de gedaagde onzuiver heeft gehandeld.

Ten slotte zijn er gevallen die tussen deze twee gevallen in kunnen liggen, waarbij de overeenkomst tussen de verrijkte gedaagde en diens contractuele wederpartij op de achtergrond meespeelt. Twee voorbeelden zijn onder het kopje 'varia' besproken.

114 Snijders 2001, p. 12.

10 Ongerechtvaardigde verrijking en onrechtmatige daad

10.1 Inleiding

De vorige twee hoofdstukken bevonden zich min of meer op vertrouwd gebied. Deze stonden in het teken van de verrijkingsrechtelijke aanvulling van het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht. Nu wordt de focus verschoven naar een minder gebruikelijk terrein. In dit hoofdstuk wordt de vraag opgeworpen in hoeverre de verrijkingsvordering het onrechtmatigedaadsrecht kan aanvullen. Daar waar in de vorige hoofdstukken verrijkingsaanspraken zijn onderzocht die in het verlengde liggen van het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht, worden in dit hoofdstuk mogelijke verrijkingsaanspraken besproken, die in het verlengde liggen van het onrechtmatigedaadsrecht.

In dit gebied is de lucht aanmerkelijk ijler. Meer dan elders in het boek, hebben de beschouwingen in dit hoofdstuk daarom een hypothetisch karakter. Beoogd is om aan te tonen, dat de verrijkingsvordering zoals die in dit boek is gepresenteerd, een mogelijke bron kan zijn voor delictuele aansprakelijkheid. Het gaat echter om een bijzondere vorm van delictuele aansprakelijkheid. Het gaat om aansprakelijkheid zonder dat er sprake hoeft te zijn van schuld en zonder dat er voldaan is aan één van de gecodificeerde risicoaansprakelijkheden. Het gaat om delictuele aansprakelijkheid gebaseerd op ongerechtvaardigde verrijking op de voet van artikel 6:212 lid 1 BW.

Waaraan kan worden gedacht? Verduistert een penningmeester een som geld van de bankrekening van de stichting waarvoor hij werkzaam is, dan is er geen aanvullende rol weggelegd voor de verrijkingsvordering om de aansprakelijkheid van de penningmeester te vestigen. Hij is aansprakelijk op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad. Wint een onderneming door een inventieve marketingcampagne een flinke hap van het marktaandeel van een concurrent, dan zal er evenmin plaats zijn voor een verrijkingsvordering. Ditmaal omdat de winst volstrekt legitiem is en niet kwalificeert als een ongerechtvaardigde verrijking. In dit hoofdstuk gaat het om gevallen tussen casusposities als deze in. Steeds is de gedaagde verrijkt ten koste van de gedaagde, zonder dat er voldaan is aan de eisen voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad – of waarbij dit twijfelachtig is – en zonder dat er een specifieke, in de wet genoemde risicoaansprakelijkheid op het geval van toepassing is, maar waarbij men zich toch kan afvragen, of de verrijking van de gedaagde ongerechtvaardigd is, omdat het geval dicht tegen een geval van onrechtmatige daad aanligt.

Een bekend voorbeeld van een verrijkingsaanspraak in het verlengde van het onrechtmatigedaadsrecht is het geval waarin de gedaagde in een noodtoestand een inbreuk maakt op een recht van de gedaagde.[1] De gedaagde gooit bijvoorbeeld de jas (€ 1.000) van de eiser op een uitgebroken binnenbrand om deze te blussen. Deze ingreep is niet onrechtmatig. Weliswaar is het in de regel niet toegestaan andermans eigendommen te vernielen, maar in dit geval is er sprake van een rechtvaardigingsgrond die het onrechtmatige karakter van de gedraging wegneemt. De jas van de eiser wordt voor een groter belang opgeofferd. De actie uit onrechtmatige daad slaagt niet. De gedaagde is echter wél aansprakelijk op grond van ongerechtvaardigde verrijking indien de brand dankzij de ingreep wordt geblust. De verrijking bestaat in dit geval uit de afwending van een grotere schade.

Het kan ook gaan om geheel andere gevallen. Interessant is de casus die ten grondslag ligt aan *CFS/Stork*.[2] CFS beriep zich jegens afnemers van Stork, dat zij de octrooihoudster was van de industriële ovens die Stork aanbood en dat de afnemers inbreuk zouden maken op het octrooi van CFS als zij de ovens bij Stork zouden betrekken. Na verloop van tijd werd het octrooi van CFS echter met terugwerkende kracht vernietigd. Toch had CFS niet onrechtmatig gehandeld jegens Stork door zich jegens klanten van Stork op het later vernietigde octrooi te beroepen, omdat zij volgens de Hoge Raad niet hoefde te beseffen 'dat een serieuze, niet te verwaarlozen kans' bestond 'dat het octrooi geen stand [zou] houden'.[3] De vraag kan echter worden gesteld, of CFS ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van Stork indien klanten van Stork naar CFS zijn overgelopen ten gevolge van de handelwijze van CFS. Het Hof en de Hoge Raad beantwoorden die vraag ontkennend.

Zoals we zullen zien, kan hier anders over worden gedacht. Betoogd zal worden, dat de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking in een geval als *CFS/Stork* en in andere gevallen de rechter ruimte geeft om het onrechtmatigedaadsrecht aan te vullen. De figuur van de ongerechtvaardigde verrijking kan fungeren als *middenweg* tussen aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad voor – in potentie – de gehele door de gelaedeerde geleden schade aan de ene kant en helemaal géén aansprakelijkheid aan de andere kant. Als aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, met andere woorden, 'net' te ver gaat, zou aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking, een interessant alternatief kunnen zijn.

De opbouw is als volgt. Om het potentiële belang van de aanvullende rol van de verrijkingsvordering scherper te stellen zal eerst kort worden ingegaan op de structuur en reikwijdte van het reguliere delictuele aansprakelijkheidsrecht (par. 10.2). Daarna wordt ingegaan op de structurele verschillen tussen aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad en

1 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/26; M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 6.2.

2 HR 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6098, *NJ* 2008/120, m.nt. Ch. Gielen (CFS/Stork).

3 R.o. 5.8.

ongerechtvaardigde verrijking (par. 10.3-10.4). Vervolgens zal worden geïllustreerd dat het verrijkingsrecht het onrechtmatigedaadsrecht kan verfijnen (par. 10.5) en aanvullen (par. 10.6).

10.2 Het aansprakelijkheidsrecht en de bronnen van verbintenissen

Vanouds is men geïnteresseerd in het oplossend vermogen van het aansprakelijkheidsrecht. Scholten leidt in 1899 zijn dissertatie, handelend over 'Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad', op een krachtige wijze uit. Hij schrijft:

> 'Het zal […] de taak zijn van het recht, niet om bij elke ramp, die intreedt, alle schade die iemand lijdt, na te gaan of die misschien aan een onrechtmatig of onvoorzichtig gedrag is te wijten, maar voortdurend te zoeken, wie naar billijkheid met haar moet worden belast, welke regels vastgesteld kunnen worden tot aanwijzing van hem als drager, die ethische overtuigingen en sociaal-economische verhoudingen daartoe aanwijzen.'[4]

Hoewel het met veel flair is gebracht, is niet helemaal duidelijk wat Scholten precies op het oog heeft. Meer in het bijzonder is niet duidelijk wat hij met 'de taak […] van het recht' bedoelt. Op de schouders van welke staatsmacht behoort deze taak te rusten? Is het uitsluitend de taak van de wetgever om de gronden van aansprakelijkheid in het leven te roepen, of zal – in zijn visie – óók de rechter op grond van de billijkheid sec – zonder nadere wettelijke grondslag – de schade bij een ander mogen neerleggen, dan bij degene bij wie de schade in eerste instantie viel? Of heeft Scholten het oog op een tussenweg, waarin de wetgever met 'de wet' de grote lijnen uitzet die de rechtspraak op een billijke wijze moet toepassen?[5] Deze vragen raken aan een fundamentele vraag op het grensgebied van het staatsrecht en het privaatrecht:[6] is de billijkheid een zelfstandige bron van verbintenissen, of is voor het ontstaan van een verbintenis steeds een grondslag in de wet vereist?[7] Het antwoord op deze vraag bepaalt voor een belangrijk deel het potentiële werkterrein van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht.

De wetgever heeft een duidelijke keuze gemaakt. Het verbintenissenrecht is een overwegend *gesloten* systeem in die zin dat de billijkheid geen zelfstandige bron van verbintenissen is.[8] 'Verbintenissen' – zo luidt artikel 6:1 BW immers – 'kunnen slechts ontstaan, indien dit uit de wet voortvloeit'.

---

4 Scholten 1899, p. 153.

5 Zijn dissertatie lezend, denk ik – maar meer dan speculatie is het niet – dat hij voornamelijk aan het laatste dacht. Hoofdzakelijk handelt hij over wettelijke aansprakelijkheden die op iets anders zijn gefundeerd dan de schuld.

6 Zie – in algemene zin – over de verhouding tussen de privaatrechtelijke rechtsvinding en het legaliteitsbeginsel: Van der Linden 2013, p. 87-107; Brunings 2016, p. 75-107.

7 Met name in het verleden was deze vraag in debat. Zie bijvoorbeeld: Eggens 1998, p. 367; Loeff 1953, p. 1 e.v.; Schoordijk 1996b , p. 1004.

8 Asser/Sieburgh 6-I 2016/51-52; E.H. Hondius in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:1 BW, aant. 12; Smits 2003, nr. 16.

Hoewel de tekst van de wet op het eerste gezicht tamelijk strikt lijkt, en in de formulering de geslotenheid van het systeem in het oog springt, zijn er ten minste twee nuances op de geslotenheid van het verbintenissenrecht.

In de eerste plaats wordt algemeen aangenomen dat ook vandaag de dag de regel uit het *Quint/Te Poel*-arrest geldt.[9] De zinsnede 'uit de wet' betekent niet 'dat elke verbintenis rechtstreeks op enig wetsartikel moet steunen, doch […] dat in gevallen die niet bepaaldelijk door de wet zijn geregeld, de oplossing moet worden aanvaard, die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wél in de wet geregelde gevallen'.[10] Het is mogelijk dat op grond van een analogie het ontstaan van een verbintenis wordt aangenomen. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan sommige gevallen van precontractuele aansprakelijkheid en aansprakelijkheid voor rechtmatige overheidsdaad.[11]

In de tweede plaats is er een wereld te winnen (én te verliezen) bij de interpretatie van de rechtsregels die de bronnen van verbintenissen vormgeven. De wet en de daarop gebaseerde jurisprudentie kunnen restrictief en extensief worden geïnterpreteerd. De billijkheid kan een rol spelen bij de uitleg van de bronnen van verbintenissen. De vraag, wie naar billijkheid de schade zou moeten dragen kan als een soort controlevraag zijn dienst bewijzen.[12] Het antwoord op deze vraag kan – bijvoorbeeld – de doorslag geven bij de keuze tussen een strenge of een milde zorgplicht of bij de keuze tussen een extensieve of juist een restrictieve interpretatie van een bepaalde wettelijke risicoaansprakelijkheid.

Deze nuances kunnen echter niets afdoen aan het gesloten karakter van het verbintenissenrecht. De billijkheid *sec* is geen zelfstandige bron van verbintenissen. De billijkheid kan slechts een rol spelen binnen de kaders van de rechtens erkende bronnen van verbintenissen. Het domein daarbuiten is, afgezien van het grijze gebied dat door de *Quint/Te Poel*-formule bestreken wordt, in principe voorbehouden aan de wetgever.

Dit raakt aan de reikwijdte van het aansprakelijkheidsrecht. Iemand kan enerzijds aansprakelijk zijn voor zijn toerekenbare onrechtmatige doen of nalaten in de zin van artikel 6:162 BW; anderzijds kan er op iemand een risicoaansprakelijkheid rusten, maar – en daarin doet de geslotenheid van het verbintenissenrecht zich bij uitstek gevoelen – alleen voor zover daartoe in de wet een grondslag is te vinden.[13] In zeker opzicht zijn de grenzen in het aansprakelijkheidsrecht zelfs strakker getrokken. Heersend is de leer dat de kwalitatieve (risico) aansprakelijkheden limitatief in de wet staan opgesomd.[14] Er wordt daarbij wel aangenomen dat er geen ruimte is voor

9 Asser/Sieburgh 6-I 2016/52; E.H. Hondius in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:1 BW, aant. 3; Smits 2003, nr. 18.

10 HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, *NJ* 1959/548, m.nt. D.J. Veegens (Quint/Te Poel).

11 Asser/Sieburgh 6-I 2016/49; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/25.

12 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/27.

13 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/25.

14 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/169; F.T. Oldenhuis in: *GS Onrechtmatige daad*, afdeling 2 Boek 6 BW, aant. 3; Jansen 2009, nr. 5; Verheij 2015, nr. 3-4.

analogische toepassing van kwalitatieve aansprakelijkheden.[15] De nuance die in *Quint/Te Poel* gemaakt wordt ten aanzien van de geslotenheid van het verbintenissenrecht lijkt daarmee niet op te gaan voor het leerstuk van de risicoaansprakelijkheid.

Het geldende aansprakelijkheidsrecht wordt hoofdzakelijk gevonden binnen het kader van Titel 3 van Boek 6 BW en een aantal bijzonder bepalingen zoals artikel 185 WvW. Wordt een casuspositie gekenmerkt door een doen of nalaten, en rijst de vraag of de *laedens* aansprakelijk is voor een eventuele daaruit voortvloeiende schade, dan zal over het algemeen worden gekeken of er sprake is van een toerekenbare onrechtmatige daad die in een *condicio sine qua non*-verband staat tot de schade op de voet van artikel 6:162 BW. Is dat niet het geval, is de schade niet het gevolg van een toerekenbaar onrechtmatig handelen van de laedens en bestaat er bovendien geen wettelijke grondslag voor risicoaansprakelijkheid, dan zal men over het algemeen moeten concluderen dat de *gelaedeerde* zijn schade zelf moet dragen.

Dit betekent dat de rechter 'de taak van het recht', zoals Scholten die aan het slot van zijn dissertatie verwoordde, niet op zich kan nemen door steeds de schadelast op basis van de billijkheid *sec* over de *laedens* en de *gelaedeerde* te verdelen wanneer de wet geen aanvaardbare oplossing biedt. Behoort de gedaagde naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aansprakelijk te zijn voor de schade van de eiser – is het onbillijk dat de eiser zijn eigen schade moet dragen en dat de gedaagde (dus) buiten schot blijft – maar bestaat er geen wettelijke grond die de eventuele aansprakelijkheid fundeert, dan moet aansprakelijkheid naar geldend recht worden afgewezen.[16] De omstandigheid dat de billijkheid een heilzame uitwerking kan hebben op de interpretatie van de regels die de bestaande bronnen van verbintenissen vormen – en dat de Hoge Raad hier ook gebruik van maakt – doet hier niet principieel aan af.[17] De rechtsvorming vindt plaats binnen de kaders van het wettelijke stelsel.

In dit hoofdstuk wordt, als gezegd, de vraag opgeworpen in hoeverre de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking kan dienen als een verborgen bron van delictuele aansprakelijkheid in aanvulling op het reguliere aansprakelijkheidsrecht in gevallen waarin aansprakelijkheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid behoort te worden aangenomen, zonder dat daarvoor een grond kan worden gevonden in het reguliere delictuele aansprakelijkheidsrecht. Daarmee wordt onderzocht in hoeverre de algemene verrijkingsvordering het oplossend vermogen van het aansprakelijkheidsrecht kan vergroten. In de loop van het betoog zal duidelijk worden om wat voor soort gevallen het kan gaan, zonder dat in dit hoofdstuk overigens volledigheid is nagestreefd.

---

15 F.T. Oldenhuis in: *GS Onrechtmatige daad*, afdeling 2 Boek 6 BW, aant. 3; Oldenhuis, 2014, nr. 4; Bauw 2015, nr. 6. In vergelijkbare zin: Jansen 2009, nr. 5.

16 Anders: Spier 1991, p. 275-279.

17 Zie voor een overzicht van de rechtspraak van de Hoge Raad: Hartlief 2015, p. 914-926.

10.3 Delictuele verrijkingsaansprakelijkheid in de literatuur

De verrijkingsvordering is in de literatuur al eerder in verband gebracht met het leerstuk van de onrechtmatige daad.

Vranken, bijvoorbeeld, wijst erop dat de verrijkingsvordering in de rechtspraak soms fungeert als sanctie op *unclean hands.* Bij drie van de vier[18] door hem geanalyseerde arresten kan de aansprakelijkheid van de gedaagde, volgens Vranken althans,[19] echter evenzeer worden gebaseerd op onrechtmatige daad. Ten aanzien van *Vermobo/Van Rijswijk* – waarin een aannemer (de eiser) een schuur bouwt op de grond van de vader (de gedaagde) van zijn contractuele wederpartij – merkt Vranken bijvoorbeeld op:

> 'het oordeel over de ongerechtvaardigde verrijking [steunt] op precies dezelfde omstandigheden als het oordeel over de onrechtmatigheid. De Hoge Raad maakt geen verschil. Voor beide is een toerekenbare onzorgvuldigheid vereist.'[20]

Vranken lijkt de kwalificatie van het gedrag van de verrijkte als 'toerekenbare onzorgvuldigheid' bestanddeel te maken van de door hem onderscheiden *unclean hands*-functie. Is dat waar, dan is niet duidelijk wat nu precies de meerwaarde van deze functie is ten opzichte van de onrechtmatige daad. Bedoelt hij iets anders, dan komt dit, mijns inziens, onvoldoende uit de verf. Is in dit kader een toerekenbare onzorgvuldigheid vereist voor de conclusie dat een verrijking die het gevolg is van een bepaalde gedraging ongerechtvaardigd is, dan zijn we niet heel veel verder dan de (in mijn optiek op zichzelf juiste) constatering dat de verrijkingsactie met de onrechtmatige daad kan samenlopen.

Iets soortgelijks zien we bij Meijer als hij schrijft over de verrijkingsrechtelijke foutaansprakelijkheid. Hij maakt een onderscheid tussen deze verrijkingsrechtelijke foutaansprakelijkheid en verrijkingsrechtelijke risicoaansprakelijkheid. Bij de verrijkingsrechtelijke foutaansprakelijkheid merkt hij op dat 'de werking van zorgvuldigheidsnormen' bij het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking 'niet anders hoeven zijn dan bij onrechtmatige daad'.[21] De door Meijer onderscheiden verrijkingsrechtelijke foutaansprakelijkheid lijkt daardoor evenmin meerwaarde te bieden ten opzichte van de onrechtmatige daad. Wat met de verrijkingsrechtelijke foutaansprakelijkheid kan worden bereikt, kan ook met artikel 6:162 BW worden bereikt.

Er is echter één uitzondering. Indien het schadebegrip van artikel 6:212 lid 1 BW ruimer moet worden opgevat dan het schadebegrip van artikel 6:162 BW bij gevallen waarin de gedaagde onbevoegd gebruik maakt van andermans recht, – zoals inderdaad in dit boek is betoogd – dan belooft de

---

18 In bij het vierde door hem besproken geval, Setz/Brunings, stond niet in cassatie ten toets of de verrijking van de gedaagde ongerechtvaardigd was.

19 Zie echter met betrekking tot de analyse van Vermobo/Van Rijswijk: par. 9.2.2 en 10.6.3.3.

20 Vranken 1998, p. 1498. Zie echter: par. 9.2.2 en 10.6.3.3.

21 Meijer 2007, p. 192.

verrijkingsvordering onder omstandigheden meer dan de onrechtmatige daad.[22] Betoogd is immers dat de schade in het kader van artikel 6:212 lid 1 BW in bepaalde gevallen begroot kan worden op het bedrag, dat de eiser zou hebben gekregen indien de gedaagde in onderhandeling was getreden over het gebruik waarbij wordt geabstraheerd van het feit dat de eiser niet zou hebben willen contracteren. Dit onderwerp is reeds eerder in dit boek aan de orde gekomen en komt in dit hoofdstuk niet meer afzonderlijk aan de orde.[23]

Bij de door Meijer onderscheiden verrijkingsrechtelijke risicoaansprakelijkheid heeft de verrijkingsvordering wel duidelijk meerwaarde ten opzichte van de onrechtmatige daad. In het kader van deze verrijkingsrechtelijke risicoaansprakelijkheid kan in de visie van Meijer – hij stipt dit kort aan – onzuiver gedrag dat géén onrechtmatigheid in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW oplevert, mede van invloed zijn op de beoordeling van de (on)gerechtvaardigdheid van de verrijking.[24] Dit is een punt dat ook in dit hoofdstuk aan de orde zal komen.

Van Boom heeft de verrijkingsrechtelijke aanvulling van het delictenrecht, tot nu toe, het meest principieel voor het voetlicht gebracht.[25] Het verrijkingsrecht kan volgens hem nieuwe perspectieven bieden 'daar waar het aansprakelijkheidsrecht is uitgedacht of de grenzen van begripsmatige rekbaarheid zijn bereikt'.[26] Hij betoogt dat het verrijkingsrecht soms een beter fundament kan bieden voor aansprakelijkheid dan het traditionele delictuele aansprakelijkheidsrecht. Daarbij wijst hij op de ongerechtvaardigde verrijking als mogelijke grondslag voor respectievelijk kostenallocatie,[27] opofferingsaansprakelijkheid[28] en privaatrechtelijke nadeelscompensatie.[29]

De zienswijze dat de ongerechtvaardigde verrijking een nieuw perspectief kan bieden op het delictuele aansprakelijkheidsrecht wordt hier onderschreven. Dat geldt evenzeer voor de gedachte van Van Boom dat iedere stap buiten het traditionele aansprakelijkheidsrecht 'voorzichtigheid en denkkracht' vergt.[30] Tegelijkertijd moet worden opgemerkt – Van Boom doet dit zelf ook – dat dit laatste niet heel veel anders is bij de uitbouw van het aansprakelijkheidsrecht binnen de traditionele kaders. Iedere uitbreiding of inperking van de reikwijdte van het aansprakelijkheidsrecht is deels rechtspolitiek van aard.

---

22 Mogelijk ziet Meijer de meerwaarde er inderdaad in dat de eiser in een geval van verrijkingsrechtelijke foutaansprakelijkheid méér kan vorderen, dan de door hem geleden schade. Zijn vergelijking met *Restitution for Wrongs* geeft daar aanleiding toe. Zelf maakt hij echter niet veel woorden vuil aan de vraag, over de invulling van het schadevereiste.

23 Zie: par. 5.3.5. en par. 8.4.4.2.

24 Meijer 2007, p. 215.

25 Zie Van Boom 2002, p. 131-144.

26 Van Boom 2002, p. 131.

27 Van Boom 2002, p. 132-137

28 Van Boom 2002, p. 137-140.

29 Van Boom 2002, p. 140-144.

30 Van Boom 2002, p. 132-133.

10.4 Verschillen onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking

De mogelijke rechtspolitieke dimensie van de vraagstelling mag ondertussen niet afleiden van het feit dat er tussen aansprakelijkheid op basis van een traditionele buitencontractuele aansprakelijkheidsgrond, zoals bijvoorbeeld de onrechtmatige daad, en de aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, belangrijke verschillen bestaan. Het zijn deze verschillen, die ervoor zorgen dat de algemene verrijkingsactie het delictuele aansprakelijkheidsrecht in potentie kan aanvullen.

Het delictuele aansprakelijkheidsrecht beweegt zich tussen schuld en – zoals ik dat noem – het gearticuleerde risico.[31] Met het gearticuleerde risico bedoel ik het eerdergenoemde uitgangspunt dat risicoaansprakelijkheden slechts worden aangenomen als daar een wettelijke grondslag voor kan worden aangewezen. In het delictuele aansprakelijkheidsrecht draait het daarom om de reikwijdte van de onrechtmatigheidscategorieën van artikel 6:162 lid 2 BW (in het kader van de schuldaansprakelijkheid) en de reikwijdte van de verschillende wettelijke gronden van risicoaansprakelijkheid (waaronder de toerekening krachtens verkeersopvattingen op de voet van artikel 6:162 lid 3 BW).

Dat in het aansprakelijkheidsrecht slechts aansprakelijkheid wordt aangenomen in gevallen waarin de laedens schuld heeft en gevallen die vallen onder een van de *gecodificeerde* risicoaansprakelijkheden is begrijpelijk, omdat het delictuele aansprakelijkheidsrecht zich bezighoudt met de afwenteling van de schade die iemand lijdt op een ander. De persoon die aansprakelijk is, zal door diens aansprakelijkheid – in de regel – *slechter* af zijn, dan het geval zou zijn als de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid is gebaseerd nooit zou hebben plaatsgevonden. Daarom moet er een goede reden zijn om de schade van de gelaedeerde op de laedens af te wentelen.

Daar waar in het traditionele delictuele aansprakelijkheidsrecht de volle focus ligt op de verdeling van de *nadelige gevolgen* van een bepaalde gebeurtenis, is de inzet van het verrijkingsrecht van meet af aan anders. De inzet is om – binnen de grenzen van het overige recht – ongerechtvaardigde *verrijkingen* tegen te gaan. De vereiste schade fungeert slechts als limiet. Slaagt een verrijkingsvordering, dan zal de positie van de gedaagde daar, anders dan in een doorsnee geval uit het delictuele aansprakelijkheidsrecht, *níet* op achteruitgaan in vergelijking met de positie van de gedaagde vóór de verrijkingsgebeurtenis. Om die reden hangt een verrijkingsaanspraak niet noodzakelijkerwijs af van de schuld van de gedaagde, of van het antwoord op de vraag of er een specifieke regel is op basis waarvan de gedaagde het risico heeft te dragen. Bij verrijkingsaansprakelijkheid wordt de klok slechts teruggezet naar het tijdstip vóór de verrijkingsgebeurtenis.

---

31 Zie bijvoorbeeld: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/27-30; K.J.O. Jansen in: *GS Onrechtmatige daad*, titel 3 Boek 6 BW, aant. 6; Verheij 2015, nr. 7; Jansen 2009, nr. 5; Bauw 2015, nr. 2.

Het verschil in inzet zien we terug in het verschil in structuur tussen de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad en aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking

10.4.1 De focus van de rechtmatigheidstoets

In de eerste plaats is de focus van de (on)rechtmatigheidstoets bij de onrechtmatige daad een andere dan bij het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking.[32]

Bij de onrechtmatige daad staat steeds een gedraging – een doen of nalaten – van de *laedens* centraal. Steeds is de vraag of de gedraging van de *laedens* een onrechtmatige *daad* is in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW. Het draait om de kwalificatie van het gedrag van de laedens, niet van de toestand die door de gedraging is ontstaan.[33] De voordelige of nadelige gevolgen van een gedraging leggen in beginsel géén gewicht in de schaal ten aanzien van de vraag of de gedraging onrechtmatig is. Ten hoogste kunnen de nadelige gevolgen van een gedraging een aanwijzing opleveren, dat de gedraging onverantwoord was.

Daar waar in het leerstuk van de onrechtmatige daad de vraag centraal staat of een bepaalde gedraging onrechtmatig is, gaat het bij de ongerechtvaardigde verrijking – zoals verwoord door Hartkamp – om de vraag of een bepaalde *toestand* 'onrechtmatig' is. Is de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser ongerechtvaardigd?[34] Zo ja, dan is de verrijkte – voor zover dit redelijk is – verplicht de schade van de verarmde te vergoeden tot maximaal het bedrag van zijn verrijking. Bij de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking gaat het daarmee om de beoordeling van de '(on)rechtmatigheid' van de *gevolgen* van een bepaalde gebeurtenis. Steeds staat immers de vraag centraal of de verrijking die de een ten koste van de ander genoten heeft als gevolg van een bepaalde gebeurtenis *ongerechtvaardigd* is, en zo ja, of en in hoeverre schadevergoeding ter ongedaanmaking van de ongerechtvaardigde verrijking 'redelijk' is.

Het feit dat de rechtmatigheidstoets van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking betrekking heeft op de toestand waarin de gedaagde is verrijkt ten koste van de eiser, betekent niet dat de gebeurtenis waardoor de verrijking tot stand is gekomen zonder betekenis is. Integendeel, de wijze waarop de verrijking is ontstaan, is bepalend voor de (on)gerechtvaardigdheid van de verrijking.

Is de verrijking het gevolg van een vermogensverschuiving tussen de gedaagde en de eiser, dan is er sprake van een ongerechtvaardigde verrijking zodra een toereikende rechtvaardigingsgrond *ontbreekt*.[35] Om te onder-

---

32 Van Maanen 2002, p. 181; vgl. Van Boom 2002, p. 131 e.v; Van de Moosdijk 2013, p. 425-426 en recent: Vader & Jansen 2018**, p.** 41-43.

33 PG Boek 6, p. 612-613; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/37.

34 Hartkamp 2001, p. 315; Van Maanen 2002, p. 181.

35 Zie: par. 6.4.3.1 en par. 6.5.

zoeken of dit het geval is, moet onderzocht worden of de verrijking wordt gelegitimeerd door de wet of een daartoe strekkende rechtshandeling. Daartoe moet worden bezien hoe de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser is ontstaan.

Is de verrijking niet het gevolg van een vermogensverschuiving tussen de eiser en de gedaagde, dan is er voor ongerechtvaardigdheid méér nodig dan het enkele ontbreken van een rechtvaardigingsgrond. Is er geen sprake van een vermogensverschuiving, dan is het uitgangspunt immers dat de verrijking van de gedaagde *níet* ongerechtvaardigd is. Zoals eenieder zijn eigen schade behoort te dragen, zo is het eenieder toegestaan de vruchten van het lot te behouden. Van dit uitgangspunt kan alleen worden afgeweken als er bijzondere omstandigheden zijn, die de verrijking ongerechtvaardigd maken.[36] Ook dan moet bezien worden hoe de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser is ontstaan. Daarbij kunnen respectievelijk het principe dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag (dat niet noodzakelijkerwijs gelijk staat met onrechtmatig gedrag), het principe dat 'eigen' schade en kosten niet op anderen mogen worden afgewenteld en het principe dat een verrijking die buiten de normale gang van zaken ligt, met een kritisch oog moet worden bezien een rol van betekenis spelen.

Met name als het gaat om een verrijkingsgeval zonder dat er sprake is van een vermogensverschuiving, kan de aard van de gedraging waardoor de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser is ontstaan, van invloed zijn op de toewijsbaarheid van de verrijkingsvordering. De inzet is echter anders dan bij de onrechtmatige daad. Daar waar bij de onrechtmatige daad bezien wordt of het *gedrag onrechtmatig* is in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW, is in het kader van artikel 6:212 lid 1 BW het gedrag van de gedaagde van betekenis voor het antwoord op de vraag of de *verrijking* van de gedaagde laedens ten koste van de eiser *ongerechtvaardigd* is. Ook gedrag van de gedaagde dat niet jegens de eiser onrechtmatig is, kan zodanig van aard zijn dat de verrijking die het gevolg van dit handelen is, als een ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser moet worden aangemerkt.

Dit kan worden geïllustreerd met de zaak *CFS/Stork*. Het te goeder trouw 'wapperen' met het achteraf vernietigde octrooi door CFS tegenover klanten van Stork kwalificeert niet zonder meer als een jegens Stork gepleegde onrechtmatige daad. De Hoge Raad weegt daarbij, in een uitvoerige overweging, het belang van vrije concurrentie af tegen het belang van een effectieve handhaving van IE-rechten en de stimulatie van het doen van octrooieerbare uitvindingen. De Hoge Raad weegt zowel argumenten vóór als tegen aansprakelijkheid af. Over de ongerechtvaardigde verrijking is de Hoge Raad aanmerkelijk korter. De verrijking van CFS, die eruit kan bestaan dat zij door haar handelwijze haar marktaandeel heeft vergroot ten koste van Stork, is niet ongerechtvaardigd. 'In het […] oordeel van het hof dat het CFS vrijstond

36 Zie: par. 6.4.3.1 en par. 6.6.

zich tegenover derden op haar octrooirechten te beroepen, ligt', volgens de Hoge Raad, 'besloten dat en waarom' de verrijking van CFS ten koste van Stork niet ongerechtvaardigd is.[37]

Hier kan anders over worden gedacht. De focus bij de onrechtmatige daad ligt op de rechtmatigheid van het gedrag. Dat is hier niet onrechtmatig. Wordt de focus naar de verrijking verschoven, dan kan het gedrag van CFS – ook al is het niet onrechtmatig – wel degelijk van invloed zijn op de gerechtvaardigdheid van diens verrijking. CFS heeft zich beroepen op een achteraf ten onrechte verleend octrooi. Lopen daardoor klanten van Stork over naar CFS dan behaalt CFS daarmee een voordeel dat buiten de normale gang van zaken ligt. Het uitgangspunt van de markteconomie is dat marktaandeel gewonnen wordt door vrije, onbelemmerde concurrentie. Het handelen van CFS maakt op dat uitgangspunt – te goeder trouw of niet – een inbreuk. In mijn optiek verdient het op zijn minst een nadere motivering waarom ook aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking moet worden afgewezen voor het eventuele door CFS ten koste van Stork behaalde voordeel. Dit geldt temeer omdat aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking minder ver gaat dan aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad.

10.4.2 De relatie tussen de vestiging en de omvang

Daarmee zijn we aanbeland bij het tweede verschil. De potentiële omvang van verrijkingsaansprakelijkheid is minder groot dan de omvang van een doorsnee delictuele aansprakelijkheid. In de regel gaat aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking daarom minder ver.

Uitgangspunt van het privaatrecht is dat eenieder zijn eigen schade draagt. Het normale levensrisico moet eenieder zelf dragen.[38] Hij die schade lijdt kan deze alleen op een ander afwentelen, als daarvoor een toereikende wettelijke grond kan worden aangewezen. Zodra in het traditionele aansprakelijkheidsrecht de aansprakelijkheid eenmaal gevestigd is, draait het uitgangspunt doorgaans honderdtachtig graden om. Hij die aansprakelijk is moet – in beginsel, er zijn uitzonderingen denkbaar, zoals het fenomeen van de proportionele aansprakelijkheid – de gehele schade van de benadeelde vergoeden.[39] Nadat de aansprakelijkheid is gevestigd, behoeft afwijking van het uitgangspunt van *volledige* schadevergoeding een deugdelijke juridische grondslag. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het geval dat de gevolgen de *laedens* redelijkerwijs niet zijn toe te rekenen (artikel 6:98 BW), de situatie dat er eigen schuld aan de kant van de benadeelde bestaat (artikel 6:101 BW) en het geval dat er aanleiding is tot rechterlijke matiging (artikel 6:109 BW).

---

37 HR 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6098, *NJ* 2008/120, m.nt. Ch. Gielen (CFS/Stork), r.o. 5.10.

38 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/18-20. Zie Jansen 2012, p. 335-338.

39 Asser/Sieburgh 6-II 2017/14; S.D. Lindenbergh in: *GS Schadevergoeding*, artikel 6:95 BW, aant. 3.2.

Bij de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking geldt er van meet af aan een ander uitgangspunt: de vestiging van de aansprakelijkheid leidt allerminst tot een verplichting om de gehele schade van de eiser te vergoeden. De op de gedaagde rustende schadevergoedingsplicht is, ten eerste, nimmer hoger dan diens verrijking. Ten tweede rust er op de verrijkte slechts de verplichting om de schade van de verarmde te vergoeden voor zover dit in een concreet geval redelijk is. Bovendien blijft – ten derde – een verrijking buiten beschouwing voor zover de verrijking is verminderd door een omstandigheid die niet aan de verrijkte is toe te rekenen (artikel 6:212 lid 2 BW). De vermindering kan met name dan niet aan de verrijkte worden toegerekend als dit is gebeurd in een periode waarin hij met de verplichting tot schadevergoeding geen rekening behoefde te houden (artikel 6:212 lid 3 BW). Eventuele uitgaven die zonder de verrijkingsgebeurtenis niet zouden zijn gedaan, worden in de beoordeling betrokken.

Anders dan in het traditionele aansprakelijkheidsrecht is het vertrekpunt bij delictuele aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking daarom reeds in de vestigingsfase niet 'alles of niets'. Als de gedaagde aansprakelijk is op grond van ongerechtvaardigde verrijking, dan hoeft hij niet de hele schade van de eiser te vergoeden, maar slechts voor zover hij ongerechtvaardigd is verrijkt en voor zover dit redelijk is. Omdat verrijkingsaansprakelijkheid minder verstrekkend is, kan de '(on)rechtmatigheidstoets' (zie hiervoor) lichter zijn.[40] De verrijkingsactie kan aldus dienen als sluitstuk van het traditionele aansprakelijkheidsrecht. Daar waar een in beginsel volledige fout- of risicoaansprakelijkheid minder aansprekend is kan de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking de weg van het midden wijzen.

In het voorbeeld van *CFS/Stork*, waarbij CFS zich heeft beroepen op een later vernietigd octrooi jegens klanten van Stork, zou aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad te ver gaan. Dit zou leiden tot in beginsel volledige vergoeding en dit kan op gespannen voet staan met een effectieve bescherming van IE-rechten. Octrooihouders moeten zich vrij voelen om zich op hun octrooien te beroepen zonder dat ze bevreesd hoeven zijn voor – omvangrijke – schadeclaims indien het octrooi ongeldig blijkt te zijn. Een verrijkingsaansprakelijkheid gaat minder ver. De schadevergoedingsplicht zou niet verder kunnen gaan dan het bedrag waarmee CFS ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van Stork.

10.5 Verfijning van het aansprakelijkheidsrecht

Tot nu toe is de delictuele verrijkingsaansprakelijkheid gepresenteerd als een figuur die het traditionele delictuele aansprakelijkheidsrecht kan aanvullen. Dit is slechts één kant. De aanvullende werking van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking kan ook fungeren als ventiel die de druk

40 Vgl. Van de Moosdijk 2013, p. 426 en recent: Vader & Jansen 2018, p. 42.

op de onrechtmatige daad kan verminderen.[41] De verrijkingsactie geeft in de gevallen waarop ik het oog heb, de ruimte om aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad af te wijzen, omdat met behulp van de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking tot een meer genuanceerde oplossing van het geval kan worden gekomen. Dit is met name daar aan de orde, waar de toepassing van de onrechtmatige daad tot al te grofmazige – en daardoor minder aansprekende – resultaten zou leiden.

Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de zaak *Unocal/Conoco*.[42] Unocal en Conoco zijn twee oliemaatschappijen die elk een winvergunning hebben voor dicht bij elkaar gelegen kwadranten. Het risico van dicht bij elkaar liggende olievelden is dat het mogelijk is dat de ene partij olie onttrekt, dat feitelijk afkomstig is van het veld van de ander. Op een gegeven moment spreekt inderdaad Unocal Conoco aan op grond van onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking omdat Conoco (weliswaar op zijn eigen gebied) olie gewonnen zou hebben, dat feitelijk afkomstig is van het veld van Unocal.

De Hoge Raad sanctioneert het oordeel van het hof, dat Conoco jegens Unocal op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk is vanwege een inbreuk op het recht van Unocal, indien vast komt te staan dat Conoco een winbare hoeveelheid olie onttrokken heeft van het veld van Unocal. Daarbij is, volgens de Hoge Raad, niet vereist dat het handelen van Conoco kwalificeert als een handelen in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid en evenmin is daartoe vereist dat het voor Conoco voorzienbaar was dat zij olie onttrok van Unocal. De inbreuk op het recht van Unocal door Conoco kwalificeert als een onrechtmatige daad.

Afgevraagd kan worden, of het handelen van Conoco wel gezien kan worden als een inbreuk op het recht van Unocal. Gelet op het feit dat Conoco olie won in eigen gebied kan niet zonder mee worden gezegd dat de inbreuk rechtstreeks is geweest, laat staan dat de inbreuk besloten lag in het gedrag van Conoco.[43] Toch lijkt er voor dit oordeel wel iets te zeggen. Zou voor aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad vereist zijn dat het destijds voor Conoco voorzienbaar was dat hij een economisch winbare hoeveelheid olie van het kwadrant van Unocal aan het onttrekken was, dan zou dit tot het minder bevredigende resultaat leiden dat Conoco als gevolg van de 'onvoorzienbare' onttrekking een meevaller binnenhaalt waarvoor hij niet aansprakelijk is. Door de onttrekking van een winbare hoeveelheid olie ook zonder verdere laakbaarheid aan de kant van Conoco als een inbreuk op het subjectieve recht van Unocal te construeren, wordt bereikt dat Conoco ten koste van Unocal bevoordeeld zou worden.

---

41 De beeldspraak van het ventiel is ontleend aan de dissertatie van Smits. Volgens hem kan een verrijkingsactie, net als een billijkheidsactie, als ventiel dienen hoewel dit volgens hem niet noodzakelijk is. Zie: Smits 1995, p. 185, voetnoot 151.

42 HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7537, *NJ* 2007/270 (Unocal/Conoco).

43 Zie voor het inbreukcriterium: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/47; K.J.O. Jansen in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 4.6.

De weg van de onrechtmatige daad heeft echter een keerzijde. Als het onttrekken van een winbare hoeveelheid olie door Conoco uit het wingebied van Unocal zonder meer onrechtmatig is, dan is – indien ook aan de andere vereisten voor aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad is voldaan – Conoco in beginsel aansprakelijk om de *gehele* schade van Unocal te vergoeden. Dit betekent dat Conoco verplicht is om de gederfde winst van Unocal te vergoeden. Was de onttrekking voorzienbaar, dan lijkt mij deze consequentie alleszins juist. Maar als het voor Conoco niet voorzienbaar – en dus niet laakbaar – was dat hij olie onttrok van het gebied van Unocal, dan zal het niet altijd aansprekend zijn om hem aansprakelijk te houden voor de gehele gederfde winst van Unocal. Het kan namelijk zo zijn, dat Conoco minder met de onttrokken olie heeft verdiend, dan Unocal met de onttrokken zou hebben kunnen verdienen. Het kan zijn dat Unocal efficiënter werkt of dat zij in staat is kopers te benaderen die meer betalen. Conoco wordt dan, ondanks zijn 'goede trouw' verplicht om meer af te staan dan zijn additionele winst.

Bij nader inzien is het daarom minder vanzelfsprekend om het handelen van Conoco in een geval als dit reeds als een onrechtmatige daad te zien. Om in een geval als *Unocal/Conoco* tot een aanvaardbaar resultaat te komen, is het niet nodig om – los van laakbaarheid van de inbreukmaker – het blote winnen van olie uit andermans wingebied als een onrechtmatige inbreuk te zien die tot aansprakelijkheid leidt als bedoeld in artikel 6:162 BW. De verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking biedt in dit soort gevallen een uitkomst die de belangen van beide partijen in evenwicht brengt. Degene die een winbare hoeveelheid olie aan het wingebied onttrekt van een ander, zonder dat deze onttrekking te voorzien was, is aansprakelijk uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking tot het bedrag van zijn verrijking, d.w.z. tot de winst die hij op de onttrokken olie heeft geboekt. Aangesloten kan daarbij worden bij (een analogische toepassing van) de *sine causa*-conceptie. In een zaak als *Unocal/Conoco* kan de verrijkingsvordering fungeren als een instrument waarmee het aansprakelijkheidsrecht kan worden verfijnd. Het inbreukcriterium van artikel 6:162 lid 2 BW hoeft niet onnodig rekkelijk te worden uitgelegd om tot een aanvaardbaar resultaat te komen.

10.6 Toepassingen

Hierboven is betoogd dat de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking het onrechtmatigedaadsrecht kan aanvullen. De aanvullende kracht dankt de verrijkingsvordering aan twee structurele verschillen met de onrechtmatige daad. Niet is vereist dat het gedrag van de gedaagde onrechtmatig is, maar vereist is dat de aard van de gedraging in het licht van de overige omstandigheden van het geval de verrijking ongerechtvaardigd doet zijn. En daar waar het in het kader van de onrechtmatige daad kan gaan om de verplichting tot vergoeding van – in potentie – de volledige schade is verrijkingsaansprakelijkheid reeds in de vestigingsfase gemaximeerd tot het

beloop van de verrijking van de gedaagde. De verrijkingsvordering kan aldus de weg van het midden wijzen tussen geen aansprakelijkheid en aansprakelijkheid voor in potentie de volledige schade.

In deze paragraaf wordt de potentiële verrijkingsrechtelijke aanvulling van het onrechtmatigedaadsrecht nader toegelicht. Wij hebben daarbij dus steeds gevallen op het oog die in het verlengde van het reguliere onrechtmatigedaadsrecht liggen, waar aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad om een bepaalde reden niet gevestigd kan worden – of waar dit onwenselijk of twijfelachtig is – maar waarbij de *laedens* wel door zijn doen of nalaten, of door de overige omstandigheden van het geval, verrijkt wordt ten koste van de gelaedeerde. De vraag is steeds of de verrijking gelet op de aard van de gedraging en de overige omstandigheden van het geval een ongerechtvaardigd karakter kan hebben.

Het doel van deze paragraaf is om een aantal typen gevallen op te voeren waarbij aan aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking kan worden gedacht. Achtereenvolgens komt aan de orde verrijkingsaansprakelijkheid bij onzuiver handelen (10.6.1), de mogelijkheid van een verrijkingsrechtelijke correctie op het relativiteitsvereiste (10.6.2), de problematiek van het profiteren van andermans wanprestatie (10.6.3) en de mogelijke rol van het verrijkingsleerstuk bij gevallen van – niet onrechtmatige – gevaarzetting (10.6.4).

10.6.1 Onzuiver handelen

Aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking zou kunnen ontstaan, als het gedrag van de gedaagde níet ernstig genoeg is om strijdigheid met de maatschappelijke betamelijkheid aan te nemen, maar de aard van de gedraging wel zodanig is, dat de verrijking die de gedaagde als gevolg van de gedraging ten koste van de eiser geniet een ongerechtvaardigd karakter krijgt *vis à vis* de eiser. In die gevallen kan de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking de onrechtmatige daad aanvullen en heeft de door Vranken onderscheiden *unclean hands*-functie meerwaarde.[44] Het geval *CFS/Stork* is daarvan een mogelijk voorbeeld.[45]

Maar er zijn andere gevallen denkbaar. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een bewerking van de casuspositie die ten grondslag ligt aan het arrest *Koker/Cornelius*.[46] De eiser heeft gedurende een zekere tijd een huis bewoond op basis van een levenslang gebruiksrecht. De huiseigenaar heeft haar huis echter voor een prijs onder de marktwaarde verkocht aan de gedaagde: haar zoon. De gedaagde vordert met succes ontruiming van de woning. De eiser stelt echter jegens de gedaagde een verrijkingsvordering

---

44 Zie daarover par. 3.4.7 en par. 10.3.

45 HR 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6098, *NJ* 2008/120, m.nt. Ch. Gielen (CFS/Stork).

46 HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928, *NJ* 2007/154, m.nt. J.B.M. Vranken (Koker/Cornelius).

in voor de investeringen die zij in het huis heeft gedaan. De verrijkingsvordering faalt omdat de koopovereenkomst tussen de huiseigenaar en de gedaagde 'in beginsel' de verrijking van de gedaagde rechtvaardigt. Dit is een voorbeeld van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst.

In mijn optiek komt een verrijkingsvordering echter in beeld, indien de gedaagde wist dat de eiser in het huis investeerde in een periode waarin het voor de gedaagde reeds duidelijk was dat hij de woning voor een bepaalde prijs zou verkrijgen, maar desondanks stilzat en de gedaagde niet waarschuwde voor de toekomstige ontruiming. Zijn dergelijke omstandigheden aanwezig, dan rechtvaardigt dit in mijn optiek een uitzondering op het uitgangspunt van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst ter zake van die extra investeringen. Het gedrag van de gedaagde lijkt mij te weinig voor een onrechtmatige daad, maar genoeg om de genoemde verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst te doorbreken.[47]

De verrijkingsvordering kan ook van meerwaarde zijn, als er weliswaar sprake is van onrechtmatig handelen in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW, maar waarbij de toerekenbaarheid in de zin van artikel 6:162 lid 3 BW ontbreekt.

Interessant is de zaak *Rabobank/Verdonk*.[48] Curator Verdonk gaat over tot inning van stil aan de bank verpande vorderingen, in de mening dat de pandrechten niet geldig waren gevestigd omdat niet aan het bepaalbaarheidsvereiste was voldaan. Dit bleek niet terecht. Dit betekende dat de Rabobank een boedelvordering had 'met de aan zijn pandrecht verbonden voorrang'.[49] Voor de Rabobank ontstond er desalniettemin een probleem omdat de boedel negatief was en er na de voldoening van de executiekosten onvoldoende actief over was om de boedelvordering van de Rabobank volledig te voldoen. Effectief betekende dit, dat de salarisvordering van de curator vóór de vordering van Rabobank werd voldaan omdat het salaris van de curator valt onder de executiekosten. Daarmee profiteerde de curator *pro se* van het onrechtmatige handelen van de curator *q.q.*

De Rabobank betoogde daarom dat de rangorde van de boedelschulden in die zin moest worden doorbroken, dat haar boedelvordering voldaan moest worden vóór de salarisvordering van de curator voor zover dat nodig was om te voorkomen dat de curator zou profiteren van diens onrechtmatige handelen.

De Hoge Raad zag geen ruimte om het wettelijke preferentiestelsel te doorbreken. Wel achtte de Hoge Raad het mogelijk, dat de curator in dit soort gevallen persoonlijk aansprakelijk is voor diens onrechtmatige handelen in hoedanigheid van curator wegens een onzorgvuldige uitoefening van

47 Zie par. 9.3.3.7.

48 HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, *NJ* 2016/187, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Rabobank/Verdonk).

49 HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, *NJ* 2010/96, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Hamm/ABN AMRO), r.o. 4.3.3.

zijn wettelijke taak tot beheer en vereffening van de boedel. Voor zover de curator daarbij niet is gebonden aan regels komt hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toe en is voor persoonlijke aansprakelijkheid vereist 'dat de curator ook persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt van zijn handelen. Daarvoor is vereist dat hij gehandeld heeft terwijl hij het onjuiste van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijze behoorde in te zien'.[50]

In de zaak *Rabobank/Verdonk* was de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator door de rechtbank reeds afgewezen, zonder dat de Rabobank tegen deze beslissing in hoger beroep is gegaan. Kort gezegd was de feitenrechter van oordeel, dat er sprake was van een verschoonbare dwaling omtrent het objectieve recht over het bepaalbaarheidsvereiste in die zin dat er geen sprake was van 'een zodanig heersende leer dat de curator in redelijkheid het standpunt van [eiseres] (in rechte) niet mocht bestrijden'. Dit oordeel is aansprekend.[51] Als het om een verschoonbare dwaling omtrent het objectieve recht gaat, dan kan de curator niet een persoonlijk verwijt worden gemaakt zodat hij in een dergelijk geval niet persoonlijk aansprakelijk zal zijn of behoren te zijn op grond van onrechtmatige daad.

Dit sluit, in mijn optiek, aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking echter niet uit. Het spreekt zonder meer aan, dat de curator niet aansprakelijk is voor de volledige schade die hij veroorzaakt als gevolg van diens – verschoonbare – dwaling omtrent het objectieve recht. Minder aansprekend is het, indien hij zou profiteren van zijn verschoonbare dwaling, in die zin dat hij daardoor méér salaris zou ontvangen dan zonder die dwaling. In mijn optiek is de curator in zoverre ongerechtvaardigd verrijkt. De verrijkingsaansprakelijkheid omvat dan niet de gehele schade van de benadeelde, maar slechts voor zover de curator door zijn handelswijze is verrijkt. Ondanks het feit dat het gaat om een 'niet toerekenbare' onrechtmatige daad, speelt het principe dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag op de achtergrond mee. Voorkomen wordt dat de curator bij 'verschoonbare twijfel' in zijn eigen voordeel handelt in gevallen waarin de boedel negatief is en zijn eigen salaris in het gedrang is. Een verrijkingsaansprakelijkheid voorkomt dat de kat op het spek gebonden wordt.

Verrijkingsaansprakelijkheid voor onzuiver handelen is een motief dat ook kan spelen bij de volgende twee te behandelen onderwerpen: de mogelijke verrijkingsrechtelijke correctie van het relativiteitsvereiste en het profiteren van andermans wanprestatie.

---

50 HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, *NJ* 2012/515, m.nt. F.M.J. Verstijlen(X/Gips).

51 Zie Verstijlen in zijn noot bij HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, *NJ* 2012/515, (X/Gips), nr. 8; E.A.L. van Emden, 'Persoonlijke aansprakelijkheid van de curator in verband met verpande vorderingen', *MvV* 2017/7-8, p. 246-247.

10.6.2 Verrijkingsrechtelijke correctie relativiteitsvereiste

10.6.2.1 Algemeen

Vereist voor aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad, is dat de door de gedaagde geschonden norm, de strekking heeft om de eiser te beschermen tegen schade zoals hij die heeft geleden.[52] Dit zogenoemde relativiteitsvereiste ligt enerzijds besloten in het woord 'jegens' in artikel 6:162 lid 2 BW en anderzijds in artikel 6:163 BW. 'Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat', zo schrijft deze bepaling voor, 'wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden'. Het relativiteitsvereiste is met name van belang bij schending van wettelijke normen. Deze paragraaf richt zich daarom op de schending van wettelijke normen.

Als de eiser schade lijdt doordat de gedaagde een wettelijke norm heeft geschonden, dan zijn er wat de (on)rechtmatigheidsvraag betreft twee mogelijkheden. Of de geschonden wettelijke norm strekt tot de bescherming tegen de schade zoals de eiser die als gevolg van de normschending heeft geleden, zodat schending van de wettelijke norm als zodanig een onrechtmatige daad jegens de eiser oplevert. Of de wettelijke norm strekt niet tot bescherming tegen de schade zoals de eiser die heeft gelden. In dat laatste geval kan niet worden gezegd dat de gedaagde jegens de eiser onrechtmatig heeft gehandeld wegens het enkele doen of nalaten in strijd met de wettelijke plicht.

Strekt de door de gedaagde geschonden norm niet tot bescherming tegen de schade zoals de eiser die heeft geleden, dan is het niet uitgesloten dat het handelen toch onrechtmatig is jegens de eiser. De gedraging van de gedaagde kan in strijd zijn met de jegens de eiser in acht te nemen zorgvuldigheid als bedoelt in artikel 6:162 lid 2 BW. Hier geldt bovendien de correctie Langemeijer.[53] Die correctie houdt in, dat ook als de wet niet de strekking heeft de eiser te beschermen tegen de schade zoals hij die heeft geleden, de schending van de wettelijke norm desalniettemin een factor – een gezichtspunt – is die meeweegt bij de vraag of de gewraakte handeling jegens de eiser onzorgvuldig is. De Hoge Raad heeft die correctie aanvaard in het Tandartsen-arrest.[54] Het komt erop aan of:[55]

---

52 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/129.

53 Zie bijvoorbeeld: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/138; K.J.O. Jansen in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:163 BW, aant. 1.10.1-1.10.6; Den Hollander 2016, p. 154-161, alsmede de op die plaatsen genoemde verdere vindplaatsen.

54 HR 17 januari 1958, *NJ* 1961,568 (Tandarts). De correctie is vernoemd naar de Procureur-Generaal Langemeijer die in zijn conclusie in die zaak een dergelijke correctie verdedigde, de Raad volgde de conclusie van P-G. Langemeijer op.

55 De Hoge Raad geeft een soortgelijke maatstaf in: HR 16 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD5711, NJ 1989/505, m.nt. C.J.H. Brunner (Tandartsen III), r.o. 3.2; HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, *NJ* 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken (Astrazeneca/Menzis), r.o. 3.3.5.

> 'gelet op de betekenis die de overtreding van de betrokken wetsbepaling heeft in het gegeven samenstel van feiten dat tot de benadeling leidt, en gelet mede op de bijzondere omstandigheden die het geval kenmerken, aan dengeen die zich aan de wetsovertreding schuldig maakt, met het oog op de voor hem voorzienbare gevolgen van zijn handelwijze voor anderen, wier belangen daardoor worden aangetast, door die anderen van zijn met de wet strijdig handelen als te hunnen opzichte maatschappelijk onbehoorlijk een verwijt kan worden gemaakt'

Het gaat er daarbij om, of de schending van de wet in 'het samenstel van feiten' en 'gelet […] op de bijzondere omstandigheden' redengevend is voor de conclusie dat de gedaagde een zorgvuldigheidsnorm geschonden heeft die wél strekt tegen de schade zoals de benadeelde eiser die heeft geleden. Niet alleen is dus vereist, dat de schending van de wet een schending van 'een' zorgvuldigheidsnorm met zich brengt, vereist is dat er een zorgvuldigheidsnorm jegens de benadeelde eiser is geschonden.[56]

Van hieruit zijn er opnieuw twee mogelijkheden. Of de schending van de wettelijke norm is inderdaad doorslaggevend en leidt in het licht van de overige omstandigheden van het geval tot de conclusie dat de gedraging waarin de schending van de wet besloten ligt, kwalificeert als een schending van de zorgvuldigheidsnorm die wél tot de bescherming van het geschonden belang van de eiser strekt. Of de schending van de wettelijke norm levert óók in het licht van de overige omstandigheden van het geval, géén strijd met de maatschappelijke betamelijkheid jegens de benadeelde op. Is dit laatste het geval, dan is de gedaagde niet op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk voor de door de eiser geleden schade.

In mijn optiek is er ruimte om naast de correctie Langemeijer een alternatieve verrijkingsrechtelijke correctie op het relativiteitsbeginsel te aanvaarden. Ik doel op aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking in gevallen waarin de verrijkte zijn verrijking ten koste van de verarmde verkregen heeft door in strijd te handelen met een wettelijke plicht.

10.6.2.2 De structuur van de verrijkingsrechtelijke correctie op het relativiteitsvereiste

De structuur van de mogelijke verrijkingsrechtelijke correctie op het relativiteitsbeginsel kan het beste naar voren worden gebracht door deze af te zetten tegen de voornoemde correctie Langemeijer. Deze laatste correctie komt, als gezegd, hierop neer, dat de schending van een wettelijke norm die niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de eiser die heeft geleden, een factor kan zijn bij de beantwoording van de vraag of de gedaagde een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden die wél beschermt tegen de schade zoals de gelaedeerde die heeft geleden.

---

56 HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, *NJ* 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken (Astrazeneca/Menzis), r.o. 3.3.5. Zie voor dit punt: Den Hollander 2016, p. 157-158.

De hier gepresenteerde verrijkingsrechtelijke correctie op het relativiteitsbeginsel heeft een vergelijkbare structuur als de correctie Langemeijer. Bij de toepassing van de verrijkingsrechtelijke correctie van het relativiteitsvereiste luidt de vraag, of de schending van een wettelijke norm door de verrijkte gedaagde, die op zichzelf niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de verarmde die heeft geleden, van invloed kan zijn op de beantwoording van de vraag of de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser *ongerechtvaardigd* is.

Ander dan bij de correctie Langemeijer, is de inzet níet een verplichting tot de vergoeding van in potentie de hele schade van de eiser. Verrijkingsaansprakelijkheid gaat van meet af aan minder ver: de gedaagde is nooit meer schadevergoeding verschuldigd dan het bedrag waarmee hij ongerechtvaardigd is verrijkt. Daarom zou wellicht een geringere normschending aanleiding tot aansprakelijkheid kunnen geven. De verrijkingsrechtelijke correctie op het relativiteitsvereiste kan een middenweg zijn tussen helemaal geen aansprakelijkheid en aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad.

Wanneer kan aan toepassing van de verrijkingsrechtelijke correctie worden gedacht? De verrijking van de gedaagde moet ongerechtvaardigd zijn. Het normale schema dat betrekking heeft op het ongerechtvaardigdheidsvereiste moet worden gevolgd. Is de verrijking het gevolg van een vermogensverschuiving dan is het ontbreken van een toereikende rechtvaardigingsgrond voldoende voor ongerechtvaardigdheid. Geregeld zal de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser juist niet het gevolg zijn van een vermogensverschuiving in de gevallen waarom het hier gaat. Het enkele ontbreken van een rechtvaardigingsgrond is dan niet voldoende om ongerechtvaardigdheid aan te nemen. Het uitgangspunt is immers dat een verrijking die niet het gevolg is van een vermogensverschuiving niet ongerechtvaardigd is. Om ongerechtvaardigdheid aan te nemen zijn bijzondere omstandigheden vereist. Ontleent de gedaagde zijn verrijking ten koste van de eiser aan de schending van een wettelijke norm die niet tot de bescherming van de eiser strekt, dan komt het eropaan wanneer die schending maakt dat de verrijking van de gedaagde ongerechtvaardigd is ten opzichte van de eiser.

Het is in mijn optiek niet zo dat steeds wanneer zowel de verrijking van de gedaagde als de schade van de eiser in een *condicio sine qua non*-verband staat met een normschending van de gedaagde, de gedaagde ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de eiser. Er is meer nodig. Als de gedaagde wordt verrijkt ten koste van de eiser door de schending van een wettelijke norm die niet tot bescherming van de eiser strekt, dan zal de verrijking pas ongerechtvaardigd kunnen zijn, als de schending van de wettelijke norm van essentieel belang was voor het behalen van de verrijking ten koste van de eiser. De schending van de wet moet de sleutel zijn tot het succes. De schending van een wettelijke norm zal géén ongerechtvaardigde verrijking opleveren, indien het voordeel hoofdzakelijk aan andere factoren is te danken. Dit is het geval als het eenvoudig was dezelfde verrijking te behalen zonder de schending van de wettelijke norm.

Twee gevallen kunnen tegenover elkaar worden gezet.

(i) De te laat van kantoor vertrokken gedaagde overschrijdt de maximumsnelheid fors waardoor hij net op tijd arriveert bij de klant waar hij een pitch moet houden. De pitch verloopt vervolgens goed voor de gedaagde. Hij 'kaapt' een lucratieve deal weg voor de neus van de eiser. Zou de gedaagde zich aan de snelheid hebben gehouden, dan was hij te laat gekomen en had hij de deal gemist zodat in dat geval de eiser het contract zou hebben binnengehaald.[57]

Is de gedaagde in dit geval ongerechtvaardigd verrijking doordat hij zich niet aan de snelheid heeft gehouden? De vraag moet mijns inziens ontkennend worden beantwoord. In dit geval is de gedaagde weliswaar ten koste van de eiser verrijkt dankzij de schending van een wettelijke norm (die niet het belang van de eiser beoogt te beschermen), maar toch zal de verrijking van de gedaagde niet ongerechtvaardigd zijn. De snelheidsovertreding was niet de sleutel tot het succes. De gedaagde had eerder van kantoor kunnen vertrekken. Het voordeel is hier behaald doordat de gedaagde een betere pitch gehouden heeft dan de eiser. De pitch is het hoofdingrediënt voor het succes van de gedaagde.

(ii) Het volgende voorbeeld is echter anders van karakter. De gedaagde en de eiser hebben elk een koeriersbedrijf die beiden lokaal opereren. Zij beogen door een haal- en brengservice de pakjes dezelfde dag – en zo snel mogelijk – te bezorgen. De bedrijfsleiding van de gedaagde moedigt haar koeriers aan om de pakjes zo snel mogelijk te bezorgen en deelt mee dat eventuele verkeersboetes door haar zullen worden betaald. Het bedrijf speelt daarbij in op de geringe pakkans bij snelheidsovertredingen. In de media wordt hier ruchtbaarheid aan gegeven. Gevolg: de gedaagde wint een flink aantal klanten van de eiser, die weigert om de verkeersregels aan zijn laars te lappen.

In dit geval is de schending van de wettelijke norm een belangrijk ingrediënt voor de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser. De schending van de wettelijke norm is de sleutel tot het succes. Door structureel de geldende snelheidsnormen te overschrijden, is de gedaagde in staat structureel sneller te zijn dan de eiser: zij behalen ten koste van de eiser een groter marktaandeel en daarmee een grotere winst. In dit specifieke geval is er een sterk rechtspolitiek argument te geven waarom de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser ongerechtvaardigd is. Zou de eiser gelijke concurrentiekracht willen ontwikkelen als de eiser, dan zou hij evenzeer de snelheidsnormen moeten overschrijden.

Een vergelijkbare redenering zou gevolgd kunnen worden als een onderneming goedkoper kan produceren ten opzichte van andere ondernemingen dankzij het schenden van wettelijke normen. Het kan daarbij gaan om belastingontduiking, maar bijvoorbeeld ook om normen die ten doel

57 Voorbeeld bewerking van voorbeeld van Nieuwenhuis. Zie: Nieuwenhuis 2015, p. 99 *in fine*.

hebben het milieu of mensenrechten te beschermen. Dergelijke normen zullen niet strekken tot bescherming van de concurrent. Maar, als een malicieuze onderneming een concurrentievoordeel behaalt ten opzichte van een consciëntieuze onderneming dankzij het schenden van zulke wettelijke normen, dan zou hier een ongerechtvaardigde verrijking in gezien kunnen – en in mijn optiek: moeten – worden. Het beginsel dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag behoort hier sterk mee te wegen.

10.6.2.3 Oude wijn in nieuwe zakken?

De vraag kan worden gesteld, wat de verrijkingsrechtelijke correctie aan de correctie Langemeijer toevoegt. In het geval van de bezorgservice, bijvoorbeeld, zou immers betoogd kunnen worden, dat het koeriersbedrijf van de gedaagde in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid heeft gehandeld jegens de eiser en reeds op die grond schadeplichtig is op grond van onrechtmatige daad. Dit is allerminst uitgesloten. Toch kan de verrijkingsrechtelijke correctie op het relativiteitsvereiste om verschillende redenen van belang zijn.

In de eerste plaats heeft de correctie Langemeijer de naam vaag, moeilijk en 'onhanteerbaar' te zijn.[58] Vranken schrijft in zijn noot onder *Astrazeneca/ Menzis* bijvoorbeeld, dat de correctie Langemeijer in de praktijk tot dusdanige moeilijkheden leidt dat deze zelden slaagt.[59] Verrijkingsaansprakelijkheid is op punten concreter en daarmee mogelijk scherper. De gedaagde moet door het schenden van wettelijke regels zijn verrijkt ten koste van de eiser die zich wél aan de wettelijke normen heeft gehouden. Als dit eenmaal is vastgesteld, resteert de vraag of de schending van de wet door de gedaagde de bewuste verrijking ongerechtvaardigd doet zijn. Dit zal, als gezegd, met name aan de orde zijn, als de schending van de wettelijke norm een essentiële bijdrage heeft geleverd aan het voordeel van de gedaagde ten koste van de eiser. Verrijkingsaansprakelijkheid kan zich dan manifesteren als een *alternatief* voor de correctie Langemeijer.[60] Dit alternatief zal zich met name aandienen als de verrijking aan de kant van de gedaagde en de schade aan de kant van de eiser zich gemakkelijk laten vaststellen.

In dit verband kan er overigens op worden gewezen, dat de toepassing van de correctie Langemeijer in het kader van artikel 6:162 lid 2 BW er soms *de facto* toe leidt dat – hetzij door aansprakelijkheid, hetzij door een verbod (of een combinatie van beide) – voorkomen wordt dat de gedaagde profi-

58 Zie bijvoorbeeld: Lankhorst 1992, p. 27; Verheij 2015, p. 42. Relativerend: Den Hollander 2016, p. 158-159 en voorts de aldaar in voetnoot 199 opgenomen rechtspraak.

59 Aldus bijvoorbeeld Vranken in zijn noot onder HR Menzis/ Astrazeneca: HR 10 november 2006, *NJ* 2008, 491, m.nt. J.B.M. Vranken (Menzis/ Astrazeneca).

60 Zie voor andere alternatieven voor deze leer: K.J.O. Jansen in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:163 BW, aant. 1.10.4.

teert van zijn onereuze gedrag ten koste van de eiser.[61] In het tandartsenarrest gaat het bijvoorbeeld om een onbevoegde tandarts die andere tandartsen mogelijke oneerlijke concurrentie aandoet. In een dergelijk geval zit het onzorgvuldige met name daarin, dat de malicieuze tandarts zichzelf een concurrentievoordeel verschaft door wettelijke normen aan zijn laars te lopen. Hij profiteert, anders gezegd, van het feit dat de andere tandartsen zich wél aan de wet houden (en kosten maken die zij door moet berekenen aan hun klanten) terwijl hij dat niet hoeft te doen omdat hij die kosten niet maakt. In een dergelijk geval heeft de correctie Langemeijer al een zekere verrijkingsrechtelijke kleur, zodat het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt de zorgvuldigheidsnorm kan inkleuren.[62]

In de tweede plaats kan via de verrijkingsactie aansprakelijkheid van de gedaagde worden gevestigd zonder dat hoeft vast te staan dat de schending van de wettelijke norm (die de eiser op zichzelf niet beoogt te beschermen) leidt tot de schending van een jegens de eiser geldende zorgvuldigheidsnorm. Het gaat bij de verrijkingsrechtelijke correctie immers niet om de onrechtmatigheid van het gedrag, maar om de ongerechtvaardigdheid van de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser. Het gedrag – de schending van de wet – speelt bij de beoordeling van de verrijking een rol. Doordat de verrijkingsaansprakelijkheid uit de aard der zaak minder ver gaat dan aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, zal onzuiver gedrag mogelijk eerder tot aansprakelijkheid kunnen leiden in het kader van het verrijkingsleerstuk dan in het kader van de onrechtmatige daad.

De verrijkingsrechtelijke correctie op het relativiteitsvereiste maakt, zoals eerder gezegd, een middenweg mogelijk tussen helemaal geen aansprakelijkheid en aansprakelijkheid voor in principe de hele schade op grond van onrechtmatige daad. In zoverre kan de verrijkingsrechtelijke correctie het onrechtmatigedaadsrecht aanvullen en de druk op de correctie Langemeijer verlichten, in die zin dat de verrijkingsrechtelijke weg open kan liggen als de delictuele weg twijfelachtig is.

10.6.2.4 Een nadere illustratie

Dit kan nader worden geïllustreerd aan de hand van de zaak *Astrazeneca/Menzis*. In deze procedure in kortgeding speelden de volgende feiten.[63] Menzis stelt huisartsen een financiële bonus in het vooruitzicht als zij van bepaal-

---

61 Zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem 23 september 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BF3594, *NJF* 2009/248, r.o. 2.7: 'Dit laat echter onverlet de mogelijkheid dat Lichtwer tevens een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm jegens Norgine heeft geschonden ('correctie Langemeijer'), welke norm inhoudt dat concurrenten ten opzichte van elkaar geen voordeel ten eigen behoeve mogen creëren door het verhandelen van Laxacur in strijd met de voor dat – veronderstelde – geneesmiddel geldende wettelijke bepalingen'.

62 Zie: par. 2.8.6.

63 HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, *NJ* 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken (Astrazeneca/Menzis).

de medicijntypen overwegend de goedkopere generieke variant voorschrijven in plaats van de duurdere specialités. De fabrikanten van de specialités dreigen door de praktijk een aanzienlijk deel van hun marktaandeel te verliezen. Een fabrikant van specialités, Astrazeneca, betoogt dat Menzis aldus in strijd handelt met het Reclamebesluit geneesmiddelen (Rbg) (oud) en Wet tarieven gezondheidszorg (WTG) (oud) en dat de praktijk aldus onrechtmatig is jegens Astrazeneca.

Menzis verweert zich hiertegen met de stelling dat de geschonden norm niet strekt tegen de schade zoals Astrazeneca die heeft geleden in de zin van artikel 6:163 BW. De Hoge Raad neemt veronderstellenderwijs aan dat Menzis inderdaad wettelijke normen heeft geschonden, maar gaat mee met het relativiteitsverweer van Menzis. Uit onder meer de richtlijn waarop het geschonden besluit is gebaseerd, komt naar voren dat het strekt tot bescherming van de volksgezondheid en de wegneming van handelsbelemmeringen en niet tot bescherming van de medicijnfabrikanten.[64]

Astrazeneca heeft voorts een beroep gedaan op de correctie Langemeijer, in die zin dat de schending van de wettelijke norm door Menzis in het licht van de omstandigheden van het geval onzorgvuldig zou zijn jegens Astrazeneca. De laatstgenoemde laat echter na om voldoende feiten aan te dragen waarop een dergelijk oordeel kan worden gegrond.

Als wij aannemen dat het handelen van Menzis in strijd was met de Rbg en de WTG, dan is het een interessante vraag of Astrazeneca met vrucht een actie uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking zou kunnen instellen tegen Menzis. Als de aan Menzis gebonden huisartsen gevolg geven aan het beloningsbeleid van de zorgverzekeraar, en zij als gevolg daarvan daadwerkelijk de goedkopere generieke medicijnen voorschrijven in plaats van de duurdere specialités, dan heeft dat tot gevolg dat Menzis wordt verrijkt doordat zij kosten bespaart. Zij zal immers minder dure medicijnen hoeven te vergoeden. Deze verrijking van Menzis gaat ten koste van – onder meer – Astrazeneca: zij lijdt schade doordat zij marktaandeel verliest aan haar concurrenten. In mijn optiek kan de verrijking van Menzis ten koste van Astrazeneca als een ongerechtvaardigde verrijking worden beschouwd, voor zover Menzis zijn verrijking alleen heeft kunnen realiseren door de Rbg en WTG te schenden. Niemand mag profiteren van zijn onereuze gedrag.

Aanvaardt men deze zienswijze, dan kan in het midden blijven of het gedrag van Menzis in strijd met de jegens Astrazeneca betamende zorgvuldigheid is. De aansprakelijkheid van Menzis voor de schade van Astrazeneca is dan wel beperkt tot de behaalde verrijking. Verrijkingsaansprakelijkheid manifesteert zich in een geval als dit als alternatief voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. Het geval is daarvoor met name geschikt omdat de verrijking van Menzis zal zijn aan te tonen, evenals het (aanstaande) omzetverlies van een partij als Astrazeneca.

64 Rov. 3.3.3.

10.6.2.5 Een pas op de plaats

Het voorgaande mag niet de indruk wekken, dat steeds wanneer de gedaagde wordt verrijkt ten koste van de verarmde steeds ongerechtvaardigd is als daarbij door de gedaagde een wettelijke norm is geschonden. De schending van de wettelijke norm moet de sleutel zijn tot het succes. Het voorbeeld van de enkele snelheidsovertreding gaf dit al aan, maar er zijn subtielere voorbeelden. Als bijvoorbeeld een onderneming voor haar activiteiten materieel aan de vereisten voor een bepaalde vergunning voldoet, maar hij de vergunning (nog) niet heeft, dan moet niet te snel verrijkingsaansprakelijkheid worden aangenomen. In een dergelijk geval zal de gedaagde zich in de regel geen concurrentievoordeel hebben verschaft ten koste van de eiser, zodat het gewonnen marktaandeel niet automatisch als een ongerechtvaardigde verrijking kan worden gekwalificeerd. Als er geen sprake is van een vermogensverschuiving, dan blijft het uitgangspunt dat de verrijking – ondanks de afwezigheid van een rechtvaardigingsgrond zoals een daartoe strekkende overeenkomst of wet – níet ongerechtvaardigd is behoudens bijzondere omstandigheden.

10.6.3 Profiteren van andermans wanprestatie

Een ander gebied waar de verrijkingsvordering het onrechtmatigedaadsrecht mogelijk kan aanvullen, is het leerstuk van het profiteren van andermans wanprestatie. Eerst wordt dit leerstuk kort besproken. Vervolgens zal de verrijkingsrechtelijke aanvulling aan de orde worden gesteld. Daarbij zullen wij zien dat een aantal bekende verrijkingsrechtelijke arresten met de problematiek van het profiteren van andermans wanprestatie in verband kan worden gebracht. Wij zullen voorts zien, dat de verrijkingsvordering ook toepassing kan vinden op karakteristieke gevallen van het profiteren van andermans wanprestatie.

10.6.3.1 Algemeen

Overeenkomsten scheppen in beginsel slechts rechten en verplichtingen tussen de contractspartijen. Desalniettemin kan iemand onrechtmatig handelen als hij profiteert van andermans wanprestatie jegens diens contractuele wederpartij. De structuur van deze aansprakelijkheid is aldus, dat steeds ten minste vereist is dat het voor de laedens kenbaar is dat hij van een wanprestatie van een ander profiteert;[65] vervolgens hangt het van de overige omstandigheden van het geval af, of het profiteren van andermans wanprestatie

65 Zie recent: HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:740, *NJ* 2014/194 (Joba/Tjin-Hin-Tjoe). Daarover: Hendrikx 2015, p. 54. e.v.

daadwerkelijk als onrechtmatige daad kwalificeert.[66] Kennis alleen is niet genoeg, bijzondere omstandigheden zijn vereist. In de bekende zaak *Curaçao/Boyé*, waarin het ging om wanprestatie van AR-CU NV door een beding ten behoeve van de erven Boyé niet aan de Eilandgebied Curaçao door te geven, overweegt de Hoge Raad over de mogelijke rechtsplicht van het Eilandgebied:

> 'Of het Eilandgebied verplicht was het beding te eerbiedigen kan slechts worden vastgesteld aan de hand van de verdere omstandigheden van het onderhavige geval, zoals het antwoord op de vragen of het Eilandgebied bij de aankoop van de plantage in 1974 het beding kende en zich van de strekking van het beding, zoals naderhand door het hof uitgelegd, bewust was en of te dier zake toen op het Eilandgebied een onderzoeksplicht rustte, terwijl ook van belang kunnen zijn de ernst van het nadeel dat de erven Boyé als gevolg van doorbreking van het beding lijden en de voorzienbaarheid van dit nadeel op het moment van de aankoop, als ook de mate waarin het Eilandgebied de wanprestatie van AR-CU NV heeft beïnvloed en de rol die de mogelijkheid van het profiteren daarvan bij de aankoop van het goed voor het Eilandgebied heeft gespeeld.'[67]

Een belangrijke groep van gevallen waarin het profiteren van een wanprestatie in strijd kan zijn met de maatschappelijke betamelijkheid, zijn die gevallen waarin de gedaagde de wanprestatie daadwerkelijk heeft uitgelokt en te voorzien is dat de wederpartij van de wanprestant – de eiser – schade zal lijden.[68] Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan gevallen waarin iemand bewogen wordt tot het plegen van een wanprestatie, doordat de gedaagde voorstelt de voor hem nadelige gevolgen – zoals de uit de wanprestatie voortvloeiende plicht tot schadevergoeding – te dragen.[69] De vereiste kennis en de bijzondere omstandigheden zijn dan gegeven.[70]

Van het uitlokken van een wanprestatie kan worden onderscheiden, het bevorderen van een wanprestatie of het blote profiteren daarvan.[71] Dit is het geval als een koper een hogere prijs biedt voor een – naar de koper weet – reeds verkochte maar nog niet geleverde zaak. Of het bevorderen of blote profiteren van wanprestatie in strijd zal zijn met de maatschappelijke betamelijkheid, hangt af van de bijkomende omstandigheden van het geval,[72] waaronder de ernst van het te voorziene nadeel aan de kant van de weder-

---

66 B.T.M. van der Wiel m.m.v, P.S. Bakker, *GS Onrechtmatige daad*, regeling Boek 6 BW, aant. 122; Du Perron 1999, p. 136; Van Bochove 2013, p. 46 e.v. (kennis) en p. 52 e.v. (bijkomende omstandigheden). Een helder voorbeeld biedt: HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU5682, *NJ* 2006/33 (Van Oosterom/Baas).

67 HR 17 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG5024, NJ 1986/760, m.nt. C.J.H. Brunner en W.M. Kleijn (Curaçao/Boyé), r.o. 3.3.

68 Du Perron 1999, p. 149; B.T.M. van der Wiel m.m.v., P.S. Bakker, *GS Onrechtmatige daad*, regeling Boek 6 BW, aant. 122.

69 Zie bijvoorbeeld: HR 18 juni 1971, ECLI:NL:HR:1971:AC5126, *NJ* 1971/408 (Bruurs/Haagen).

70 Genuanceerd echter over het antwoord op de vraag of uitlokken steeds leidt tot onrechtmatigheid: Van Bochove 2013, p. 54-55 en de aldaar genoemde auteurs.

71 Aldus: Du Perron 1999, p. 155; Van Bochove 2013, p. 52-55.

72 Zie bijvoorbeeld: Du Perron 1999, p. 155. Van Bochove 2013, p. 52-66.

partij van de wanprestant en de nauwe relatie tussen de wanprestant en de gedaagde.

10.6.3.2 Verrijkingsrechtelijke aanvulling

Hij die andermans wanprestatie uitlokt zal dat, zoals Du Perron schrijft, in de regel niet doen om die ander schade te berokkenen, maar voor eigen gewin.[73] Als de één profiteert van een wanprestatie van een ander jegens diens wederpartij, zou dat onder omstandigheden kunnen leiden tot een verrijking van de eerste ten koste van de laatste. Als dit profiteren dan leidt tot aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad, dan kan de plicht tot schadevergoeding – *de facto* – neerkomen op de ongedaanmaking van de ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser. Zonder dat het beginsel aan het leerstuk ten grondslag ligt, kan het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijkingen moeten worden tegengegaan in de toepassing van dit leerstuk tot zijn recht komen.[74] Maar dan moet de gedaagde wel – met het profiteren – in strijd hebben gehandeld met de jegens de eiser geldende maatschappelijke betamelijkheid.

Bij de vraag of de ongerechtvaardigde verrijking de onrechtmatige daad kan aanvullen bij de problematiek van het profiteren van andermans wanprestatie, is het – ook hier – belangrijk om in het oog te houden dat zowel de structuur als de potentiële omvang van verrijkingsaansprakelijkheid verschilt met die uit hoofde van onrechtmatige daad. In het kader van de ongerechtvaardigde verrijking komt het er niet op aan of het gedrag van de gedaagde onrechtmatig is, maar op het antwoord op de vraag of de verrijking van de gedaagde in het licht van óf diens onzuivere – maar niet noodzakelijkerwijs onrechtmatige – handelen óf de overige omstandigheden van het geval ongerechtvaardigd is. Is de verrijking ongerechtvaardigd, dan is de gedaagde schadevergoeding verschuldigd tot maximaal het bedrag van zijn verrijking.

Voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad is, als gezegd, vereist (i) dat de gedaagde wist of behoorde te weten dat hij profiteert van andermans wanprestatie en (ii) dat er bijzondere omstandigheden zijn die het profiteren een onrechtmatig karakter geven. De verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking kan het leerstuk van het onrechtmatige profiteren van andermans wanprestatie van hieruit langs twee lijnen aanvullen.

Enerzijds kan de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking van dienst zijn als er wél bijzondere omstandigheden zijn, maar degene die van de wanprestatie profiteert géén kennis van de wanprestatie heeft of behoorde te hebben (par. 10.6.3.3). Anderzijds kan de verbintenis uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking de onrechtmatige daad aanvullen, als de gedaagde wél kennis heeft van het feit dat hij profiteert van de wanprestatie

73 Du Perron 1999, p. 150.
74 Vgl. Van Boom 2002, p. 74.

van een ander, maar de 'bijzondere omstandigheden' niet zodanig zijn, dat het profiteren van de wanprestatie kwalificeert als een onrechtmatige daad van de eiser jegens de gedaagde, maar waarbij het gedrag weer wél dusdanig onzuiver is om aansprakelijkheid op grond van artikel 6:212 lid 1 BW aan te nemen vanwege *unclean hands* (par. 10.6.3.4).

In beide gevallen is de gedaagde niet, zoals bij de onrechtmatige daad, aansprakelijk voor – in potentie – de volledige schade, maar tot maximaal het bedrag waarmee de gedaagde ten koste van de eiser ongerechtvaardigd is verrijkt.

10.6.3.3 Geen kennis bij gedaagde

Voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad voor het profiteren van andermans wanprestatie is, zoals we hebben gezien, vereist, dat de gedaagde *kennis* had van de wanprestatie van de wederpartij van de eiser.[75] Ontbreekt die kennis dan laat zich moeilijk indenken, dat de gedaagde onrechtmatig heeft gehandeld vanwege het profiteren van de wanprestatie van de wederpartij van de eiser. Als de gedaagde géén kennis had van de wanprestatie ten tijde van het profiteren, dan is met het ontbreken van die kennis echter niet uitgesloten dat de gedaagde aansprakelijk is op grond van ongerechtvaardigde verrijking.

Gedacht kan hierbij worden aan klassieke gevallen zoals die ten grondslag liggen aan *Quint/Te Poel* en *Vermobo/Van Rijswijk*.[76] In het laatste geval gaat het om een situatie waarin Vermobo (de eiser) met Van Rijswijk junior overeenkomt, dat de eerste een varkensstal zal bouwen op een stuk grond van Van Rijswijk senior (de gedaagde). De vraag of Van Rijswijk senior – die toestemming tot de bouw gegeven heeft – kan worden aangesproken op grond van onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking, komt op wanneer Van Rijswijk junior niet genoeg verhaal blijkt te bieden. Het hof acht de verrijkingsvordering toewijsbaar, hetgeen in cassatie niet meer bestreden wordt.

Van Boom heeft echter betoogd, dat het uitgangspunt in dit soort gevallen moet zijn, dat de grondeigenaar alleen aansprakelijk is als er bijkomende omstandigheden zijn.[77] Ten aanzien van een geval als *Vermobo/Van Rijswijk* komt hij tot de conclusie dat van Rijswijk senior alleen aansprakelijk zou moeten zijn, als hij in strijd heeft gehandeld met de jegens Vermobo betamende zorgvuldigheid.

Deze opvatting wordt in dit boek niet gevolgd. Zoals reeds eerder betoogd, gaat het bij gevallen waarin iemand een verrijking krijgt opgedrongen om de overkoepelende vraag, of verrijkingsaansprakelijkheid de

---

75 Zie 10.6.3.1.

76 HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, *NJ* 1959/548, m.nt. D.J. Veegens (Quint/Te Poel). HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, *NJ* 1994/172, m.nt. P. van Schilfgaarde (Vermobo/Van Rijswijk).

77 Van Boom 2002, p. 126-127. Vgl. Vranken 1997, p. 1498.

autonomie van de gedaagde op een onaanvaardbare wijze zou doorkruisen. In een geval als *Vermobo/Van Rijswijk* kunnen zich van hieruit drie situaties voordoen.

Het is, ten eerste, mogelijk dat Van Rijswijk wist dat zijn zoon niet in staat zou zijn om de schuur te betalen en desondanks toestemming tot de bouw heeft gegeven. In dat geval zal er sprake zijn van een onrechtmatige daad van Van Rijswijk jegens Vermobo. Enerzijds is er dan kennis en anderzijds zijn er verschillende bijzondere omstandigheden zoals de nauwe relatie tussen senior en junior en de ernstige gevolgen die de wanprestatie voor Vermobo heeft.[78]

In de tweede plaats is het mogelijk, dat Van Rijswijk senior toestemming heeft gegeven zonder dat hij wist of behoorde te weten dat zijn zoon niet in staat zou zijn de schuur te betalen. Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat de zoon gokverslaafd is zonder dat Van Rijswijk senior dit weet. In dat geval slaagt de onrechtmatige daad niet bij gebrek aan kennis bij Van Rijswijk senior van de op handen zijnde wanprestatie. Een verrijkingsaansprakelijkheid echter, acht ik wél redelijk.[79] Van Rijswijk senior heeft immers met de toestemming het risico op zich genomen dat zijn zoon achteraf niet insolvent blijkt te zijn. Van Rijswijs senior is dan schadevergoeding verschuldigd tot maximaal het bedrag waarmee hij ten koste van Vermobo is verrijkt. Uiteraard moet anders worden geoordeeld, als Van Rijswijk senior de aannemer laat weten dat hij op eigen risico bouwt.

Ten slotte is het mogelijk dat – anders dan in het arrest het geval was – de grondeigenaar helemaal niets van de bouw afwist. De bouw kan bijvoorbeeld in gang zijn gezet gedurende de wereldreis van Van Rijswijk senior. In dat geval zal een verrijkingsaanspraak heel wel kunnen – maar dit is niet noodzakelijk[80] – afketsen op het redelijkheidsvereiste, omdat aansprakelijkheid voor een ongewilde schuur de gedaagde een bestedingspatroon zou opdringen. Is dit laatste het geval dan is er noch sprake van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatigde daad noch op grond van ongerechtvaardigde verrijking.

Een geval als *Vermobo/Van Rijswijk* laat zich dus analyseren als een geval dat in het verlengde ligt van het onrechtmatige profiteren van andermans wanprestatie. Heeft de gedaagde geen kennis van de wanprestatie van de

---

78 Hoewel een verrijkingsvordering niet nodig is, is het wel mogelijk deze met succes in te stellen. De omstandigheden die het handelen van Van Rijswijk senior onrechtmatig doen zijn, maken aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking redelijk.

79 Ook Meijer acht aansprakelijkheid mogelijk, zie: Meijer 2007, p. 184 en voetnoot 29. In zijn systeem is het mogelijk aan te nemen dat er op de grondeigenaar een verrijkingsrechtelijke risicoaansprakelijkheid rust.

80 In sommige gevallen kan het, bijvoorbeeld, redelijk zijn om een verrijkingsrechtelijk wegneemrecht aan te nemen. Ook kan aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking redelijk worden, zodra de grond met de schuur is verkocht voor een prijs die – dankzij de schuur – hoger is dan de prijs van onbebouwde grond. De verrijking is dan liquide geworden.

wederpartij van de eiser, dan kan het onrechtmatigedaadsrecht in die zin worden aangevuld, dat de gedaagde aansprakelijk is voor de schade van de eiser tot het bedrag van zijn verrijking. Deze mogelijkheid is niet beperkt tot natrekkingsgevallen, maar laat zich ook toepassen op meer 'klassieke' gevallen van het profiteren van andermans wanprestatie.

Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een geval waarin een werknemer door in dienst te treden bij de gedaagde, een concurrentiebeding schendt jegens zijn voormalige werkgever: de eiser. Als de gedaagde werkgever niet wist of behoorde te weten van de schending van het concurrentiebeding, dan zal er van aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad geen sprake zijn. Aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking kan de kop opsteken indien de gedaagde door de 'transfer' ten koste van de eiser is verrijkt.

Een verrijking zal echter niet mutatis mutandis leiden tot verrijkingsaansprakelijkheid. Is de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser niet het gevolg van een vermogensverschuiving, dan is het enkele ontbreken van een rechtvaardiging voor de verrijking niet voldoende voor de conclusie dat de verrijking ongerechtvaardigd is. Daarvoor zijn bijzondere omstandigheden vereist. In een geval waarin er sprake is van een schending van een concurrentiebeding zouden die omstandigheden aanwezig kunnen zijn als de werknemer goodwill of knowhow heeft meegebracht. Ongerechtvaardigdheid zal met name in zicht komen als de winst van de gedaagde door de meegebrachte goodwill of knowhow substantieel hoger uitvalt en de winst van de eiser substantieel lager. Met name het gedeelte van de winst die de gedaagde zonder de knowhow niet zou kunnen maken, zal mogelijk een ongerechtvaardigd karakter hebben. Die winst is een voordeel die buiten de normale gang van zaken ligt: de verschuiving van de goodwill en knowhow doorkruist de eerlijke concurrentie tussen de eiser en de gedaagde. Bedacht moet daarbij wel worden, dat het in een geval als dit – gelet op de goede trouw van de gedaagde – voor de hand ligt dat de rechter op de voet van het redelijkheidsvereiste niet tot een volle verrijkingsaanspraak hoeft te komen, maar dat hij de aansprakelijkheid *ex aeqo ex bono* beperkt tot – bijvoorbeeld – 50%.

Profiteren van andermans wanprestatie leidt niet automatisch tot verrijkingsaansprakelijkheid. Steeds moet bezien worden of aan alle vereisten van artikel 6:212 lid 1 BW is voldaan. Uitgesloten acht ik aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking indien iemand eerst een stuk grond verkoopt aan de eiser en vervolgens hetzelfde stuk grond aan de gedaagde, terwijl de gedaagde niet wist of behoorde te weten van de eerdere verkoop. De eventuele winst die voor de gedaagde uit de transactie voortvloeit, kwalificeert niet als een ongerechtvaardigde verrijking jegens de eiser. Er zijn in een geval als dit geen bijzondere omstandigheden die de verrijking van de gedaagde ongerechtvaardigd maken. De overeenkomst tussen de verkoper en de gedaagde heeft bovendien verrijkingsrechtelijke derdenwerking, zodat de verrijking van de laatste koper berust op een toereikende rechtvaardigingsgrond.

10.6.3.4 Bijkomende omstandigheden niet genoeg voor onrechtmatigheid

Voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad voor het profiteren van andermans wanprestatie is niet alleen vereist dat de gedaagde wist of behoorde te weten dat hij profiteerde van de wanprestatie van de wederpartij van de eiser, maar er moeten ook bijzondere omstandigheden zijn die dit profiteren onrechtmatig maken.[81] Het gedrag van de gedaagde moet in strijd zijn met de jegens de eiser in acht te nemen zorgvuldigheid. Het verrijkingsleerstuk kan het leerstuk van het onrechtmatige profiteren van andermans wanprestatie aanvullen in gevallen, waarin de gedaagde wél wist of behoorde te weten dat hij profiteerde van andermans wanprestatie, maar waarbij de bijzondere omstandigheden niet ernstig genoeg zijn, om aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad aan te nemen.

Het gaat daarbij om gevallen waarbij het gedrag van de gedaagde waarin het profiteren besloten ligt, niet ernstig genoeg is om strijd met de maatschappelijke betamelijkheid aan te nemen en hem aansprakelijk te houden voor de schade, maar waarbij het gedrag wél dusdanig onzuiver is, dat de daarmee gerealiseerde verrijking ten koste van de eiser als een ongerechtvaardigde verrijking moet worden aangemerkt.

Enerzijds kan het onereuze gedrag van de gedaagde in de weg staan aan de verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst indien de gedaagde zijn verrijking aan een overeenkomt met een ander dan de verarmde ontleent. Anderzijds kan het onzuivere gedrag kwalificeren als een bijzondere omstandigheid die de verrijking ongerechtvaardigd doet zijn in gevallen waarin de verrijking niet het gevolg is van een vermogensverschuiving waarbij het uitgangspunt moet zijn dat de verrijking níet ongerechtvaardigd is.

Verschillende verrijkingsrechtelijke arresten laten zich in verband brengen met deze gedachte. In *Setz/Brunings*,[82] bijvoorbeeld, verkoopt Condico voor $ 80.000 een stuk grond aan Brunings, zonder dat er direct wordt geleverd.[83] Wanneer Brunings $ 37.935,74 heeft betaald komt hij in betalingsmoeilijkheden en voldoet hij de afgesproken betalingstermijnen niet meer. Op enig moment verkoopt Condico de grond opnieuw, ditmaal aan Setz. Hoewel in rechte wordt aangenomen dat de grond nog altijd $ 80.000 waard was, wordt nu een koopprijs van $ 47.000 afgesproken. Brunings spreekt Setz aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking voor een bedrag van $ 37.935,74, hetzelfde bedrag dat hij eerder aan Condico heeft betaald.

Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie Nederlandse Antillen en Aruba wijst de verrijkingsvordering voor $ 33.000 toe, omdat Brunings de mogelijkheid heeft verloren zijn recht op levering te verkopen en Setz met dat

81 Zie: par. 10.6.3.1.

82 HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7249, *NJ* 1997/719, m.nt. Jac. Hijma (Setz/Brunings).

83 Dit arrest is al eerder in verband gebracht met het leerstuk van het onrechtmatige profiteren van andermans wanprestatie. Zie: Zwalve 1997, p. 585-586.

bedrag is verrijkt (hij kocht de grond onder de marktwaarde) zonder dat daar een redelijke grond voor kan worden aangewezen. De Hoge Raad laat dit oordeel in stand, waarbij moet worden opgemerkt dat er – merkwaardigerwijs – geen klacht was gericht tegen het oordeel van het hof, dat de verrijking van Setz ongerechtvaardigd is.

Hoewel nadere feiten ontbreken – het is wat dit betreft een schimmig arrest – zou hier sprake kunnen zijn van een situatie, waarin Setz op onrechtmatige wijze profiteert van de wanprestatie van Condico. Dit zal het geval kunnen zijn, indien Setz van de overeenkomst tussen Condico en Brunings wist en er voorts bijzondere omstandigheden zijn. Gedacht kan daarbij worden aan een situatie waarbij Condico en Setz gelieerd zijn, of waarin zij hebben samengespannen. Een verrijkingsvordering is dan mogelijk,[84] maar niet noodzakelijk omdat Brunings dan Setz zal kunnen aanspreken op grond van onrechtmatige daad.

Zijn er omstandigheden denkbaar waarin er in een geval als dat van *Setz/Brunings* plaats is voor een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking, zonder dat er sprake is – of lijkt te zijn – van een onrechtmatige daad? De belangrijkste te slechten barrières tegen aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking zijn het ongerechtvaardigdheidsvereiste en het redelijkheidsvereiste. In een geval als *Setz/Brunings* zal de koopovereenkomst tussen Condico en Setz in beginsel verrijkingsrechtelijke derdenwerking hebben. Is dit het geval dan wordt de verrijking van Setz gerechtvaardigd door diens overeenkomst met Condico en is er géén sprake van een ongerechtvaardigde verrijking. Heeft de overeenkomst, vanwege bijzondere omstandigheden géén derdenwerking – en is diens verrijking in beginsel ongerechtvaardigd – dan kan de goede trouw van Setz zich nog tegen verrijkingsaansprakelijkheid verzetten in het kader van het redelijkheidsvereiste.

Een (vergaande) omwerking van de *Setz/Brunings*-casus maakt duidelijk dat er soms ruimte zal zijn voor verrijkingsaansprakelijkheid terwijl aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad buiten beeld is of lijkt te zijn. Ik heb het oog op een geval dat veel weg heeft van een klassieke artikel 3:86 BW-casus. De eiser koopt van X een tweedehands BMW conform de marktwaarde voor € 50.000, zonder dat de BMW wordt geleverd. Nadat de eiser heeft betaald, verkoopt X de BMW daags nadien opnieuw en wel voor € 15.000 aan de gedaagde, aan wie de BMW wél wordt geleverd. X, die gebruik heeft gemaakt van een valse identiteit, is vervolgens met de noorderzon vertrokken.

In een geval als dit zou ik verrijkingsaansprakelijkheid willen aannemen indien de gedaagde – vanwege de lage prijs – niet te goeder trouw is. Enerzijds zijn er dan bijzondere omstandigheden, die de verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst tussen X en de gedaagde opzijzetten.

84 De samenspanning zal een uitzondering op de verrijkingsrechtelijke derdenwerking rechtvaardigen omdat het om een afkeurenswaardige rechtshandeling gaat. Zie: par. 9.3.3.5.

Het gaat om een overeenkomst met een oplichter, waarbij de gedaagde onraad had moeten ruiken vanwege de lage prijs.[85] Anderzijds zal een verrijkingsaanspraak redelijk zijn, omdat de gedaagde – evenzeer vanwege de lage prijs – niet te goeder trouw zal zijn.[86]

Is de gedaagde in een geval als dit niet te goeder trouw, dan kan er sprake zijn van een onrechtmatige daad, maar dit hoeft niet. Tussen goede trouw en kwade trouw in, is er in mijn optiek een gebied, waarin niet altijd kan worden gezegd, dat degene die ten aanzien van enig feit niet te goeder trouw is, daarmee automatisch onrechtmatig handelt. Het zal afhangen van de nadere omstandigheden van het geval. Is de gedaagde slechts aansprakelijk op grond van ongerechtvaardigde verrijking ex artikel 6:212 BW, dan zal de aansprakelijkheid beperkt zijn tot maximaal het behaalde voordeel: € 35.000. Is er ook sprake van een onrechtmatige daad, dan komt een – volledige – vergoeding van € 50.000 (of levering van de auto) in beeld.

De casus die aan het *Ponzi scheme*-arrest ten grondslag ligt, is een ander voorbeeld waarin het profiteren van andermans wanprestatie aanleiding kan geven tot verrijkingsaansprakelijkheid.[87] Hier gaat het om een oplichter (X) die jegens een grote groep beleggers hoge rendementen belooft, maar de beloofde 'rendementen' betaalt met gebruikmaking van de inleg van andere beleggers. Wist een profiterende *Ponzi scheme*-belegger van de hoed en de rand, dan zal hij aansprakelijk zijn uit onrechtmatige daad jegens verschillende gedupeerde beleggers. Wezenlijk aan een *Ponzi scheme* is echter dat de doorsnee belegger juist niet op de hoogte is. Een profiterende belegger zal daarom lang niet altijd onrechtmatig hebben gehandeld jegens benadeelde beleggers al is het maar vanwege het feit, dat de verliezers óók boter op hun hoofden hebben, omdat zij – mogelijk in vergelijkbare omstandigheden – óók in zee zijn gegaan met X.

Het verrijkingsrecht kan het onrechtmatigedaadsrecht mogelijk aanvullen. De overeenkomst waaraan een 'succesvolle' belegger zijn voordeel ontleent, zal mogelijk vanwege bijzondere omstandigheden verrijkingsrechtelijke derdenwerking ontberen: X heeft de – hoge – rendementen immers *de facto* betaald van de inleg van andere beleggers.[88] De verrijking van de belegger zal dan ongerechtvaardigd zijn. Het hangt vervolgens – in het kader van het redelijkheidsvereiste – mede van de goede trouw van een winnende belegger af, of hij wordt beschermd tegen een verrijkingsaanspraak van een verliezende belegger. Is de belegger niet te goeder trouw – behoorde hij vanwege het hoge rendement en de overige omstandigheden van het geval te twijfelen – dan lijkt mij (als aan de overige vereisten is voldaan) verrijkingsaansprakelijkheid aannemelijk, ook al is de schending van de twijfelplicht te gering van ernst om aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad

85 Zie par. 9.3.3.5 en 9.3.3.7.
86 Zie over goede trouw en het redelijkheidsvereiste: par. 7.9.
87 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, *NJ* 2012/495, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ponzi scheme*).
88 Par: 9.3.3.4.

aan te nemen. Het onzuivere gedrag is te weinig om aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad aan te nemen, maar genoeg voor een verrijkingsaanspraak.

Tot nu toe zijn twee bekende verrijkingsrechtelijke arresten de revue gepasseerd, om te illustreren dat de verrijkingsvordering het onrechtmatigedaadsrecht kan aanvullen als het profiteren van andermans wanprestatie niet ernstig genoeg is om onrechtmatigheid aan te nemen. Maar ook hier komt de verrijkingsvordering voor toepassing in aanmerking op meer 'klassieke' gevallen van het profiteren van andermans wanprestatie.

Ik geef één voorbeeld. Een veel voorkomend gevalstype, waar het leerstuk van het profiteren van andermans wanprestatie op ziet, is het geval waarin de gedaagde profiteert van een lek in een verkooporganisatie.[89] De gedaagde koopt producten in bij X, waarmee de laatstgenoemde wanprestatie pleegt jegens andere partijen in de verkooporganisatie. De gedaagde kan zodoende een voordeel hebben tegenover andere deelnemers van de verkooporganisatie, doordat hij het product kan verhandelen zonder dat hij – bij ontstentenis van een overeenkomst – hoeft te voldoen aan specifieke verkoopvoorwaarden. Het kan zijn, dat dit profiteren in de omstandigheden van het geval niet ernstig genoeg is, om hem aansprakelijk te houden jegens de deelnemers van de verkooporganisatie op grond van onrechtmatige daad, terwijl het onzuivere gedrag de verrijking van de gedaagde ten koste van de benadeelden wel ongerechtvaardigd doet zijn.

Ook hier hoeft de aanvullende werking van de verrijkingsvordering niet enkel en alleen te leiden tot uitbouw van het aansprakelijkheidsrecht. Het kan ook gaan om verfijning. De weg van de ongerechtvaardigde verrijking kan namelijk ook hier dienen als ventiel op het onrechtmatigedaadsrecht, in die zin dat het profiteren van andermans wanprestatie minder snel als een onrechtmatige daad hoeft te worden gezien, omdat ook de weg van de ongerechtvaardigde verrijking openstaat om een aanvaardbaar resultaat te behalen.

10.6.4 Gevaarzetting

Het thans te behandelen gebied zal niet voor de hand liggen. Bezien zal worden, of de verrijkingsvordering een aanvullende rol kan vervullen in het gevaarzettingsleerstuk. Daarbij zal het gaan om gevallen waarbij de gedaagde heeft geprofiteerd van een – niet onrechtmatige – activiteit die een gevaar in het leven heeft geroepen, dat zich op enig moment heeft verwezenlijkt. Zijn er omstandigheden denkbaar waarin gezegd kan worden, dat de gedaagde die van de activiteit heeft geprofiteerd, ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van degene die de nadelige gevolgen van die activiteit heeft ondervonden?

89 Er is een aparte paragraaf aan gewijd in: Van Bochove 2013, p. 67-74.

10.6.4.1 Premisse delictuele gevaarzettingsleerstuk

Op het eerste gezicht kan het lijken dat het gevaarzettingsleerstuk geen aanvulling behoeft, omdat het wettelijke stelsel de rechter veel ruimte laat om te beoordelen of degene die een gevaar in het leven heeft geroepen zich schuldig heeft gemaakt aan een onrechtmatige daad.

In dit verband spelen verschillende gezichtspunten een rol, zoals de mate van waarschijnlijkheid van onoplettendheid van potentiële slachtoffers ten aanzien van het gevaar, de kans dat uit deze onoplettendheid ongevallen ontstaan, de ernst van de mogelijke gevolgen van ongevallen als deze inderdaad plaatsvinden en de mate waarin het bezwaarlijk is veiligheidsmaatregelen te nemen. Deze zogenaamde Kelderluik-factoren zijn echter niet limitatief. In het *Kelderluik*-arrest somt de Hoge Raad de gezichtspunten op tegen de achtergrond van de zienswijze dat alle omstandigheden van het geval van belang zijn bij de beoordeling van gevaarzettend handelen.[90] Ter aanvulling op de gezichtspunten uit het Kelderluik-arrest wordt bijvoorbeeld ook de aard van de gedraging in het onrechtmatigheidsoordeel betrokken.[91] De zorgvuldigheidsnorm lijkt bij uitstek te zijn toegerust om ook niet voorziene gevallen het hoofd te bieden. In artikel 6:162 lid 2 BW lijkt de kiem voor de nodige groei reeds aanwezig.

Het ongeschreven recht heeft echter geen vrij spel. Het speelt in het delictuele aansprakelijkheidsrecht met name een rol bij de beoordeling van het *gedrag* van de gedaagde en bij de toerekening van een eenmaal *onrechtmatig* geachte gedraging. In gevallen waarin het handelen van de laedens niet onrechtmatig is en waarin er ook geen wettelijke grond is voor risicoaansprakelijkheid is er, zoals we eerder hebben gezien,[92] géén ruimte om de laedens toch aansprakelijk te houden op grond van het ongeschreven recht sec. Dit hangt samen met het gesloten stelsel van het verbintenissenrecht, op basis waarvan een verbintenis alleen ontstaat als dit uit de wet voortvloeit. Hoewel in de literatuur de billijkheid wordt aangewezen als de overkoepelende grondslag van het aansprakelijkheidsrecht,[93] is de redelijkheid en billijkheid geen zelfstandige grond voor aansprakelijkheid.

Er ontstaat dus slechts aansprakelijkheid als er sprake is van schuld van de gedaagde of als de wet – op grond van een van de wettelijke risicoaansprakelijkheden[94] – het risico bij een ander neerlegt, dan degene die de

---

90 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (Kelderluik).

91 Van Dam 2000, nr. 811; Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding, (G.E. van Maanen/S.D. Lindenbergh), nr. 47. Zie: HR 7 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6934, *NJ* 2006/244 (Bildtpollen/Miedema), r.o. 3.3.

92 Par. 10.2.

93 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/27-30; K.J.O. Jansen, *GS Onrechtmatige daad*, titel 3 Boek 6 BW, aant. 3.2.

94 Waaronder is begrepen: de toerekening van een onrechtmatige daad aan de dader op grond van de wet of de verkeersopvattingen in de zin van art. 6:162 lid 3 BW.

schade feitelijk heeft geleden.[95] Brengen wij dit paradigma in verband met het uitgangspunt dat eenieder zijn eigen schade – en daarmee het normale levensrisico – behoort te dragen, dan stuiten wij op een stilzwijgende premisse van het delictuele aansprakelijkheidsrecht. Het eigen levensrisico begint daar – en behoort kennelijk daar te beginnen – waar achtereenvolgens het gevaarzettend handelen van de laedens ophoudt *onrechtmatig* te zijn en er verder geen wettelijke grondslag bestaat de schade van de gelaedeerde op de laedens af te wentelen. Is er, met andere woorden, geen sprake van een onrechtmatige daad van de laedens en is er niet voldaan aan de voorwaarden van een van de wettelijke risicoaansprakelijkheden, dan behoort de belangenafweging tussen het belang van de laedens om in vrijheid te handelen en het belang van de gelaedeerde om vrij van schade te blijven in het nadeel van de laatstgenoemde uit te vallen.

Over het algemeen zijn de resultaten waartoe dit uitgangspunt leidt alleszins aanvaardbaar. Mevrouw Bey zwaait voor de ingang van de bus haar dochter uit.[96] Op het moment dat een passagier – de heer Guyt – te kennen geeft dat hij en zijn zus ook willen instappen doet zij prompt, zonder om te kijken, een stap achteruit. Daarbij komt mevrouw Bey in aanraking met mevrouw Guyt waardoor de laatste valt en haar heup breekt. Mevrouw Bey wordt in rechte *níet* aansprakelijk gehouden, omdat zij naar het oordeel van het hof niet heeft gehandeld in strijd met de jegens mevrouw Guyt in acht te nemen maatschappelijke betamelijkheid. Dit resultaat is – als met het hof aangenomen moet worden dat mevrouw Bey niet heef gehandeld in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid – aansprekend omdat er in deze casus – gelet op het feit dat mevrouw Bey niet onrechtmatig heeft gehandeld – geen goede reden is de schade zoals die geleden is door mevrouw Guyt bij mevrouw Bey neer te leggen.

10.6.4.2 Het probleem

De vraag kan echter worden gesteld of het paradigma van het aansprakelijkheidsrecht de belangen van de laedens en de gelaedeerde altijd in balans brengt.[97] Hoort het, bijvoorbeeld, telkens tot het normale levensrisico van de gelaedeerde indien een onderneming een nieuwe technologie gebruikt die – naar de toenmalige wetenschappelijke inzichten – veilig leek te zijn,

95 Dat de wet ruimhartig kan worden uitgelegd, doet hier niet principieel aan af. Enerzijds heeft een oplossing die is gebaseerd op een extensieve interpretatie van een wettelijke risicoaansprakelijkheid een wettelijke grondslag. Anderzijds kent ook een extensieve wetsuitleg grenzen. Wordt – om een aanvaardbaar resultaat te bereiken – een aansprakelijkheid geconstrueerd die zich niet goed verhoudt tot het stelsel van de wet, dan ligt het verlies in een gebrek aan staatsrechtelijke legitimatie.

96 HR 11 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC2266, *NJ* 1988/393, m.nt. W.C.L. van der Grinten (Val bij bushalte).

97 Zie voor de visie dat de zorgvuldigheidsnorm oproept tot een belangenafweging: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/75; K.J.O. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.1.4.2.

maar dit achteraf niet was en schade heeft veroorzaakt bij de gelaedeerde? Hoort het steeds tot het algemene levensrisico van de gelaedeerde indien de laedens met zijn onderneming een gevaar in het leven roept dat vanwege de geringe grootte daarvan niet onrechtmatig was, maar dat zich niettemin jegens de gelaedeerde heeft verwezenlijkt? Als er geen wettelijke risicoaansprakelijkheid op van toepassing is, dan lijkt de gelaedeerde de schade zelf te moeten dragen. Maar is dit steeds terecht?

In gevallen waarin er niet onrechtmatig is gehandeld en waarin er evenmin is voldaan aan de vereisten van een van de wettelijke risicoaansprakelijkheden kan het heel wel zo zijn, dat verschillende aansprakelijkheidstheorieën in de richting van de laedens kunnen wijzen. Gedacht kan onder andere worden aan de gevaartheorie en de profijttheorie.[98] Een onderneming roept – ten eigen bate – met zijn activiteiten een gevaar in het leven zonder dat er sprake is van een onrechtmatige daad (bijvoorbeeld omdat het om een onbekend gevaar gaat). De onderneming heeft in een geval als dit geprofiteerd van het gevaar dat zij in het leven heeft geroepen, hetgeen reden voor risicoaansprakelijkheid kan zijn.

Doordat het aansprakelijkheidsrecht echter is geënt op het gesloten stelsel van het verbintenissenrecht, kan aansprakelijkheid niet worden aangenomen als daar geen wettelijke grondslag voor is, ook al wijzen de aansprakelijkheidstheorieën in abstracto richting aansprakelijkheid van de laedens. De aansprakelijkheidstheorieën zijn slechts van belang om *bestaande* risicoaansprakelijkheden te verklaren en om de bestaande bronnen van het aansprakelijkheidsrecht uit te leggen.[99] Ze hebben geen aanvullende kracht anders dan dat ze aanleiding kunnen geven tot een extensieve interpretatie van bestaande – wettelijke – aansprakelijkheden.

Die extensieve interpretatie kan uiteraard een manier zijn om de grenzen van het delictuele aansprakelijkheidsrecht te verleggen. De zorgvuldigheidsnorm kan bijvoorbeeld streng worden opgevat. De plaatsing van een waarschuwingsbord dat wijst op het gevaar van jetblasts, is bijvoorbeeld niet zonder meer voldoende om aansprakelijkheid van Princess Juliana International Airport af te wenden als het gevaar verbonden aan een jetblast zich heeft verwezenlijkt.[100] En het perspectief van de voorzorgethiek kan bijvoorbeeld leiden tot de ontwikkeling van een strengere – dat wil zeggen tot proactief gedrag nopende – zorgvuldigheidsnorm als het gaat om de omgang met nieuwe, onzekere risico's van nieuwe technieken.[101]

---

98 Zie over deze theorieën bijvoorbeeld: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/27; Verheij, 2015, 7; Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Spier), nr. 9; Sieburgh 2000, p. 182; Klaassen 1991, p. 10-11.

99 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/27-30.

100 HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224, *NJ* 2005/105, m.nt. C.J.H. Brunner (Jetblast), r.o. 3.4.2-3.4.3.

101 Franken 2010, par. 3; De Jong 2016, p. 87-88. In conceptuele zin kritisch over het voorzorgsbeginsel: Jansen 2012, p. 375-378.

Indien nodig kan ook de reikwijdte van een bestaande wettelijke risicoaansprakelijkheid ruimer worden getrokken. Inmiddels klassiek is het voorbeeld, dat de bezitter van een opstal óók aansprakelijk kan zijn voor een gebrek jegens een mede-bezitter,[102] al heeft de Hoge Raad die lijn niet doorgetrokken ten aanzien van aansprakelijkheid voor dieren.[103]

Een drastischer mogelijkheid dan een strengere zorgvuldigheidsnorm en een ruimhartige interpretatie van wettelijke risicoaansprakelijkheden is om te aanvaarden dat de wettelijke risicoaansprakelijkheden – anders dan in de heersende leer wordt voorgestaan[104] – wél analogisch kunnen worden toegepast, in die zin, dat een risicoaansprakelijkheid ook zonder expliciete grondslag kan ontstaan als dit op de voet van de *Quint/Te Poel*-formule in het stelsel van de wet past en aansluit bij wél in de wet geregelde gevallen.[105] De leer over de bronnen van verbintenissen biedt daarvoor, dogmatisch gezien, de ruimte omdat artikel 6:1 BW in het licht van de voornoemde *Quint/Te Poel*-formule moet worden gelezen.

Er zijn dus verschillende mogelijkheden om het oplossend vermogen van het delictuele aansprakelijkheidsrecht te verruimen. Maar er zijn grenzen. Aansprakelijkheden kunnen niet omwille van de billijkheid *ad infinitum* worden opgerekt. *Quint/Te Poel* lijkt in het delictuele aansprakelijkheidsrecht niet te gelden. Het blijft daarom van belang om de bronnen van verbintenissen af te tasten als de premisse van het delictuele aansprakelijkheidsrecht in een concrete geval niet aansprekend is.

Deze paragraaf staat in het teken van de vraag of ook de algemene verrijkingsvordering ex artikel 6:212 BW het delictuele aansprakelijkheidsrecht kan aanvullen. De blik is daarbij *niet* gericht op de eventuele onrechtmatigheid van het gevaarzettende handelen maar op het *voordeel* dat de laedens met diens gevaarzettende handelen heeft gegenereerd. De blik is in die zin gericht op de *gevolgen* van het gevaarzettende handelen. Is de verrijking van de gedaagde ongerechtvaardigd gelet op het feit, dat een ander de nadelige gevolgen van die activiteit heeft ondervonden.

Ten opzichte van de reguliere bronnen van aansprakelijkheid, is een ander belangrijk verschil dat delictuele aansprakelijkheid leidt tot een verplichting om – in beginsel, bij wijze van uitgangspunt – de volledige schade van de gelaedeerde te vergoeden, terwijl aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking – van meet af aan – is beperkt tot het bedrag waarmee de laedens is verrijkt. Ook hier kan de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking in een aantal gevallen de weg van het midden wijzen tussen géén aansprakelijkheid en volledige aansprakelijkheid. De aanspra-

102 HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, *NJ* 2011/465, m.nt. T. Hartlief (Hangmat), r.o. 4.2-4.4.

103 HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162, *NJ* 2016/173, m.nt. T. Hartlief (Manegepaard Imagine), r.o. 3.4.3-3.6.5.

104 Zie par. 10.2.

105 HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, *NJ* 1959/548, m.nt. D.J. Veegens (Quint/Te Poel).

kelijkheid van de laedens zal, als deze gebaseerd is op artikel 6:212 lid 1 BW, nooit hoger uitvallen dan diens verrijking.

10.6.4.3 Verrijking en gevaarzetting

De vraag of de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking het gevaarzettingsleerstuk kan aanvullen zal op zijn minst verrassen. Beide leerstukken lijken mijlenver van elkaar verwijderd. Het een gaat over de verdeling van de nadelige gevolgen van de verwezenlijking van een gevaar dat door de laedens in het leven is geroepen, het ander om het ongedaan maken van een ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser. Als een gevaar zich heeft verwezenlijkt dan lijkt er van een verrijking of voordeel geen sprake te zijn.

In zekere zin is dit slechts een verschil in perspectief. Behoudens gevallen van kwaadaardigheid, baldadigheid, roekeloosheid, stupiditeit, onverschilligheid en onvoorzichtigheid roept niemand zomaar een gevaar in het leven. Het scheppen van gevaar, gaat noodzakelijkerwijs gepaard met het leven van alledag. Eenieder schept gevaar op zoek naar het grote en kleine geluk. Degene die in de auto stapt of de hardloopschoenen aantrekt staat op het punt – geheel in het eigen belang – de straten een fractie onveiliger te maken. Zelfs een voetganger roept een zeker gevaar in het leven. Mevrouw Bey die een noodlottige stap achteruit doet om plaats te maken voor de heer Guyt schept daarmee een gevaar.

De automobilist, de hardloper en de voetganger zullen zekere voordelen hebben van het gedrag waarmee zij – en passant – een gevaar in het leven roepen. Dit voordeel zal echter gering zijn. Kwalificeert het gevaarzettend handelen niet als een *onrechtmatige* gevaarzetting – en valt de gebeurtenis niet onder een van de wettelijke risicoaansprakelijkheden – dan is degene die het gevaar in het leven heeft geroepen niet aansprakelijk indien dit geringe gevaar zich op een kwade dag verwezenlijkt. De verrijking van de voetganger, de hardloper en de automobilist zal veel te gering – te marginaal – zijn om ook maar aan aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking te denken. Verrijkingsaansprakelijkheid zou – indien al van toepassing – beperkt zijn tot maximaal het bedrag van de verrijking en die zal in dit soort gevallen in het niet vallen bij de schade.

Er zijn echter gevallen, waarbij de gevaarlijke activiteiten van de gedaagde wél gelinkt kunnen worden aan een verrijking van een substantiële omvang en waarbij de voordelen wél zonder al te veel kunstgrepen op geld kunnen worden gewaardeerd. Het gaat om gevaren die in het leven worden geroepen in het kader van een of meerdere bedrijfsactiviteiten van de gedaagde. De fabrieksschoorsteen waaruit rook kringelt zal een schakel zijn in een winstgevend productieproces. Dezelfde schoorsteen kan echter een gevaar voor de volksgezondheid opleveren die schade kan veroorzaken.

Kwalificeert het handelen waarin de bedrijfsmatige gevaarzetting in besloten ligt als een onrechtmatige gedraging of valt de gebeurtenis onder een van de in de wet neergelegde risicoaansprakelijkheden te brengen, dan

is er rechtens in zoverre geen probleem, dat het recht het slachtoffer geheel of ten dele schadeloosstelt. Het voordeel dat gedaagde heeft gehad van het gevaarzettende handelen speelt dan geen rol en hoeft ook geen rol te spelen.

Maar hoe zit het met een geval, waarin de onderneming van de gedaagde feitelijk profijt getrokken heeft van bepaalde bedrijfsactiviteiten waarin een – niet onrechtmatig – gevaar ligt besloten dat zich uiteindelijk heeft verwezenlijkt? Zijn er omstandigheden denkbaar waarin de verrijking – de behaalde winst – die met gevaarzettend handelen is gerealiseerd, kwalificeert als een ongerechtvaardigde verrijking ten koste van degenen ten opzichte van wie dit gevaar zich heeft verwezenlijkt?

10.6.4.4 Literatuur

In de literatuur is het gevaarzettingsleerstuk zo nu en dan in verband gebracht met het verrijkingsleerstuk.

De Duitse auteur Nils Jansen heeft betoogd, dat het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, een verklaring kan bieden voor verschillende risicoaansprakelijkheden.[106] Het recht laat soms – omwille van het nut – toe dat iemand een gevaar in het leven roept. Het gevolg is dat de een de ander – op een niet wederkerige basis – aan een verhoogd gevaar blootstelt dat zich af en toe zal verwezenlijken. Dit laatste gaat ten koste van de subjectieve rechten van de slachtoffers. Deze lijden schade aan lijf en goed. Dit is, volgens Jansen, een inbreuk op de verdeling van schaarse goederen die het recht beoogt te beschermen. Zouden de slachtoffers die schade zelf moeten dragen, dan zou degene die het privilege heeft om het gevaar in het leven te roepen ongerechtvaardigd worden verrijkt ten koste van de benadeelden, omdat ze wél het voordeel genieten van de gevaarlijke activiteit, terwijl ze de nadelen van die activiteit bij de benadeelden laten liggen. De verschillende risicoaansprakelijkheden gaan, zo bezien, ongerechtvaardigde verrijkingen tegen van degenen die – ten eigen bate – gevaren in het leven roepen ten koste van degenen die de nadelen van de gevaarlijke activiteiten ondervinden. Jansen schrijft:[107]

> 'Privileges to pursue extraordinarily dangerous activities allow for one group of citizens non-reciprocally to endanger the rights of fellow citizens and in this sense to use their goods. This is enrichment on the side of citizens using the privilege – not in the doctrinal sense, of course, but in the sense of a general moral argument underlying private law. Hence, the materialization of the associated risks results in unjustified losses to others. Moreover, the economically calculable benefits derived from the dangerous activity should make it possible for defendants to buy third party liability insurance. Otherwise, the dangerous activity would not even be reasonable from the social utility point of view and, hence, should not be pursued.'

106 Jansen 2014, p. 245-248.
107 Jansen 2014, p. 247.

Jansen brengt aldus de verschillende risicoaansprakelijkheden in verband met het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag verrijkt. Kan een gevaar dat de gedaagde in het leven heeft geroepen aanleiding zijn voor een verrijkings*vordering*? Waarschijnlijk zal Jansen de vraag ontkennend beantwoorden. Het privilege om een gevaar in het leven te roepen is, volgens Jansen, geen verrijking in de doctrinaire zin van het woord. De verrijkings*gedachte* ligt aan de risicoaansprakelijkheden ten grondslag, hij presenteert een risicoaansprakelijkheid niet als een *lex specialis* van de verrijkings*vordering*.

Maar wat als een gevaarlijke activiteit zich heeft vertaald in harde munt?

Behoort aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking voor gevaarlijke activiteiten dan, onder omstandigheden, tot de mogelijkheden? In de Nederlandse literatuur is deze vraag verschillende keren opgeworpen.

Langemeijer is de eerste geweest die de rol heeft verkend die de verrijkingsvordering kan spelen bij negatieve externe effecten van niet-onrechtmatig handelen.[108] Hij werpt de vraag op, of de verrijkingsvordering toepassing kan vinden in gevallen waarbij een onderneming profiteert van niet-onrechtmatige activiteiten die desalniettemin bij anderen schade veroorzaken. Hij noemt gevallen die in het verlengde liggen van hinder, gevallen van opofferingsaansprakelijkheid en het geval waarbij de winst van een bedrijf 'behaald wordt door het in omloop brengen van stoffen en machines, die door hun goedkoopte goede afname vinden, maar door dezelfde eigenschap waaraan die goedkoopte is te danken de buren van de gebruiker of zelfs willekeurige derden aan vermogensschade blootstellen'.[109]

Dit laatste specifieke geval zal thans ondervangen worden door het leerstuk van de productenaansprakelijkheid (artikel 6:185 BW e.v.), zodat de verrijkingsvordering niet nodig zal zijn. Een product dat door zijn 'goedkoopte' schade kan toebrengen zal in de regel een gebrekkig product zijn. Het geval kan echter worden aangepast. Wat te denken bij de verwezenlijking van gevaren die samenhangen met *nieuwe risico's* waar een onderneming een *state of the art*-verweer ten dienste staat? Als een dergelijke nieuwe techniek winst heeft gegeneerd, kan die winst dan een ongerechtvaardigde verrijking constitueren jegens degene ten aanzien van wie het gevaar van dit nieuwe risico zich heeft verwezenlijkt?

Ook Van Boom onderzoekt dit soort vragen. Hij merkt in zijn preadvies op dat het verrijkingsrecht kan bijdragen aan kostenallocatie. 'Aansprakelijkheidsrecht is', zo betoogt hij, 'in rechtseconomische terminologie een manier om (negatieve) externaliteiten te internaliseren, zodat degene die de baten van een activiteit opstrijkt zoveel als mogelijk ook de maatschappelijke kosten ervan draagt, met als beoogd gevolg dat de prijs van de activiteit de werkelijke kosten weerspiegelt.'[110]

---

108 Langemeijer 1969, p. 160-164.
109 Langemeijer 1969, p. 162.
110 Van Boom 2002, p. 132.

Het punt van de kostenallocatie is interessant. Bovendien heeft kostenallocatie niet alleen een economische dimensie (bepaling van de juiste prijs) maar het weerspiegelt ook een belangrijke morele grondgedachte van het aansprakelijkheidsrecht. Degene die van een bepaalde activiteit profiteert, behoort – ten opzichte van degene die buiten de activiteit staat – de eventuele nadelige gevolgen te dragen. Dit profijtbeginsel ligt ten grondslag aan verschillende risicoaansprakelijkheden.

Verschillende voorbeelden in het preadvies van Van Boom kunnen in verband worden gebracht met de gedachte dat de verrijkingsvordering kan helpen bij een rechtvaardige kostenallocatie. Ik kies twee voorbeelden die hij in een ander verband opvoert maar die – in mijn optiek – het meest aansprekend zijn.

Van Boom wijst erop dat in het aansprakelijkheidsrecht een deel van de belangenafweging bestaat uit het afwegen van kosten en baten. Enerzijds kunnen bepaalde activiteiten – ondanks het gevaar dat ermee gepaard gaat – rechtens toelaatbaar zijn vanwege het maatschappelijke nut van die activiteit. Anderzijds kunnen de hoge kosten die aan veiligheidsmaatregelen verbonden zijn een – al dan niet doorslaggevend – argument opleveren tegen de verplichting bepaalde veiligheidsmaatregelen te nemen. Dit is een van de Kelderluik-factoren. Van Boom schrijft:[111]

> 'Een […] kenmerk van aansprakelijkheidsrecht is dat de kosten-baten afweging ertoe leidt dat indien de verrijking van de aansprakelijke door het niet-nemen van voorzorgsmaatregelen (vele malen) groter is dan de te verwachten verarming van de benadeelde, dit een sterke indicatie is tegen aansprakelijkheid. In economisch opzicht is dat een gezonde gevolgtrekking: het zou dan inefficiënt zijn als de latere aansprakelijke zijn verrijkingsvooruitzicht zou opgeven ten gunste van de beperktere winst van de latere benadeelde. Als men die redeneerlijn volgt, komt men op een goed moment tot de vraag of – indien de beslissing om het gevaar niet weg te nemen of te reduceren efficiënt was – de verarmde billijkheidshalve niet toch recht heeft op (een deel van) de aldus gerealiseerde verrijking.'

Van Boom voert voorts een geval op waarin een medicijnfabrikant een preventief geneesmiddel op de markt brengt voor een ernstige ziekte waar een kleine, niet identificeerbare groep gebruikers een allergie voor heeft. Het is een gevaar waar de producent zorgvuldig voor heeft gewaarschuwd. Gelet op de waarschuwing en gelet op het belang dat met het medicijn is gediend, is het goed denkbaar dat het handelen van de medicijnfabrikant niet onrechtmatig is. Van Boom acht het niet uitgesloten dat een slachtoffer – hetzij door de staat, hetzij door de farmaceutische industrie – gecompenseerd behoort te worden, omdat respectievelijk de maatschappij en de farmaceutische industrie van het geneesmiddel heeft geprofiteerd.[112]

111 Van Boom 2002, p. 121.
112 Van Boom 2002, p. 139.

10.6.4.5 Verrijkingsrechtelijke inkadering gevaarzettingsproblematiek

Verrijkingsaansprakelijkheid voor een rechtmatige gevaarzetting laat zich inpassen in het verrijkingsleerstuk zoals dat in dit boek is uitgewerkt. Steeds gaat het om een gedaagde die winst ontleent aan – niet onrechtmatige – gevaarlijke activiteiten, waarvan het gevaar zich verwezenlijkt jegens de gelaedeerde die daardoor schade lijdt. Wordt, zoals in dit boek is bepleit,[113] aanvaard dat artikel 6:212 BW niet is beperkt tot gevallen waarin er sprake is van een daadwerkelijke vermogensverschuiving tussen de eiser en de gedaagde dan is er daarmee dogmatische ruimte om te bezien of er in dit soort gevallen ruimte is voor verrijkingsaansprakelijkheid. Ook hier is het verrijkingsactie ten opzichte van het onrechtmatigedaadsrecht van meerwaarde, omdat de figuur een andere aansprakelijkheidsstructuur heeft dan de onrechtmatige daad.

In het kader van het leerstuk van de onrechtmatige daad gaat het om de vraag of het *gedrag* op basis waarvan het gevaar in het leven is geroepen onrechtmatig was. Jansen schrijft:

> 'Naar de kern beschouwd gaat het in het gevaarzettingsleerstuk om het bevorderen van maatschappelijk verantwoord gedrag. De in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid eist dat men een ander niet blootstelt aan een groter risico dan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs verantwoord is en waarop een normaal mens bedacht moet zijn.'[114]

Was het gedrag van de laedens waardoor het gevaar is ontstaan niet in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid, dan is de laedens – behoudens een wettelijke grond voor risicoaansprakelijkheid – niet aansprakelijk voor de schade van de laedens. In het kader van de onrechtmatige daad wordt de onrechtmatigheid van het gedrag getoetst, niet de rechtmatigheid van de gevolgen van een bepaalde gebeurtenis. In het reguliere aansprakelijkheidsrecht bestaat er dogmatisch gezien geen ruimte om de effectief genoten verrijking van de gedaagde mee te weten bij de vraag of aansprakelijkheid gevestigd moet worden.

Bij de ongerechtvaardigde verrijking kunnen daarentegen tot op zekere hoogte de gevolgen van een bepaalde gebeurtenis wél centraal staan, in die zin dat het met het gevaarzettende handelen behaalde voordeel van de laedens in de beoordeling kan worden betrokken. In het kader van artikel 6:212 lid 1 BW kan de vraag worden gesteld, of de verrijking van de laedens kwalificeert als een ongerechtvaardigde verrijking ten koste van de gelaedeerde, die de nadelige gevolgen heeft ondervonden van de winstgevende activiteiten van de laedens. Een eventuele verrijkingsaansprakelijkheid strekt – anders dan delictuele aansprakelijkheid – vervolgens niet tot de vergoeding van de volledige schade, maar maximaal tot het bedrag waarmee de laedens ongerechtvaardigd is verrijkt.

---

113 Zie: par. 5.4.5-5.4.6.

114 K.J.O. Jansen in: *GS Onrechtmatige daad*, artikel 162 Boek 6 BW, aant. 87.1.2.

Uiteraard is verrijkingsaansprakelijkheid geen automatisme. Omdat de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser in dit soort gevallen níet het gevolg is van een vermogensverschuiving is het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond die de verrijking legitimeert een *noodzakelijke*, maar niet een voldoende voorwaarde voor de conclusie dat de verrijking van de laedens ongerechtvaardigd is. De winst die iemand aan gevaarlijke – maar niet onrechtmatige – activiteiten ontleent, kwalificeert derhalve slechts als een ongerechtvaardigde verrijking, indien er bijzondere omstandigheden zijn, die de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser ongerechtvaardigd doen zijn. Het uitgangspunt is dus, dat de verrijking die de laedens aan zijn gevaarzettende handelen ontleent, niet kwalificeert als een ongerechtvaardigde verrijking ten koste van de gelaedeerde.

Ditzelfde punt kan ook worden beredeneerd vanuit het reguliere delictuele aansprakelijkheidsrecht. Als het handelen van de laedens, waarmee hij een gevaar in het leven geroepen heeft, niet onrechtmatig was en er verder geen risicoaansprakelijkheid voorhanden is op basis waarvan hij aansprakelijk is, dan is hij krachtens de normale regels van het aansprakelijkheidsrecht niet schadeplichtig. Het ligt van hieruit voor de hand dat er bijzondere omstandigheden moeten zijn om aan te nemen dat hij wél aansprakelijk is op grond van ongerechtvaardigde verrijking voor een eventuele verrijking die hij aan de gevaarlijke activiteit heeft ontleend.

Wanneer zijn die bijzondere omstandigheden aanwezig? Dit kan in mijn optiek het geval zijn, als de omstandigheid dat de gedaagde door het gevaarzettende handelen is verrijkt, maakt dat de premisse van het reguliere aansprakelijkheidsrecht, dat de gelaedeerde – bij ontstentenis van onrechtmatig handelen van de laedens of een wettelijke grond voor risicoaansprakelijkheid – zijn eigen schade *behoort* te dragen niet meer aanspreekt. Wordt in een concreet geval verrijkingsaansprakelijkheid voor gevaarzettend handelen aanvaard, dan doet de verrijking van de laedens als het ware de delictuele belangenafweging omslaan richting aansprakelijkheid van de laedens.

De verrijking zal in mijn optiek met name een ongerechtvaardigd karakter kunnen hebben, als kan worden gezegd dat de schade van de gelaedeerde kan worden gezien als kosten die aan de gevaarlijke activiteiten van de laedens behoren te worden toegerekend en die als zodanig ten laste van de winst – de verrijking – behoren te worden gebracht. Aldus sluit het aan bij het verrijkingsrechtelijke principe, dat iemand 'eigen' schade of kosten niet op anderen mag afwentelen.[115] Aangesloten wordt ook bij de visie van Van Boom dat verrijkingsaansprakelijkheid kan dienen als middel tot kostenallocatie.[116]

Dit verrijkingsrechtelijke principe wordt, zoals eerder is betoogd, gereflecteerd in een combinatie van de gevaartheorie en de profijttheorie.[117] Hij die van gevaarlijk handelen de lusten heeft moet ook de lasten dragen. Het

115 Zie: par. 2.9.
116 Zie par. 10.6.4.4.
117 Zie par. 2.9.2. en par. 10.6.4.3.

profijt is bij een eventuele verrijkingsrechtelijke aansprakelijkheid voor een rechtmatige gevaarzetting echter niet – zoals bij verschillende risicoaansprakelijkheden – abstract (zoals het genot van een roerende zaak, opstal of dier) maar concreet. De laedens kan slechts aansprakelijk zijn voor de schade van de gelaedeerde tot maximaal het bedrag waarmee hij *ongerechtvaardigd is verrijkt*. In zoverre sluit het ook aan bij de gedachte dat draagkracht van invloed kan zijn bij de beantwoording van de vraag op wie de aansprakelijkheid behoort te rusten.

Een dwarsverband kan evenzeer worden gelegd met de aansprakelijkheid van de overheid voor een rechtmatige daad.[118] Het maatschappelijke belang legitimeert bepaald overheidsoptreden, zolang de overheid de schade vergoed van ondernemingen zodra de schade uitstijgt boven het normale bedrijfsrisico.[119] Het centrale – wat abstracte – 'maatschappelijke belang' bij overheidsaansprakelijkheid, wordt bij private verrijkingsaansprakelijkheid voor een rechtmatige gevaarzetting vervangen door de eis dat de laedens door het gevaarzettende handelen – concreet – is verrijkt. Die verrijking is tevens de limiet van de aansprakelijkheid.

10.6.4.6 Nadere uitwerking

Wanneer kan de schade, zoals opgelopen door de gelaedeerde, worden gezien als 'kosten' die ten laste van de winst van de gelaedeerde gebracht behoren te worden? Het zal – als elders in het aansprakelijkheidsrecht – neerkomen op een waardering van de omstandigheden van het geval. Harde regels kunnen niet worden gegeven, net zomin als de maatschappelijke betamelijkheid in concrete – voor toepassing gereedliggende – regels kan worden gevangen. Wel kan door een analyse van verschillende casusposities globaal worden aangegeven, wanneer verrijkingsaansprakelijkheid voor een rechtmatige gevaarzetting in zicht zou kunnen komen en wanneer dit juist niet het geval zal zijn.

Het uitgangspunt is dus, zoals we hebben gezien, dat degene die voordeel ontleent aan niet onrechtmatige activiteiten niet ongerechtvaardigd is verrijkt jegens degene die het slachtoffer is geworden van de verwezenlijking van de aan de activiteiten verbonden gevaren. Een voorbeeld. De gedaagde exploiteert een winstgevend circus. Door een onverwachte orkaanstoot valt de tent om waardoor verschillende personen schade lijden. Niet gezegd kan worden dat een deel van de winst van het circus kan worden gezien als een ongerechtvaardigde verrijking ten koste van de slachtoffers.

---

118 Het verrijkingsleerstuk is vaker in verband gebracht met de rechtmatige overheidsdaad. Zie: Van Boom 2002, p. 138.

119 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/345. Zie bijvoorbeeld: HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC4031, *NJ* 1992/638, m.nt. C.J.H. Brunner (Leffers/Staat); HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, *NJ* 2003/615, m.nt. M.Scheltema (Staat/Lavrijssen).

Deze conclusie kan langs twee wegen worden bereikt. Enerzijds kan niet worden gezegd dat de schade gezien kan worden als typische schade die bij het drijven van een circus hoort. In dit voorbeeld is het vooral het noodlot dat heeft toegeslagen. Hier is het een circustent die omgewaaid is, elders zijn het losgewaaide dakpannen. Anderzijds kan worden betoogd dat het verband tussen de winst van de laedens – de onderneming die het circus drijft – en de schade van de gelaedeerde te ver van elkaar verwijderd zijn om het voordeel van de circusexploitant ongerechtvaardigd te doen zijn. Hoe losser het verband tussen de verrijking van de laedens en de schade van de gelaedeerde des te minder snel zal er sprake zijn van een *ongerechtvaardigde* verrijking.

Er zijn tenminste twee typen gevallen waarbij in het bijzonder aan aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking kan worden gedacht.

(i) In de eerste plaats heb ik het oog op de verwezenlijking van onbekende risico's van nieuwe(re) technieken.[120] De laedens gebruikt een nieuwe techniek die winstgevend is gebleken. Hierbij verwezenlijkt zich een naar wetenschappelijke maatstaven *onbekend* gevaar, waardoor de gelaedeerde schade lijdt. Het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt blijkt een bijzonder gevaar te zijn dat nauw met de nieuwe techniek is verweven.

Als de laedens het gevaar niet kende en ook niet behoorde te kennen zal hij niet aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad voor de ingetreden schade.[121] In dat geval heeft hij geen schuld aan het ontstaan van de schade en dan past het niet dat hij aansprakelijk is voor de volledige schade als het onbekende gevaar zich verwezenlijkt. De afweging tussen de vrijheid van handelen en het principe dat men anderen geen schade moet berokkenen valt dan in het voordeel van de vrijheid uit.

Het kan echter zo zijn, dat dezelfde activiteiten die de schade hebben veroorzaakt winstgevend zijn geweest en dat deze winst niet mogelijk zou zijn geweest als het voor de laedens kenbaar zou zijn geweest dat de activiteiten gevaarlijk waren (omdat de gevaarzettende activiteit in het laatste geval – als de laedens het gevaar zou kennen of behoren te kennen – zou kwalificeren als een toerekenbare onrechtmatige daad). Verwezenlijkt zich een onbekend gevaar dat nauw gerelateerd is aan winstgevende bedrijfsactiviteiten, dan ontstaat de situatie dat de laedens op basis van de beginselen van het reguliere delictuele aansprakelijkheidsrecht niet aansprakelijk is, terwijl hij er wél beter van geworden is. In zeker opzicht profiteert de laedens dan van het feit dat hij geen kennis draagt van het risico.

120 Er wordt ter bestrijding van bepaalde nieuwe risico's gedacht aan toepassing van het voorzorgsbeginsel in het aansprakelijkheidsrecht. Zie bijvoorbeeld: E.R. de Jong, *Voorzorgsverplichtingen. Over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling voor onzekere risico's* (Diss. Utrecht), Den Haag: Boom 2016. Kritisch over een dergelijke benadering: Jansen 2012, p. 375-378.

121 Zie K.J.O. Jansen in: *GS Onrechtmatige daad*, commentaar op art. 6:162 BW, aant. 6.3.8.1.

Hierin zou een ongerechtvaardigde verrijking van de laedens ten koste van de gelaedeerde kunnen worden gezien. In gevallen waarin het gevaar dusdanig ernstig is dat hij wel aansprakelijk zou zijn geweest wanneer hij het gevaar zou hebben gekend of zou hebben behoren te kennen, zou betoogd kunnen worden dat de laedens ongerechtvaardigd is verrijkt tot maximaal de winst die hij mét de kennis van het gevaar niet zou hebben kunnen maken vanwege de dan geldende aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 lid 2 BW. Als bij nieuwe technieken onverwachte gevaren intreden dan zou de daaruit voortvloeiende schade als kostenpost gezien kunnen worden, die ten laste behoort te komen van degene die het gevaar in het leven geroepen heeft. Dit geldt des te sterker voor de verrijking die is gelegen in de besparing van de kosten van de voorzorgsmaatregelen die de laedens zou hebben moeten maken, als hij het gevaar zou hebben gekend.[122] Zijn die kosten niet ten laste van de winst gebracht dan moet hier – in mijn optiek – een ongerechtvaardigde verrijking van de laedens ten koste van de gelaedeerde worden gezien.

Het voordeel dat de exploitant van nieuwe, achteraf – te – risicovolle activiteiten heeft genoten, kan in deze visie de balans doen omslaan van geen aansprakelijkheid naar verrijkingsaansprakelijkheid. Het risico van de verwezenlijking van een onbekend gevaar van een nieuwe techniek, wordt – afhankelijk van de omvang van de verrijking – geheel of ten dele verschoven van de gelaedeerde die normaal gesproken zijn eigen levensrisico behoort te dragen, naar de laedens voor zover hij de vruchten van de techniek genoten heeft in de vorm van tastbare winst. De schadevergoedingsplicht is daarmee gemaximeerd tot de verrijking. Deze beperking die inherent is aan artikel 6:212 lid 1 BW past bij de omstandigheid dat de laedens in het geval als dit geen schuld heeft.

Tot nu ging het om onbekende risico's van nieuwe technieken. Gaat het voorgaande ook op voor onbekende risico's van reguliere technieken? Een verrijkingsaanspraak voor nieuwe risico's van gebruikelijke, conventionele technieken is in mijn optiek minder aansprekend naarmate de techniek meer is ingeburgerd.

De gevaartheorie wijst in dat geval in mindere mate richting aansprakelijkheid omdat de laedens zich dan niet op een nieuw gebied heeft begeven om winstgevend te zijn. In dat geval gaat het eerder om de verwezenlijking van een maatschappelijk risico – gelet op het feit dat het om een reguliere techniek gaat – dan dat het om kosten gaat die gezien kunnen worden als behorend bij de specifieke bedrijfsactiviteiten van de gedaagde laedens. Als, bijvoorbeeld – geheel onverwacht – wol, net als asbest, kankerverwekkend blijkt te zijn, dan zal de winst van wolproducenten niet kwalificeren als een ongerechtvaardigde verrijking ten koste van de slachtoffers jegens wie het gevaar van wol zich heeft verwezenlijkt. Met het gebruik van wol begeeft de ondernemer zich op een platgetreden pad. Verwezenlijkt zich een dergelijk

122 Vgl. Van Boom 2002, p. 112.

risico dan gaat het daarom eerder om een maatschappelijk risico, dan dat het gaat om risico's die verbonden zijn aan specifieke bedrijfsactiviteiten.

Aanvaardt men het voorgaande, dan zal afgewogen moeten worden of de activiteit dusdanig nieuw was dat de eraan verbonden onbekende gevaren tot het risico van de ondernemer behoren of dat de techniek dusdanig wijdverbreid is dat eerder gezegd moet worden dat het tot het risico van de maatschappij als geheel behoort.

(ii) Een tweede type geval waarbij aan aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking kan worden gedacht, is dat waarin de bedrijfsactiviteiten van de gedaagde een zeer gering maar voortdurend, nauw met de activiteiten verbonden gevaar in het leven roepen, waarbij het gevaar zo klein is, dat het in het leven roepen van het gevaar als zodanig niet in strijd is met de maatschappelijke betamelijkheid. Roepen bepaalde bedrijfsactiviteiten bij voortduring – of in ieder geval structureel – dergelijke kleine gevaren in het leven, dan kan de wet van de grote getallen met zich brengen dat het gevaar zich – in de loop van een kortere of langere tijd – een of meerdere keren zal verwezenlijken.

Verwezenlijkt zich een klein – en daardoor niet onrechtmatig – gevaar zich, dan zou de schade van de gelaedeerde gezien kunnen worden als kosten die verbonden zijn aan de gevaarlijke activiteit. Voor zover die kosten niet in mindering van de winst zijn gebracht, zou de winst gezien kunnen worden als een ongerechtvaardigde verrijking van de laedens ten koste van de gelaedeerde. Gelet op het feit dat de laedens het gevaar in het leven heeft gebracht en de laedens van de gevaarlijke activiteiten heeft geprofiteerd – in de vorm van nettowinst – is het niet aansprekend om de schadelijke gevolgen van de activiteit tot het normale risico van de gelaedeerde te rekenen. In de verhouding laedens-gelaedeerde is het in mijn optiek de laedens die in ieder geval tot het bedrag van de winst aansprakelijk behoort te zijn. Het argument voor verrijkingsaansprakelijkheid is sterker, naarmate de wet van de grote getallen de verwezenlijking van het gevaar waarschijnlijker maken.

10.6.4.7 Begrenzingen

Er doemt echter een probleem op. Als van bepaalde schadelijke gevolgen gezegd zou kunnen worden dat het kosten zijn die de laedens behoort te dragen, dan lijkt er reeds op die grond een verrijking te zijn, óók als de laedens geen winst maakt. Een besparing kwalificeert immers óók als een verrijking.[123] Verdedigbaar is inderdaad dat de laedens wordt verrijkt als een ander de nadelige gevolgen draagt van een bepaalde activiteit, óók als de activiteit verliesgevend blijkt te zijn. Echter, bestaat de verrijking uit een blote besparing, zonder dat die besparing is gematerialiseerd in harde winst, dan zou ik menen dat die verrijking in zoverre níet ongerechtvaardigd is. Als de laedens met het inroepen van het gevaar niet onrechtmatig heeft

123 Zie: par. 5.2.4.5.

gehandeld in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW en als het geval niet valt onder een van de wettelijke risicoaansprakelijkheden, dan behoort de laedens niet schadeplichtig te zijn en behoort te gelaedeerde zijn schade zelf te dragen. Er is dan geen vermogensvermeerdering aan de kant van de laedens – geen tastbaar profijt – die de balans doet omslaan bij de afweging van de belangen van de laedens en de gelaedeerde.

Afgezien van deze nuance biedt artikel 6:212 lid 1 BW verschillende veiligheidskleppen om onaanvaardbare – te vergaande – delictuele verrijkingsaanspraken te vermijden. Enerzijds kan de laedens een beroep doen op een eventuele vermindering van de verrijking op de voet van artikel 6:212 lid 2 en 3 BW. Als de winst – die de laedens heeft gezien als vrij en beschikbaar vermogen – met weinig succes is geherinvesteerd, dan kan dit reden zijn dit als een relevante vermindering van de verrijking aan te merken. Anderzijds kan het redelijkheidsvereiste geheel of ten dele aan verrijkingsaansprakelijkheid in de weg staan. Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, kan worden doorkruist door andere vermogensrechtelijke overwegingen.[124] Bedacht moet namelijk worden, dat de winst van een onderneming noodzakelijk is voor de groei en de continuïteit van de onderneming.[125] De gedachte die tot uitdrukking komt in artikel 6:109 BW (inzake rechterlijke matiging) zou daarom met een zekere intensiteit tot uitdrukking kunnen komen in het kader van de redelijkheidstoets.[126] Het belang van de redelijkheidstoets is in het geval van delictuele verrijkingsaansprakelijkheid voor een rechtmatige gevaarzetting geen overbodige luxe omdat het gaat om een aansprakelijkheid die buiten de orde van het reguliere delictuele aansprakelijkheidsrecht ligt.

10.7 Slotsom

In dit hoofdstuk is uiteengezet dat de verrijkingsvordering het onrechtmatigedaadsrecht kan aanvullen, indien er een geval aan de orde is waar er 'net' geen sprake is van een toerekenbare onrechtmatige daad. Aldus gaat het om een verrijkingsrechtelijke schil om het delictuele aansprakelijkheidsrecht waar mogelijk verrijkingsaanspraken kunnen liggen. De verrijkingsvordering zou daarmee tevens het aansprakelijkheidsrecht kunnen verfijnen, doordat de verrijkingsvordering een middenweg kan wijzen tussen aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad en géén aansprakelijkheid. In dit hoofdstuk is een aanzet gegeven voor een aanvullend verrijkingsrechtelijk perspectief op het delictuele aansprakelijkheidsrecht.

---

124 Zie hoofdstuk 7.

125 Een vriend – T.J. de Jong, auteur van het fraaie 'De zijnsgesteldheid van het recht. Over rechtsbegrip en de verantwoordelijkheid van de rechtsbeoefenaar', *AA* 2016/6, p. 425-434 – wees mij op dit argument.

126 Zie par. 5.3.10.

Deel 4

Slot

11 Conclusie

11.1 Inleiding

In dit boek staat de vraag centraal, wat de plaats van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking in het grotere geheel van het vermogensrecht is en wat dit betekent voor de wijze waarop artikel 6:212 lid 1 BW moet worden toegepast.[1] Gezocht is naar een manier om de vereisten zodanig in te vullen en te structureren dat in principe alle typen verrijkingsgevallen op een zinnige wijze kunnen worden geanalyseerd. Bezien is daarbij hoe de verrijkingsgedachte kan worden geïntegreerd in het – voornamelijk gedragsgeoriënteerde – verbintenissenrechtelijke denken. De beschouwingen voerden langs vier vragen:[2]

1. Wat houdt het beginsel in, dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt en hoe komt dit beginsel tot uitdrukking in het systeem van het vermogensrecht? (par. 11.2).
2. Wat is de plaats en de taak van de algemene verrijkingsactie in het systeem van het vermogensrecht? Wat is de meerwaarde van de verrijkingsvordering ten opzichte van andere regels en leerstukken waarin het verrijkingsbeginsel een rol van betekenis speelt of kan spelen? (par. 11.3).
3. Wat brengt de plaats en taak van de algemene verrijkingsactie mee voor de wijze waarop de afzonderlijke in artikel 6:212 lid 1 BW neergelegde vereisten moeten worden uitgelegd en uitgewerkt? (par. 11.4-11.6).
4. Wat kan de algemene verrijkingsactie toevoegen aan respectievelijk het overeenkomstenrecht en het onrechtmatigedaadsrecht? (par. 11.6-11.7).

11.2 Het verrijkingsbeginsel

Ongerechtvaardigde verrijking als zelfstandige bron van verbintenissen moet scherp worden onderscheiden van het algemene beginsel, dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt.[3] Om de plaats van de verrijkings*vordering* in het vermogensrecht te bepalen is in het eerste deel onderzocht wat de inhoud van het verrijkings*beginsel* is en

1 Zie par. 1.2.
2 Zie par. 1.2.
3 Zie par. 2.3.

hoe dit beginsel tot uitdrukking komt en kán komen in het algehele systeem van het vermogensrecht. De exercitie is bovendien ondernomen om inspiratie op te doen voor de wijze waarop de aan artikel 6:212 lid 1 BW gestelde toepassingsvereisten moeten worden uitgelegd.

Uiteengezet is dat het verrijkingsbeginsel één van de vermogensrechtelijke beginselen is en dat dit beginsel als zodanig door een ander beginsel kan worden doorkruist.[4] Bovendien heeft het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt een open karakter.[5] Het beginsel zegt dát ongerechtvaardigde verrijkingen moeten worden tegengegaan, niet wát een ongerechtvaardigde verrijking is. Het open karakter van het verrijkingsbeginsel maakt, dat het geheel verschillende waardensystemen kan absorberen.[6]

Betoogd is, dat het beginsel pas inhoud en reliëf krijgt als het in verbinding wordt gebracht met concrete vermogensrechtelijke uitgangspunten.[7] In de eerste plaats kan het beginsel in verband worden gebracht met het vermogensrechtelijke uitgangspunt dat het vermogen iets is dat aan de rechthebbende *toebehoort*.[8] Omdat een vermogensrecht aan de rechthebbende toebehoort, behoeft een vermogensverschuiving een rechtvaardigingsgrond. Krijgt de gedaagde zonder daartoe strekkende rechtvaardigingsgrond een vermogensbestanddeel in handen dat afkomstig is van de eiser, dan is de gedaagde ten koste van de eiser ongerechtvaardigd verrijkt. De *sine causa*-formule ligt ten grondslag aan verschillende vermogensrechtelijke leerstukken zoals de onverschuldigde betaling.[9]

Wordt, in de tweede plaats, het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt in verband gebracht met gedragsnormen, dan tekent zich het principe af, dat niemand ten koste van een ander mag profiteren van zijn onereuze gedrag.[10] Enerzijds zijn er regels en leerstukken die zich rechtstreeks met dit principe in verband laten brengen.[11] Anderzijds kan het principe dat niemand mag profiteren van zijn onereuze gedrag een gezichtspunt zijn in de vermogensrechtelijke rechtsvinding.[12] Bovendien kan het verrijkingsbeginsel aan bepaalde gedragsnormen ten grondslag liggen zodat het principe in die gedragsnormen tot zijn recht komt.[13]

In de derde plaats kan het verrijkingsbeginsel in verband worden gebracht met het uitgangspunt dat eenieder zijn eigen schade behoort te dragen.[14]

---

4 Zie par. 2.3.2. en Hoofdstuk 7.
5 Zie par. 2.4.1.
6 Zie par. 2.4.2.
7 Zie par. 2.5.-2.10.
8 Zie par. 2.6.
9 Zie par. 2.6.1-2.6.3.
10 Zie par. 2.8.
11 Zie par. 2.8.2.
12 Zie par. 2.8.4.-2.8.5.
13 Zie par. 2.8.3. 2e alinea en par. 2.8.6.
14 Zie par. 2.9.

Vat men dit uitgangspunt normatief op, en wordt het in verband gebracht met het verrijkingsbeginsel, dan treedt er een ongerechtvaardigde verrijking in, als de eiser schade lijdt waarvan gezegd kan worden dat die tot de sfeer van de gedaagde behoort. De figuur van de zaakwaarneming,[15] verschillende risicoaansprakelijkheden[16] en aansprakelijkheid voor rechtmatige overheidsdaad[17] laten zich onder dit principe scharen.

Ten slotte kan het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijkingen moeten worden tegengegaan in verband worden gebracht met de redelijkheid en billijkheid.[18] In het economische verkeer vinden er op ieder moment talloze verrijkingen en verarmingen plaats waar niets mis mee is. Het kan echter voorkomen dat iemand wordt verrijkt ten koste van een ander op een manier die buiten de normale gang van zaken ligt. Dit is niet automatisch een ongerechtvaardigde verrijking. Het is wel reden om die verrijking met een kritisch oog te bezien. Deze kritische blik wordt ingegeven door de redelijkheid en billijkheid op grond waarvan rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval en het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijkingen moeten worden tegengegaan.

De verschillende concepties van het verrijkingsbeginsel komen op verschillende manieren tot uitdrukking in verschillende vermogensrechtelijke regels.[19] Het verrijkingsbeginsel kan de grondslag van een rechtsregel zijn. Het principe dat een vermogensverschuiving een rechtvaardigingsgrond behoeft ligt, bijvoorbeeld, ten grondslag aan het leerstuk van de onverschuldigde betaling.[20] Het verrijkingsbeginsel kan ook één van meerdere beginselen zijn die aan een bepaalde regel ten grondslag liggen. Het wilsgebrek bedrog, bijvoorbeeld, is een uitdrukking van het principe dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag.[21] Tegelijkertijd laat bedrog zich verklaren als een loot aan de stam van de wilsvertrouwensleer.

Het verrijkingsbeginsel kan ook op een meer abstracte wijze aan een leerstuk ten grondslag liggen. Bij de risicoaansprakelijkheden springt de gedachte dat ongerechtvaardigde verrijkingen moeten worden tegengegaan niet direct in het oog.[22] Toch laten de risicoaansprakelijkheden zich in verband brengen met het verrijkingsbeginsel. Het voorkomt dat degene die van bepaalde activiteiten profiteren de nadelige gevolgen op buitenstaanders afwentelen.

Ten slotte kan het verrijkingsbeginsel een rol spelen als gezichtspunt in de vermogensrechtelijke rechtsvinding.[23]

---

15 Zie par. 2.9.1.
16 Zie par. 2.9.2.
17 Zie par. 2.9.3.
18 Zie par. 2.10.
19 Zie par. 2.3.1.
20 Zie par. 2.6.1.
21 Zie par. 2.8.2.
22 Zie par. 2.9.2.
23 Zie met name: par. 2.3.1., par. 2.8.4-2.8.5., par. 2.10.4.

11.3 De algemene verrijkingsactie

11.3.1 Grondslag

De algemene verrijkingsactie is te beschouwen als één van de uitwerkingen van het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt.[24] Het is echter een bijzondere uitwerking. Anders dan de meeste andere regels waarin het verrijkingsbeginsel is verdisconteerd, is de algemene verrijkingsactie niet méér bepaald dan het algemene beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt. Artikel 6:212 lid 1 BW draagt geen nadere criteria in zich waarmee kan worden bepaald onder welke omstandigheden de gedaagde ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de eiser. Met de algemene verrijkingsactie heeft de wetgever een grondslag in het leven geroepen om verrijkingsgevallen tot een oplossing te brengen waarin niet door het overige vermogensrecht is voorzien. De algemene verrijkingsactie is daarom ook wel gekenschetst als sluitstuk of de afronding van het systeem van het vermogensrecht.

Aan de verrijkingsactie ligt dus het verrijkingsbeginsel ten grondslag. De verschillende concepties van het verrijkingsbeginsel kunnen daarom alle een rol spelen bij de toepassing van de algemene verrijkingsactie. Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt dwingt echter niet tot de opname van een algemene verrijkingsactie in het Burgerlijk Wetboek.[25] De wetgever had het heel wel bij bijzondere verrijkingsrechtelijk gekleurde regels kunnen laten. De wetgever heeft verschillende belangrijke verrijkingsrechtelijke onderwerpen – denk aan de onverschuldigde betaling en verschillende regels van regres – apart geregeld. Het reguliere vermogensrecht heeft bovendien aardig wat spankracht om ongerechtvaardigde verrijkingen te voorkomen of ongedaan te maken. Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt kan, bijvoorbeeld, een rol spelen bij de invulling van open normen.

De algemene verrijkingsactie heeft dan ook – naast het verrijkingsbeginsel – een tweede grondslag: de redelijkheid en billijkheid.[26] De algemene verrijkingsactie kan gezien worden als de uitdrukking van de gedachte dat het vermogensrecht bij de oplossing van concrete gevallen zoveel mogelijk tot aanvaardbare resultaten behoort te komen. De algemene verrijkingsactie voorkomt het bestaan van verrijkingsrechtelijke leemten. In zoverre past de algemene verrijkingsactie in een vermogensrechtelijk systeem waarin open normen een belangrijke plaats innemen om ook onvoorziene vermogensrechtelijke conflicten op een aanvaardbare – aansprekende – wijze op te lossen.

24 Zie par. 3.2.
25 Zie par. 3.3.
26 Zie par. 3.3.2.

De algemene verrijkingsactie heeft dus een dubbele grondslag.[27] Enerzijds berust de verrijkingsvordering op het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijkingen moeten worden tegengegaan, anderzijds berust het bestaan van de verrijkingsvordering op de redelijkheid en billijkheid en het streven om ook onvoorziene gevallen tot een aanvaardbare oplossing te brengen.

11.3.2 Functie

Daarmee is de functie van de algemene verrijkingsactie goeddeels gegeven. De algemene verrijkingsactie beoogt het systeem van het vermogensrecht aan te vullen, de bepaling biedt een grondslag om recht te doen in verrijkingsgevallen waarin niet is voorzien.[28] Vanuit een microperspectief wordt daarmee de *Einzelfallgerechtigkeit* gediend omdat de algemene verrijkingsactie het mogelijk maakt, om rekening te houden met de bijzondere omstandigheden van het geval.

De aanvullende functie kan echter evenzeer worden bezien vanuit een macroperspectief. Komt een bepaald verrijkingsgeval geregeld voor, dan kan de algemene verrijkingsactie de ruimte bieden voor een structurele oplossing die vervolgens deel uitmaakt van het systeem van het vermogensrecht. Met de algemene verrijkingsactie kan het systeem van het vermogensrecht worden uitgebouwd en verfijnd. Nieuwe ontwikkelingen in het recht of de maatschappij kunnen doorwerken in het verrijkingsrecht. Deze kant van de aanvullende functie staat in de literatuur bekend als de systematische functie van de verrijkingsvordering.[29] Deze functie heeft ook invloed op andere leerstukken. Doordat de algemene verrijkingsactie het systeem van het vermogensrecht kan aanvullen, hoeft het overige vermogensrecht niet rekkelijk te worden opgevat om ongerechtvaardigde verrijkingen te voorkomen.[30] Ook deze ventielfunctie staat in een rechtstreeks verband met de aanvullende functie van de verrijkingsactie.

Ook de andere kernfuncties van de algemene verrijkingsactie zijn op de aanvullende functie terug te voeren. De verrijkingsactie kan de gevolgen van een bepaalde regels corrigeren (dit wordt wel de corrigerende functie genoemd) doordat artikel 6:212 lid 1 BW het systeem van het vermogensrecht aanvult met een verrijkingsaanspraak.[31] Voorts kan de verrijkingsactie fungeren als een sanctie op *unclean hands* doordat de verrijkingsactie het mogelijk maakt dat er in aanvulling op het onrechtmatigedaadsrecht verrijkingsaanspraken kunnen ontstaan vanwege onzuiver (maar niet noodzakelijkerwijs onrechtmatig) gedrag.[32] Naast deze quasi delictuele functie is er een op de aanvullende functie geënte quasi contractuele functie onderscheiden.

---

27 Zie par. 3.3.3.
28 Zie par. 3.4.3.
29 Zie par. 3.4.5.
30 Zie par. 3.4.6.
31 Zie par. 3.4.4.
32 Zie par. 3.4.7. en hoofdstuk 10.

11.3.3 De aanvullende kracht van de verrijkingsactie

De algemene verrijkingsactie heeft vier eigenschappen die tezamen maken dat artikel 6:212 lid 1 BW het systeem van het vermogensrecht kan aanvullen.[33] De algemene verrijkingsactie is, in de eerste plaats, niet beperkt tot één gevalstype. In de tweede plaats is de maatstaf onbepaald; de algemene verrijkingsactie is, als gezegd, niet meer bepaald dan het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt. In de derde plaats komt in artikel 6:212 lid 1 BW tot uitdrukking dat het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt niet het enige beginsel is dat gewicht in de schaal kan leggen; dankzij de redelijkheidstoets kan de rechter gewicht toekennen aan overwegingen die in het concrete geval pleiten tegen verrijkingsaansprakelijkheid. In de vierde plaats heeft de rechter, ten slotte, de mogelijkheid om de verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis – binnen de grenzen van de verrijking en de schade – op de juiste maat te snijden. Verrijkingsaansprakelijkheid ontstaat *voor zover* dit redelijk is. Bovendien is schadevergoeding in natura op de voet van artikel 6:103 BW mogelijk, zelfs als partijen daar geen beroep op doen.

11.4 Verrijkingsrechtelijke rechtsvinding

Het open karakter van de algemene verrijkingsactie maakt, dat steeds wanneer iemand is verrijkt ten koste van een ander de vraag kan worden gesteld of de verrijking ongerechtvaardigd is, en zo ja, of en in hoeverre het aannemen van aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking redelijk is. Dankzij het open karakter van de verrijkingsvordering kan de actie het systeem van het vermogensrecht aanvullen. Tegelijkertijd brengt het open karakter van de verrijkingsvordering het gevaar met zich, dat het systeem van het vermogensrecht door de toepassing van de verrijkingsactie wordt doorkruist, dat het bestaan van de algemene verrijkingsactie ten koste kan gaan van de rechtszekerheid en dat ongerechtvaardigde verrijking als zelfstandige bron van verbintenissen kan leiden tot rechterlijke willekeur.[34]

Dit doet de vraag rijzen hoe de rechtsvinder de algemene verrijkingsactie tegemoet moet treden. Een belangrijke vuistregel is dat artikel 6:212 lid 1 BW zoveel als mogelijk op een systematische wijze moet worden geïnterpreteerd.[35] Het systeem van het vermogensrecht moet, in de woorden van Schoordijk, worden afgetast. Oplossingen moeten worden aanvaard die in het verlengde liggen van het systeem van het vermogensrecht. De verschillende verrijkingsrechtelijke concepties die besloten liggen in verschillende

33 Zie par. 3.5.2.
34 Zie par. 4.2, i.h.b. par. 4.2.2.
35 Zie par. 4.3.4.

vermogensrechtelijke regels moeten naar ongeregelde verrijkingsgevallen worden doorgetrokken.

Dat de systematische interpretatiemethode van groot belang is, neemt echter niet weg dat argumenten die zijn gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid ook een rol kunnen spelen.[36] De redelijkheid en billijkheid is een van de bestaansredenen van de algemene verrijkingsactie; de aanvullende functie is erop gebaseerd. De redelijkheid en billijkheid neemt voorts een belangrijke plaats in het systeem van het vermogensrecht in. Tussen het systeem van het vermogensrecht aan de ene kant en de redelijkheid en billijkheid aan de andere kant bestaat er bovendien een subtiele wisselwerking.[37] De redelijkheid en billijkheid zal in de eerste plaats namelijk eisen dat de verrijkingsactie wordt toegepast op een manier die past in het stelsel van de wet en aansluit bij wel in de wet geregelde gevallen omdat eenieder zijn gedrag afstemt op het recht.[38] Pas als de wet geen duidelijke richting geeft, of als de wet tot onaanvaardbare consequenties leidt of dreigt te leiden, komen billijkheidsargumenten in beeld. Bij de toepassing van de algemene verrijkingsactie vormt het systeem van het vermogensrecht het vertrekpunt; afwijking van het systeem kan slechts op basis van goede argumenten. Van een echte tegenstelling tussen het systeem van het vermogensrecht aan de 'ene kant' en de billijkheid 'aan de andere kant' is dan ook geen sprake.

11.5 De vereisten

11.5.1 Twee groepen vereisten

Er is uiteengezet dat de vereisten in twee groepen verdeeld kunnen worden.[39] Het verrijkingsvereiste, het schadevereiste en het vereiste van causaal verband tussen de verrijking en de schade vormen de eerste groep en bepalen tezamen het potentiële, feitelijke toepassingsbereik van de algemene verrijkingsvordering. Deze vereisten moeten, omwille van de aanvullende functie van de verrijkingsactie, ruimhartig worden uitgelegd zodat potentiële verrijkingsgevallen niet onnodig van het verrijkingsleerstuk worden uitgesloten. Daarbij moet worden bedacht dat het neutrale vereisten zijn: is iemand verrijkt ten koste van de eiser dan is daarmee de aansprakelijkheid allerminst gegeven. Of aansprakelijkheid kan worden aangenomen hangt af van de tweede groep vereisten. Voor aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking is vereist dat de verrijking ten koste van de eiser *ongerechtvaardigd* is. Bovendien ontstaat verrijkingsaansprakelijkheid slechts *voor zover dit redelijk is*.

---

36 Zie par. 4.3.5.
37 Zie par. 4.3.5.1.
38 Zie par. 4.3.5.2.
39 Zie par. 4.4.2.

Het zwaartepunt van het verrijkingsleerstuk behoort bij het ongerechtvaardigdheidsvereiste en het redelijkheidsvereiste te liggen. Daarbij wordt het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt belichaamd door het ongerechtvaardigdheidsvereiste. Andere vermogensrechtelijke beginselen en andere overwegingen kunnen een rol spelen bij de redelijkheidstoets. In dit opzicht kan het redelijkheidsvereiste worden gezien als de tegenhanger van het ongerechtvaardigdheidsvereiste. Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt staat niet altijd bovenaan de vermogensrechtelijke agenda.

11.5.2 Verrijking

Het ingangsvereiste van artikel 6:212 BW is dat de gedaagde is verrijkt. Bij de aanvullende functie van de verrijkingsvordering past dat het vereiste ruimhartig wordt opgevat.[40] Dit is in de rechtspraak ook gedaan in die zin, dat de overgang van een klantenbestand als verrijking is aangemerkt en dat de verbouwing van een huis ook een verrijking met zich mee kan brengen als de waarde van het huis niet is gestegen.

Betoogd is om de verrijking, in navolging van de heersende leer op een objectieve wijze op te vatten. De subjectieve voorkeur van de gedaagde behoort geen rol te spelen bij de vaststelling van de verrijking.[41] Een subjectieve verrijkingstoets zou de aansprakelijkheid op voorhand te zeer beperken. Ongewenste resultaten kunnen met andere vereisten worden voorkomen. Stelt de gedaagde geen prijs op de verrijking, dan kan dit maken dat aansprakelijkheid niet redelijk is omdat aansprakelijkheid de gedaagde een bestedingspatroon zou opdringen.

De in de literatuur verdedigde opvatting dat de gedaagde moet zijn gebaat is niet nagevolgd.[42] Wél is uiteengezet dat de gedaagde onder omstandigheden de mogelijkheid heeft om een verrijkingsgerelateerd verweer te voeren. Als de gedaagde iets heeft verkregen dat normaal gesproken een objectieve waarde heeft, dan moet de gedaagde zich met vrucht kunnen verweren met de stelling dat hij in de omstandigheden van het geval – aantoonbaar – niet is gebaat. In de jurisprudentie zijn aanknopingspunten voor deze stelling te vinden.

De vereiste verrijking wordt in de literatuur steevast gedefinieerd als een *vermogensvermeerdering*.[43] In een verrijkingsrechtelijke context wordt het begrip vermogen echter op een ruime wijze opgevat. Het gebruik van andermans recht of de ontvangst van een dienst zou, in deze opvatting, als een vermogensvermeerdering gezien kunnen worden.

---

40 Zie par. 5.2.1.
41 Zie par. 5.2.2.
42 Zie par. 5.2.2.5.
43 Zie par. 5.2.3.1.

Deze voorstelling van zaken is in dit boek als onjuist verworpen.[44] Enerzijds kan het een rem zetten op het verrijkingsleerstuk als verrijking alleen een vermogensvermeerdering kan zijn, óók als dit ruim wordt opgevat. Anderzijds suggereert de definitie dat de omvang van de verrijking steeds zou kunnen worden vastgesteld met een vermogensvergelijking waarbij de vermogenspositie van de gedaagde voor het verrijkingsfeit wordt vergeleken met de vermogenspositie na het verrijkingsfeit. Reeds het voorbeeld van een dienst laat zien deze toets niet altijd werkt: een knipbeurt bij de kapper vermeerdert mijn vermogen niet terwijl het wel degelijk als een verrijking kan worden gekwalificeerd.

In dit boek is daarom, geïnspireerd door het DCFR, een *pluriform* verrijkingsbegrip verdedigd.[45] Verschillende verrijkingstypen kunnen worden aanvaard zolang de verrijking maar op geld kan worden gewaardeerd of schadevergoeding in natura op de voet van artikel 6:103 BW zinvol is. Een pluriform verrijkingsbegrip faciliteert een eventuele uitbouw van het verrijkingsrecht. Bovendien kan per verrijkingstype een passende begrotingsmaatstaf worden gezocht.

Verschillende verrijkingstypen zijn de revue gepasseerd. Een verrijking kan bestaan uit een vermogensvermeerdering; de verrijking moet dan worden begroot door een vermogensvergelijking.[46] De verrijking kan ook bestaan uit de ontvangst van een dienst of het onbevoegde gebruik van andermans recht; in beide gevallen bepaalt de marktwaarde van respectievelijk de dienst of het gebruik de omvang van de verrijking.[47] De overname van een klantenbestand kan ook kwalificeren als een verrijking; een eenduidige begrotingsmaatstaf is niet te geven, de analogische toepassing van artikel 6:97 BW geeft de rechter een ruime beoordelingsvrijheid.[48] Ten slotte is de besparing van kosten en uitgaven als verrijking besproken; de omvang van de verrijking is dan gelijk aan de besparing.[49]

Het verrijkingsvereiste kan leiden tot verschillende complicaties. Het kan zo zijn dat een verrijkingsgebeurtenis onder meer dan één van de verrijkingstypen is onder te brengen.[50] Het schilderen van een huis kan in een concreet geval leiden tot een vermogensvermeerdering terwijl de schilderbeurt tevens kwalificeert als de ontvangst van een dienst. De consequentie is dat in potentie meerdere begrotingsmaatstaven van toepassing zijn. Betoogd is dat gekozen moet worden voor de maatstaf die tot de hoogste verrijking leidt. Bedacht moet worden dat de overige vereisten de aansprakelijkheid – als die inderdaad moet worden aangenomen – op de juiste maat kan snijden.

---

44 Zie par. 5.2.3.1.
45 Zie par. 5.2.3.2.
46 Zie par. 5.2.4.1.
47 Zie par. 5.2.4.2-5.2.4.3.
48 Zie par. 5.2.4.4.
49 Zie par. 5.2.4.5.
50 Zie par. 5.2.5.1.

Een andere complicatie is dat tegenover de ontvangst van een voordeel een nadeel kan staan.[51] De gedaagde kan bijvoorbeeld een schenking misgelopen zijn. Is dit het geval dan moet hier rekening mee worden gehouden bij de begroting: de gedaagde mag door de verrijkingsaansprakelijkheid niet slechter af zijn, dan het geval zou zijn geweest als de verrijkingsgebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. Artikel 6:100 BW kan analogisch worden toegepast: eventuele nadelen kunnen 'voor zover dit redelijk is' op de verrijking in mindering worden gebracht.

Heeft de gedaagde een tegenprestatie verricht die in verband met de verrijking kan worden gebracht, dan moet de situatie waarin de gedaagde heeft gepresteerd jegens de verarmde, worden onderscheiden van de situatie waarin de gedaagde heeft gepresteerd jegens een derde. Heeft de gedaagde gepresteerd jegens de verarmde dan moet die prestatie op de verrijking in mindering worden gebracht. Hetzelfde geldt als de gedaagde heeft gepresteerd jegens een derde, met dien verstande dat dit alleen mag als de gedaagde op het moment van de tegenprestatie geen rekening behoefde te houden met diens aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking.

Is de verrijking nadien verminderd dan moet hier in beginsel rekening mee worden gehouden.[52] Ook hier geldt de vuistregel dat aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking er in beginsel niet toe mag leiden dat de gedaagde slechter af is dan het geval zou zijn zonder verrijkingsaansprakelijkheid. Het uitgangspunt wordt bepaald door artikel 6:212 lid 2 BW. De verrijking wordt buiten beschouwing gelaten als deze is verminderd door een omstandigheid die niet aan de verrijkte kan worden toegerekend. Lid 3 regelt dat de vermindering niet aan de verrijkte wordt toegerekend als deze is verminderd in een periode waarin hij met aansprakelijkheid geen rekening behoefde te houden.

Als de verrijking is *vermeerderd* dan is dit in wezen een nieuw verrijkingsfeit.[53] Bezien moet worden of die extra verrijking tot aansprakelijkheid leidt op de voet van artikel 6:212 lid 1 BW.

11.5.3 Schade

Artikel 6:212 BW is vormgegeven als een schadevergoedingsverbintenis.[54] De eiser moet schade hebben geleden. Hoewel het om iedere vorm van schade kan gaan (bij de delictuele verrijkingsvordering zou het zelfs om letselschade kunnen gaan), zal het in de regel gaan om vermogensschade.[55] Vermogensschade kan bestaan uit de vermindering van de activa, de toename van de passiva en gederfde winst.

51 Zie par. 5.2.5.2.
52 Zie par. 5.2.5.3.
53 Zie par. 5.2.5.4.
54 Zie par. 5.3.1.
55 Zie par. 5.3.2.1.

De toepassing van het schadevereiste kan ingewikkelder zijn in een meerpartijenverhouding.[56] Kan de eiser schade in de zin van artikel 6:212 BW hebben als hij met betrekking tot deze schade óók een vordering heeft op een ander dan de gedaagde? In de literatuur is door een enkeling aangenomen dat er dan geen sprake van schade is omdat de vordering op de derde deel uitmaakt van het vermogen van de eiser. Het moet er echter voor worden gehouden dat een vordering op een ander dan de gedaagde een verrijkingsactie niet uitsluit. Zou dit anders zijn, dan zou de subsidiariteitstoets het schadevereiste insluipen, hetgeen op gespannen voet zou staan met de aanvullende functie van de verrijkingsvordering. Wel is een beroep voordeelstoerekening ex artikel 6:100 BW denkbaar. Het beroep hierop slaagt alleen 'voor zover dit redelijk is'.

Vanuit het perspectief van de aanvullende functie van de verrijkingsvordering kan kritiek op het stellen van het schadevereiste worden geformuleerd.[57] Het schadevereiste kan ertoe leiden dat de ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser in rechte in stand blijft, óók in een geval waarin ongedaanmaking op zichzelf redelijk zou zijn. In zoverre kan het schadevereiste ervoor zorgen dat er een leemte blijft bestaan. Schrapping door de wetgever verdient overweging.

Dat het schadevereiste een verrijkingsrechtelijke leemte kan veroorzaken moet op twee punten worden genuanceerd.

In de eerste plaats bepaalt de aard van de aansprakelijkheidsgrond de wijze waarop de vereiste schade moet worden opgevat.[58] Betoogd is dat het schadebegrip in een verrijkingsrechtelijke context soms ruimer moet worden opgevat dan in de context van – bijvoorbeeld – de onrechtmatige daad. Bij de onrechtmatige daad gaat het in potentie om vergoeding van de volledige schade die het gevolg is van een bepaalde normschending, terwijl het in het verrijkingsrecht de schadevergoedingsverbintenis de strekking heeft om de ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser ongedaan te maken. Als de gedaagde onbevoegd een zaak van de eiser heeft gebruikt en de zaak netjes achterlaat dan lijkt de eiser geen schade geleden te hebben indien hij niet van plan was de zaak te gebruiken of te exploiteren. Immers, als de werkelijke situatie (waarin de gedaagde de zaak heeft gebruikt) wordt vergeleken met de hypothetische situatie (waarin de gedaagde de zaak niet heeft gebruikt), dan is er weinig verschil.

De strekking van de verrijkingsrechtelijke laat echter de vergelijking met een andere hypothetische situatie toe, namelijk die waarin het ongerechtvaardigde karakter van de verrijking wordt weggedacht.[59] Gedacht kan worden aan een geval waarin iemand willens en wetens andermans zaak gebruikt. De werkelijke situatie (waarin de gedaagde onbevoegd van de zaak gebruik heeft gemaakt) kan worden vergeleken met de situatie waarin

56 Zie par. 5.3.2.2.
57 Zie par. 5.3.3.
58 Zie par. 5.3.4.
59 Zie par. 5.3.5.2.

de gedaagde over het gebruik zou hebben gecontracteerd. Deze toets is echter niet altijd geschikt.[60] Als de gedaagde een zaak van de eiser onder zich houdt nadat, bijvoorbeeld, een koopovereenkomst met die zaak is afgeketst dan werkt de toets niet omdat de gedaagde niet geïnteresseerd was in het gebruik maar in het verkrijgen van de eigendom. In dat geval is de eiser aangewezen op een concrete schadebegroting.

Een tweede nuance is dat het verbintenissenrecht een opening biedt in die gevallen waarin het schadevereiste aan verrijkingsaansprakelijkheid in de weg staat.[61] Schendt de gedaagde het portretrecht van de eiser en genereert hij daarmee een additionele winst van € 1.000.000 dan is het mogelijk dat een verbintenis wordt aangenomen op grond van artikel 6:1 BW. Bezien moet dan worden of de aansprakelijkheid, op de voet van de *Quint/Te Poel*-formule, past in het stelsel van de wet en aansluit bij wel in de wet geregelde gevallen. Schendt een spion een contractuele plicht tot geheimhouding, dan zou ook een contractuele verrijkingsaanspraak op de voet van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:248 lid 2 BW tot de mogelijkheden behoren.

Het feit dat de verrijkingsvordering is geconstrueerd als een schadevergoedingsvordering heeft ook aantrekkelijke kanten. De regels van het schadevergoedingsrecht geven de gedaagde verweren in handen die meer gearticuleerd zijn dan een beroep op het redelijkheidsvereiste. Betoogd is dat de gedaagde zich onder andere kan beroepen op voordeelstoerekening,[62] eigen schuld[63] en rechterlijke matiging.[64] Daarbij is het wel zo dat de werking van deze leerstukken anders kan zijn in het kader van de verrijkingsvordering dan in het kader van, bijvoorbeeld, een vordering op grond van onrechtmatige daad. Dit komt omdat de aard van de verrijkingsaansprakelijkheid sterk verschilt met aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad.

Voorts biedt artikel 6:103 BW de rechter vergaande mogelijkheden om de aansprakelijkheid op de juiste maat te snijden.[65] Hoewel de rechter normaal gesproken slechts schadevergoeding in natura kan toekennen als de eiser dit vordert, is in dit boek betoogd dat de rechter in het kader van artikel 6:212 lid 1 BW die ruimte ook heeft, als de eiser dit niet heeft gevorderd. De verrijkingsactie belooft immers slechts schadevergoeding 'voor zover' dit redelijk is. Artikel 6:103 BW kan bovendien de aanvullende functie van de verrijkingsvordering ondersteunen doordat de bepaling het oplossend vermogen van de verrijkingsvordering kan vergroten. Heeft de eiser een bouwwerk op de grond van de gedaagde geplaatst waardoor de gedaagde ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de eiser, maar zou schadevergoeding in geld de gedaagde een bestedingspatroon opdringen waardoor hij in zijn

60 Zie par. 5.3.5.3.
61 Zie par. 2.8.4. en par. 5.3.5.5 *in fine*.
62 Zie par. 5.3.7.
63 Zie par. 5.3.8.
64 Zie par. 5.3.10.
65 Zie par. 5.3.9.

autonomie zou zijn aangetast, dan is het mogelijk – zo is betoogd – dat de rechter de eiser een verrijkingsrechtelijk wegneemrecht toekent.[66] Dit recht verschaft de eiser een onderhandelingspositie jegens de gedaagde.

11.5.4 Causaal verband

Voor aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking is vereist dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser is gegaan. Omdat vereist is dat de eiser schade heeft geleden, kan dit vereiste zo worden geformuleerd dat er een verband moet bestaan tussen de verrijking van de gedaagde en de schade van de eiser.[67]

Zowel in de parlementaire geschiedenis als in de rechtspraak wordt het vereiste ruim uitgelegd.[68] Er moet een zeker verband bestaan tussen de verrijking van de gedaagde en de schade van de eiser. Aan dit vereiste is niet alleen voldaan als er een rechtstreekse vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden tussen de eiser en de gedaagde. Het verband kan ook bestaan bij een indirecte vermogensverschuiving, waarbij de verrijking via het vermogen van een ander dan de verarmde (een derde) in het vermogen van de verrijkte gedaagde terecht is gekomen. Bovendien zijn er aanwijzingen dat er ook sprake kan zijn van voldoende verband als er helemaal geen vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden maar de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser op een andere manier is ontstaan.[69]

Deze ruime uitleg is terecht.[70] Artikel 6:212 lid 1 BW is juist geschreven voor gevallen waarin de gedaagde is verrijkt ten koste van de eiser op een wijze waarin niet door het overige vermogensrecht is voorzien. Wordt de algemene verrijkingsactie beperkt tot bijvoorbeeld alleen directe vermogensverschuivingen of tot alleen directe én indirecte vermogensverschuivingen dan worden bepaalde gevallen van ongerechtvaardigde verrijking categorisch van het toepassingsbereik van de aanvullende verrijkingsvordering uitgesloten. De in de literatuur verdedigde opvattingen die een scherper causaal verband bepleiten zijn alle verworpen.[71] Bij de aanvullende functie van de algemene verrijkingsactie past een ruime uitleg van het causale verband. Er moet een zeker verband zijn tussen de verrijking en de verarming.[72] Het kaf van het koren moet worden gescheiden in het kader van het ongerechtvaardigdheidsvereiste en in het kader van het redelijkheidsvereiste. Daarbij geldt wel dat naarmate het verband tussen de verrijking en de verarming 'losser' is er minder snel sprake is van een verrijking die kwalificeert als een *ongerechtvaardigde verrijking*.[73]

---

66 Zie par. 5.3.9.2.
67 Zie par. 5.4.1.
68 Zie par. 5.4.2.
69 Zie par. 5.4.2.3.
70 Zie par. 5.4.3
71 Zie par. 5.4.4-5.4.5.
72 Zie par. 5.4.6.
73 Zie par. 4.5 en par. 5.4.7.

11.5.5 Ongerechtvaardigdheid

Voor aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking is vereist dat de verrijking die de gedaagde ten koste van de eiser genoten heeft *ongerechtvaardigd* is. Bij de vraag of de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser kwalificeert als een ongerechtvaardigde verrijking dient er een onderscheid te worden gemaakt tussen gevallen waarin er sprake is van een vermogensverschuiving tussen de eiser en de gedaagde en de gevallen waarin dit niet het geval is.[74]

11.5.5.1 Verrijking door vermogensverschuiving

Is de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser ontstaan door een vermogensverschuiving, in die zin dat er vermogensbestanddelen van de eiser in dat van de gedaagde terecht zijn gekomen, dan dient er voor de vermogensverschuiving een rechtvaardigingsgrond te bestaan.[75] Ontbreekt de rechtvaardigingsgrond dan is er sprake van een ongerechtvaardigde verrijking. Omdat een vermogensrecht iets is dat in juridische zin aan de rechthebbende *toebehoort*, behoort er voor een vermogensverschuiving een rechtvaardiging te bestaan, zo niet dan is er sprake van een ongerechtvaardigde verrijking. Die rechtvaardiging kan gelegen zijn in een rechtshandeling, een overeenkomst, de wet, het systeem van het vermogensrecht of een andere grond zoals de wil van de verarmde eiser.

Ontleent de gedaagde zijn verrijking aan een overeenkomst, dan moet er een onderscheid worden gemaakt tussen het geval waarin de gedaagde zijn verrijking ontleent aan een overeenkomst met de eiser en het geval waarin de gedaagde zijn voordeel ontleent aan een overeenkomst met een ander dan de eiser.

Is de gedaagde verrijkt door een overeenkomst met de eiser, dan is er geen sprake van een ongerechtvaardigde verrijking als de overeenkomst tot die verrijking strekt.[76] De verrijkingsvordering heeft dan geen rol, omdat in het reguliere rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht voldoende *checks* en *balances* zijn verdisconteerd om een aanvaardbaar resultaat te bereiken.[77] Gedacht kan worden aan de wilsgebreken, de wijzigingsbevoegdheden in geval van onvoorziene omstandigheden en de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. In een contractuele tweepartijenverhouding is alleen plaats voor een verrijkingsvordering indien de verrijking die tussen de contractspartijen is voorgevallen niet gelegitimeerd wordt door de overeenkomst.[78] Een bijzonder geval is aan de orde als bij de uitvoering van de overeenkomst – onbedoeld – een voordeel blijft hangen bij

74 Zie par. 6.4.3.
75 Zie o.a. par. 6.4.3.
76 Zie par. 6.5.2.1.
77 Zie par. 6.5.2.1-6.5.2.3.
78 Zie par. 6.5.2.4.

een van de partijen ten koste van de wederpartij.[79] In dat geval kan er sprake zijn van een ongerechtvaardigde verrijking indien het om een onbedoeld voordeel gaat.

Is de gedaagde verrijkt door een overeenkomst met een ander dan de verarmde eiser, dan moet het uitgangspunt zijn dat de overeenkomst verrijkingsrechtelijke derdenwerking heeft.[80] De contractuele wederpartij van de verrijkte is – als eenieder – rechthebbende van zijn vermogen en hij kan daarom beschikken over zijn vermogenspositie met gelding tegenover de rest van de wereld. Dit brengt met zich, dat de overeenkomst tussen de gedaagde en zijn contracutele wederpartij (een derde) – waaraan de gedaagde een voordeel ontleent – ten aanzien van dit voordeel geldt als een rechtvaardigingsgrond – een legitimatie – jegens de verarmde eiser.[81]

Van dit uitgangspunt kan slechts worden afgeweken als de ratio van verrijkingsrechtelijke derdenwerking afwezig is of als er bijzondere omstandigheden zijn.[82] Deze laatste uitzondering wordt ingegeven door het feit dat de *checks and balances* van het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht niet van toepassing zijn op een dergelijke meerpartijenverhouding. De algemene verrijkingsvordering kan het contractenrecht op dit punt aanvullen.

Ontleent de gedaagde zijn voordeel aan de wet of het stelsel van de wet, dan hangt het van de strekking van de wet af of de verrijking ongerechtvaardigd is.[83] Beoogt de wet de vermogensverschuiving niet te legitimeren dan is er – behoudens het bestaan van een andere rechtvaardigingsgrond – sprake van een ongerechtvaardigde verrijking. Strekt de wet wél tot de vermogensverschuiving dan is er geen sprake van een ongerechtvaardigde verrijking omdat de wet de verrijking dan rechtvaardigt.

In dit boek is echter de opvatting verdedigd dat een verrijking ook ongerechtvaardigd kan zijn, als de wet waaraan de gedaagde zijn verrijking ontleent wél de strekking heeft de verrijking te rechtvaardigen.[84] Dit is het geval als de wet leidt tot een verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De gedachte is dat de verrijkingsactie het recht via de aanvullende functie zou moeten kunnen corrigeren als de wet tot onaanvaardbare resultaten leidt. Hoewel in de rechtspraak van de Hoge Raad een aantal kleine aanknopingspunten voor deze stelling te vinden zijn,[85] kan een dergelijke soepele benadering nog niet uit de jurisprudentie worden afgeleid.[86]

Zowel bij de vraag of de verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst moet worden doorbroken als bij de vraag of de verrijkingsactie de wet moet corrigeren kunnen de verrijkingsrechtelijke concepties

79 Zie par. 6.5.2.5 en par. 8.5.
80 Zie par. 6.5.3.4 en par. 9.3.1.
81 Zie par. 6.5.3.5 en par. 9.3.1.
82 Zie par. 6.5.3.5 en par. 9.3.2-9.3.3.
83 Zie par. 6.5.4.1-6.5.4.3.
84 Zie par. 6.5.4.4.
85 Zie par. 6.5.5.
86 Zie par. 6.5.5.5.

van het verrijkingsbeginsel een rol spelen. Daarbij kan met name worden gedacht aan het principe dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag en het principe dat een verrijking die buiten de normale gang van zaken ligt met een kritisch oog moet worden bezien. Bijzondere omstandigheden kunnen maken dat een verrijking die een *prima facie* legitimatie heeft toch ongerechtvaardigd is.

11.5.5.2 Verrijking zonder vermogensverschuiving

Is de verrijking van de gedaagde op een andere manier ontstaan dan door een vermogensverschuiving, dan kan het enkele ontbreken van een rechtvaardigingsgrond niet de conclusie dragen dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser ongerechtvaardigd is.[87] In dat geval zijn er immers géén vermogensbestanddelen van de eiser gevloeid in het vermogen van de gedaagde die aan de eiser *toebehoorden.* Er is geen vermogensverschuiving waarop bij de vaststelling van ongerechtvaardigdheid kan worden voortgebouwd. Daarom werkt de toets om te bepalen of de verrijking ongerechtvaardigd is anders als er geen sprake is van een vermogensverschuiving.

Is de verrijking niet ontstaan door een vermogensverschuiving dan moet het uitgangspunt zijn dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser niet ongerechtvaardigd is. Zoals eenieder zijn eigen schade moet dragen, zo mag eenieder de hem toegevallen verrijkingen houden. Van dit uitgangspunt kan slechts worden afgeweken als er bijzondere omstandigheden zijn die de verrijking een ongerechtvaardigd karakter geven. Aan het negatieve criterium van het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond wordt een positief criterium toegevoegd: er moet in de omstandigheden van het geval een reden bestaan op basis waarvan de verrijking van de gedaagde moet worden aangemerkt als een ongerechtvaardigde verrijking. De benadering is geïnspireerd door de *unjust factors*-benadering, al verschilt die Engelse benadering hemelsbreed met de hier verdedigde.

Bij de invulling van het criterium kan aansluiting worden gezocht bij de verschillende concepties van het verrijkingsbeginsel.[88] Is de verrijking ontstaan door een gebeurtenis die veel weg heeft van een vermogensverschuiving dan kan de *sine causa*-benadering *analogisch* worden toegepast.[89] Heeft de gedaagde ten koste van een ander geprofiteerd van zijn onereuze gedraging, dan kan dit een aanwijzing zijn dat diens verrijking ongerechtvaardigd is.[90] Hetzelfde geldt als de gedaagde de vruchten trekt van activiteiten waarvan de negatieve gevolgen deels door de eiser gedragen worden.[91] En ligt de verrijking, ten slotte, buiten de normale gang van zaken dan moet met een

87 Zie par. 6.4.3.1.
88 Zie par. 6.4.3.1.
89 Zie par. 6.4.3.2.
90 Zie par. 6.4.3.1 en o.a. par. 10.6.1-10.6.3.
91 Zie par. 6.4.3.1 en par. 10.6.4.

kritisch oog worden bezien of de verrijking, gelet op de omstandigheden van het geval, is aan te merken als een ongerechtvaardigde verrijking.[92]

11.5.6 Redelijkheid

Wanneer de gedaagde ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de eiser, dan staat nog niet vast dat de gedaagde aansprakelijk is voor de schade die in verband met de verrijking staat. Aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking ontstaat slechts voor zover dit redelijk is. Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt staat niet altijd bovenaan de vermogensrechtelijke agenda. Soms wegen andere overwegingen zwaarder.[93]

Het redelijkheidsvereiste past bij een verrijkingsvordering die omwille van de aanvullende functie een open karakter heeft.[94] Omdat de verrijkingsvordering geschreven is voor verrijkingsgevallen waarin niet is voorzien, heeft de rechter dankzij het redelijkheidsvereiste de ruimte om alle argumenten mee te wegen die tegen aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking pleiten. Het redelijkheidsvereiste is een alternatief voor andere afbakeningsmethoden die meer categorisch van aard zijn.[95] Daarbij heeft de rechter bovendien de ruimte om aansprakelijkheid op de juiste maat te snijden.[96] Enerzijds kan de rechter de verplichting tot schadevergoeding op een lager bedrag stellen dan het laagste bedrag van de verrijking en de schade. Anderzijds kan de rechter van oordeel zijn dat slechts schadevergoeding in natura toewijsbaar is. De rechter kan daarbij bovendien creatief zijn. Betoogd is dat het onder omstandigheden denkbaar is dat de rechter een verrijkingsrechtelijk wegneemrecht aanneemt.

Het redelijkheidsvereiste staat niet op één lijn met de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.[97] De redelijkheid staat niet alleen in de weg als aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking onaanvaardbaar is. De redelijkheid staat aan het aannemen van verrijkingsaansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking in de weg, voor zover er in het concrete geval andere vermogensrechtelijke overwegingen zijn die zwaarder wegen dan het ongedaan maken van de ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde. Het redelijkheidsvereiste kan het beste worden gezien als normaal ontstaansvereiste.[98] Is aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking niet redelijk, dan ontstaat er geen aansprakelijkheid.

---

92 Zie par. 6.4.3.1. en o.a. par. 6.6.2-6.6.3.
93 Zie par. 7.1.
94 Zie par. 7.2.
95 Zie par. 7.2.
96 Zie par. 7.3.1.
97 Zie par. 7.3.2.
98 Zie par. 7.3.3.

De invulling van het redelijkheidsvereiste wordt in belangrijke mate bepaald door het systeem van het vermogensrecht en de beginselen die daaraan ten grondslag liggen.[99] Verrijkingsaansprakelijkheid kan bijvoorbeeld niet redelijk zijn als aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking op gespannen voet zou staan met de autonomie van de gedaagde,[100] met de contractsvrijheid,[101] met de *paritas creditorum*,[102] met overwegingen van consumentenbescherming,[103] met overwegingen van derdenbescherming[104] of met de belangenafweging die ten grondslag ligt aan een specifieke wettelijke regeling.[105] Systematische argumenten spelen dus een grote rol bij de uitleg van het redelijkheidsvereiste. Bedacht moet echter worden dat het redelijkheidsvereiste ook ruimte kan bieden aan argumenten die niet één op één op het systeem van het vermogensrecht zijn terug te voeren.[106]

Wordt aanvaard dat het redelijkheidsvereiste ontstaansvereiste is, dan heeft dat consequenties voor het ontstaansmoment van de verrijkingsvordering.[107] Is aansprakelijkheid eerst – op moment *t* – niet redelijk (bijvoorbeeld omdat aansprakelijkheid zou leiden tot een opgedrongen bestedingspatroon) maar later – op ment t + 1 – wel (bijvoorbeeld omdat de verrijking inmiddels liquide is geworden), dan ontstaat er pas een verbintenis op grond van ongerechtvaardigde verrijking op dat latere tijdstip, dus enige tijd na het moment dat de ongerechtvaardigde verrijking is ontstaan. De verjaringstermijn als bedoeld in artikel 3:310 lid 1 BW begint dan ook pas op zijn vroegst op dit latere moment te lopen. Wel moet aangenomen worden dat ongeacht het latere startmoment van de verjaringstermijn, aansprakelijkheid voor een ongerechtvaardigde verrijking die langer dan twintig jaar geleden heeft plaatsgevonden niet redelijk is. De lange termijn van artikel 3:310 lid 1 BW kleurt dan het redelijkheidsvereiste in.

11.6 Aanvulling rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht

De aanvullende functie heeft, zo is betoogd, consequenties voor de wijze waarop de criteria van artikel 6:212 lid 1 BW moeten worden uitgelegd. De aanvullende functie van de algemene verrijkingsactie kan echter ook vanuit het perspectief van een specifiek rechtsgebied of een specifiek leerstuk worden beschouwd. Dit is het perspectief dat in het derde deel is ingenomen.[108]

99 Zie par. 7.4.
100 Zie par. 7.6-7.7.
101 Zie par. 7.7.1.
102 Zie par. 7.10.
103 Zie par. 7.8.
104 Zie par. 7.9.
105 Zie par. 7.5.
106 Zie par. 7.11.
107 Zie par. 7.3.4.
108 Zie par. 8.1.

Onderzocht is in hoeverre de algemene verrijkingsactie achtereenvolgens het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht en het onrechtmatigedaadsrecht kan aanvullen en op welke wijze de overwegingen van het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht en het onrechtmatigedaadsrecht doorwerken bij de toepassing van artikel 6:212 lid 1 BW.

Er zijn twee manieren onderscheiden waarop de verrijkingsvordering in een tweepartijenverhouding de regels van het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht kan aanvullen.

In de eerste plaats kan aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking fungeren als surrogaat voor een afwezige overeenkomst.[109] Het gaat om gevallen waarbij er geen overeenkomst tot stand is gekomen – of waarbij dit twijfelachtig is – maar waarbij de ene partij wel ten koste van een andere partij een voordeel heeft behaald waar normaal gesproken over gecontracteerd zou worden. Geïllustreerd is dat de verrijkingsvordering in dit verband in de slipstream van verschillende leerstukken een rol van betekenis kan spelen.

In de tweede plaats kan aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking aan de orde zijn als er wél een overeenkomst tussen de partijen bestaat, maar waarbij één van de partijen – onbedoeld – een voordeel geniet ten koste van een andere partijen als gevolg van een *neveneffect* van een specifieke vermogensrechtelijke regel of een samenstel van regels.[110] De verrijkingsvordering vult de contractuele remedies aan al kan, zo is aangestipt, hetzelfde worden bereikt met de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.[111]

Voor beide besproken categorieën geldt dat de regels en beginselen die aan het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht ten grondslag liggen door kunnen werken bij de beoordeling van de verrijkingsaanspraak. Voorts kan in beide categorieën verrijkingsaansprakelijkheid in verschillende gevallen een middenweg bieden tussen een reguliere contractuele aansprakelijkheid en helemaal geen aansprakelijkheid. De omstandigheid dat de verrijkingsvordering het rechtshandelingen en overeenkomstenrecht kan aanvullen maakt dat de regels van dit rechtsgebied niet onnodig rekkelijk hoeven te worden uitgelegd om ongerechtvaardigde verrijkingen te voorkomen. Hier manifesteert zich de ventielfunctie van de algemene verrijkingsactie.

De verrijkingsvordering kan het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht ook aanvullen in een meerpartijenverhouding.[112] Het gaat om een mogelijke verrijkingsaanspraak van de gedaagde op de eiser terwijl zij niet in een contractuele relatie tot elkaar staan. Anders dan in een tweepartijenverhouding, is in een dergelijke meerpartijenverhouding de mogelijkheid om terug te vallen op de redelijkheid en billijkheid over het algemeen afwezig.

---

109 Zie par. 8.4.
110 Zie par. 8.5.
111 Zie par. 8.5.2.
112 Zie hoofdstuk 9.

De redelijkheid en billijkheid gelden immers, een uitzondering daargelaten, slechts als er al enigerlei rechtsverhouding bestaat (vgl. artikel 6:2 en artikel 6:248 BW). De redelijkheid en billijkheid is geen zelfstandige bron van verbintenissen. De algemene verrijkingsactie vult het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht op dit punt aan.[113]

Twee typen gevallen van derdenverrijking moeten van elkaar worden onderscheiden.

Is de gedaagde indirect verrijkt ten koste van de eiser, zonder dat de gedaagde zijn voordeel ontleent aan enigerlei overeenkomst, dan zal de verrijking – als er sprake is van een vermogensverschuiving – ongerechtvaardigd zijn.[114] Daarmee staat aansprakelijkheid niet vast. Aansprakelijkheid kan afketsen op het redelijkheidsvereiste.[115] Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als aansprakelijkheid op gespannen voet staat met de autonomie van de gedaagde, als de eiser zonder goede reden verzuimt zijn directe contractuele wederpartij aan te spreken, als aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking de *paritas creditorum* zou doorkruisen of als aansprakelijkheid in strijd zou komen met een specifieke wettelijke bepaling.

Is de gedaagde indirect verrijkt ten koste van de verarmde, terwijl de gedaagde zijn voordeel ontleent aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde eise, dan is verrijkingsrechtelijke derdenwerking het uitgangspunt.[116] Er zijn echter gevallen waarin de omstandigheden van het geval de derdenwerking in de kiem smoren omdat de ratio van verrijkingsrechtelijke derdenwerking afwezig is.[117] Dit kan het geval zijn als de wederpartij van de gedaagde over andermans goederen heeft beschikt, als de contractuele wederpartij van de verrijkte vanwege diens faillissement niet bevoegd was om over zijn eigen vermogen te beschikken of indien de gedaagde van zijn contractuele wederpartij een voordeel ontvangen heeft wat op enigerlei wijze bestemd was voor de eiser. Daarnaast zijn er gevallen waarin de ratio van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking weliswaar aanwezig is, maar waarbij bijzondere omstandigheden van het geval maken dat toch van het uitgangspunt van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking moet worden afgeweken.[118] Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn, als de overeenkomst waaraan de verrijkte zijn voordeel ontleent onevenwichtig of afkeurenswaardig is of als de verrijkte onzuiver heeft gehandeld.

Tegelijkertijd zijn er een aantal gevallen van derdenverrijking gesignaleerd en besproken die complexer van aard zijn en dientengevolge buiten het schema vallen.[119] Niet alle gevallen van ongerechtvaardigde verrijking laten zich in een vooropgezet schema vangen.

---

113 Zie par. 9.1.
114 Zie par. 9.2.1.
115 Zie par. 9.2.2.
116 Zie par. 6.5.3.4 en par. 9.3.1.
117 Zie par. 9.3.2.
118 Zie par. 9.3.3.
119 Zie par. 9.4.

11.7 Aanvulling onrechtmatigedaadsrecht

De algemene verrijkingsactie kan ook het onrechtmatigedaadsrecht aanvullen.[120] De potentiële behoefte voor aanvulling van het aansprakelijkheidsrecht is er met name in gelegen dat het systeem van het aansprakelijkheidsrecht een betrekkelijk gesloten systeem is.[121] Het reguliere aansprakelijkheidsrecht wordt begrensd door de gecodificeerde bronnen van verbintenissen: aansprakelijkheid ontstaat als er sprake is van een toerekenbare onrechtmatige daad of als er is voldaan aan de vereisten van een van de in de wet gecodificeerde bronnen van risicoaansprakelijkheid. Behoort de gedaagde de schade van de eiser naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid te dragen, maar kan het geval niet – ook niet door een extensieve interpretatie – onder een van de reguliere bronnen van het aansprakelijkheidsrecht worden geschaard, dan lijkt de gelaedeerde zijn schade zelf te moeten dragen ook al lijken er goede argumenten te kunnen worden gegeven voor aansprakelijkheid van de laedens. In een aantal van dit soort gevallen kan artikel 6:212 lid 1 BW een aanvullende rol vervullen.

De aanvullende kracht van de verrijkingsvordering berust op twee structurele verschillen met delictuele aansprakelijkheid.[122] In de eerste plaats wordt bij de toepassing van de algemene verrijkingsactie niet getoetst of het *gedrag* onrechtmatig is, maar of de *verrijking* van de gedaagde ten koste van de eiser ongerechtvaardigd is.[123] Verschillende omstandigheden kunnen daarbij, zo is betoogd, een rol van betekenis spelen. Een van die omstandigheden is de aard van de gedraging. Het kan zijn dat het gedrag van de gedaagde niet ernstig genoeg is voor het aannemen van onrechtmatigheid in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW, terwijl de aard van de gedraging wel meebrengt dat de verrijking die de gedaagde ten koste van de eiser genoten heeft een ongerechtvaardigd karakter heeft.

In de tweede plaats is de omvang van aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking van meet af aan geringer dan aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad.[124] Daar waar aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad in potentie de volledige schade van de eiser beslaat, is aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking gemaximeerd tot het laagste bedrag van de verrijking en de schade en bovendien mag aansprakelijkheid niet uitstijgen boven het redelijke. Doordat aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking minder ver gaat, is er ruimte om eerder aansprakelijkheid aan te nemen. Delictuele verrijkingsaansprakelijkheid kan een middenweg zijn tussen – in potentie – volledige aansprakelijkheid en helemaal geen aansprakelijkheid.

120 Zie hoofdstuk 10.
121 Zie par. 10.2.
122 Zie par. 10.4.
123 Zie par. 10.4.1.
124 Zie par. 10.4.2.

De aanvullende functie van de verrijkingsvordering is geïllustreerd met verschillende voorbeelden. Verrijkt de gedaagde zich ten koste van de eiser door onzuiver gedrag dan kan dit leiden tot de conclusie dat de gedaagde ongerechtvaardigd is verrijkt, óók als dit handelen niet onrechtmatig is of als dit twijfelachtig is.[125] Verrijkt de gedaagde zich ten koste van de eiser dankzij het schenden van een wettelijke bepaling, dan kan de schending van de wet maken dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser ongerechtvaardigd is, óók als de wet niet strekt tot de bescherming van het belang van de eiser en de correctie Langemeijer niet opgaat of niet op lijkt te gaan.[126] Vereist is dan wel dat de schending van de wet de sleutel is tot het succes. Een ongerechtvaardigde verrijking kan – onder omstandigheden – ook voorliggen als de gedaagde heeft geprofiteerd van de wanprestatie van de contractuele wederpartij van de verarmde eiser zonder dat dit profiteren kwalificeert als onrechtmatig handelen.[127]

Betoogd is dat ook gedacht kan worden aan een aanvulling van het gevaarzettingsleerstuk.[128] Het gaat om gevallen waarbij de activiteiten van de onderneming van de gedaagde winstgevend zijn, terwijl deze tegelijkertijd een gevaar in het leven roepen dat niet onrechtmatig is en dat evenmin is onder te brengen bij een van de gecodificeerde bronnen van risicoaansprakelijkheid. De gedaagde zou, onder omstandigheden – tot maximaal het bedrag van de winst – op grond van ongerechtvaardigde verrijking aansprakelijk kunnen zijn voor de schade van de eiser die in een causaal verband tot die activiteiten staan. Van een ongerechtvaardigde verrijking kan sprake zijn als het enerzijds niet aansprekend is te zeggen dat de schade tot het normale levensrisico van de gelaedeerde behoort terwijl kan worden betoogd dat de schade gezien moet worden als een kostenpost die aan de activiteiten van de gedaagde toegerekend behoren te worden.[129] Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien het gaat om de verwezenlijking van een onbekend gevaar van een nieuwe – winstgevende – technologie.[130] Gedacht kan ook worden aan een winstgevende activiteit die een zodanig gering gevaar in het leven roept dat de activiteit niet onrechtmatig is jegens een bepaald persoon, maar waarbij de wet van de grote getallen meebrengt dat het zeer geringe gevaar zich zo nu en dan zal verwezenlijken.[131] In het geval van de nieuwe technologie en het zeer geringe gevaar behoort – in mijn optiek – veeleer degene de schade te dragen die het gevaar in het leven geroepen heeft dan degene die het slachtoffer is geworden van de verwezenlijking van het gevaar. De aansprakelijkheid van de laedens is wel steeds – bij ontstentenis van schuld

125 Zie par. 10.6.1.
126 Zie par. 10.6.2.
127 Zie par. 10.6.3.
128 Zie par. 10.6.4.
129 Zie par. 10.6.4.3-10.6.4.5.
130 Zie par. 10.6.4.6.
131 Zie par. 10.6.4.6.

en een bron van reguliere delictuele aansprakelijkheid – gemaximeerd tot het bedrag van de winst die hij als gevolg van de activiteit genoten heeft.[132]

De aanvullende functie leidt niet noodzakelijk enkel tot uitdijing van het aansprakelijkheidsrecht.[133] De omstandigheid dat het verrijkingsrecht het onrechtmatigedaadsrecht kan aanvullen kan het aansprakelijkheidsrecht ook verder verfijnen. Doordat de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking zich als bron van delictuele aansprakelijkheidsrecht aandient kan het niet nodig blijkten te zijn de bronnen van het onrechtmatigedaadsrecht ruim op te vatten om te voorkomen dat de gedaagde ongerechtvaardigd wordt verrijkt ten koste van de eiser. De algemene verrijkingsactie kan in die zin ook dienen als ventiel van het onrechtmatigedaadsrecht.

11.8 Slotsom

In dit boek is betoogd dat de algemene verrijkingsactie een aanvullende functie heeft en dat dit invloed heeft op de uitleg van de vereisten van artikel 6:212 lid 1 BW. Binnen zekere grenzen moeten het verrijkingsvereiste, het schadevereiste en het vereiste causale verband ruim worden uitgelegd. Het zwaartepunt moet liggen op het ongerechtvaardigdheidsvereiste en het redelijkheidsvereiste. In dit boek zijn de uitgangspunten van het aanvullende verrijkingsrecht geschetst terwijl er tegelijkertijd aandacht is besteed aan omstandigheden die afwijking van de geschetste uitgangspunten kunnen rechtvaardigen.

132 Zie par. 10.6.4.7.
133 Zie par. 10.5.

Summary

Supplementary enrichment law

1 Introduction

The pivotal question in this book is: what place does unjust enrichment as an independent source of obligations have within the scope of private law and further, what does this mean for the way in which article 6:212 paragraph 1 of the Dutch Civil Code (DCC) requires to be applied? Research was undertaken to find a way to fill in and structure the requirements such that, in principle, all types of enrichment cases could be analysed in a logical way. In this context, consideration was given to the way in which the concept of unjust enrichment can be integrated into the normative framework of the law of obligations. These considerations led to the following four questions:

1. What does the principle that no one may be unjustifiably enriched at the expense of another mean and how is this principle reflected in private law? (para. 2).
2. What is the place and function of the general enrichment action in private law? What is the added value of the general enrichment action in relation to other rules and doctrines in which the enrichment principle plays or could play a significant role? (para. 3).
3. What effect do the place and function of the general enrichment action have on the way in which individual requirements laid down in article 6:212 para. 1 DCC require to be interpreted and implemented? (para. 4-6).
4. What can the general enrichment action add to contract law and tort law respectively? (para. 6-7).

2 The principle of unjust enrichment

Unjust enrichment as an independent source of obligations requires to be clearly distinguished from the principle that no one should be unjustifiably enriched at the expense of another (hereafter: the principle of unjust enrichment). In order to determine the place of the *action* for unjust enrichment within private law, the first part assesses what the content of the *principle* of unjust enrichment is and how this principle is reflected and can be reflected in the overall system of private law. Furthermore, this exercise was also undertaken to gain inspiration for the way in which the application requirements, specified in article. 6:212 para. 1 DCC, have to be interpreted.

It has been outlined that the principle of unjust enrichment is merely one of the various principles of private law and that, as such, this principle may be thwarted by another. Moreover, the principle that no one should be unjustifiably enriched to the detriment of another has an open character in the sense that it states that unjust enrichment must be prevented rather than what, indeed, constitutes unjust enrichment. The openness of the principle of unjust enrichment means that it can absorb entirely different sets of values.

It has been argued that the principle will only have substance and provide relief if it is linked to specific principles of private law. In the first instance, the principle can be related to the principle that property *belongs* to the right holder. Given that a property right belongs to a right holder, a transfer of property requires justification. If a defendant acquires an asset, without any justification, from the plaintiff, the defendant has been unjustly enriched at the expense of the plaintiff. The *sine causa* formula underlies various patrimonial doctrines, such as undue payment.

In the event that, secondly, the principle that no one may be unjustifiably enriched at the expense of another is correlated with standards of conduct, then the principle that no one should profit from their onerous behaviour at the expense of another comes into play. On the one hand, there are rules and doctrines that are directly linked to this principle. On the other hand, the principle that no one should profit from their onerous conduct may help to decide hard cases as a normative principle. Moreover, the principle of unjust enrichment may be the basis for certain standards of conduct such that the principle is reflected in these norms.

Thirdly, the principle of unjust enrichment can be linked to the principle that everyone should bear the burden of their own damage.[14] If this principle is interpreted in a normative way, and is correlated to the enrichment principle, then unjust enrichment occurs if the plaintiff suffers damage that can be said to be within the sphere of the defendant. The legal concept of *negotiorum gestio,* various strict liabilities and liability for lawful government acts fall under this principle.

Finally, the principle that unjustified enrichment must be prevented can be linked to reasonableness and fairness. In economic transactions, countless enrichments and impoverishments, where nothing is wrong, occur all the time. It may however be the case that a person is enriched at the expense of someone else in a way that is outside the normal course of events. This is not *per se* an unjust enrichment however, it is a reason to look critically at the enrichment. This critical consideration is governed by reasonableness and fairness and on the basis of this account requires to be taken of all the circumstances of the case and the principle that unjust enrichment requires to be prevented.

The various conceptions of the principle of unjust enrichment are expressed in different ways in different rules of private law.

The principle of unjust enrichment may be the foundation of a legal rule. The principle that a transfer of property requires justification is, for instance, at the heart of the doctrine of undue payment. The principle of unjust enrichment may also be one of several principles on which particular rules are based. Fraud as a vitiating factor, for example, is an expression of the principle that a person should not profit from their unacceptable behaviour. At the same time, fraud as a vitiating factor can be explained as a principle within the sphere of the doctrine of reliance (*wilsvertrouwensleer*).

The principle of unjust enrichment can also form the basis of a doctrine in a more abstract way. The notion that unjustified enrichment must be prevented is not immediately apparent in the case of strict liability. Nevertheless, strict liability can be linked to the principle of unjust enrichment. It ensures that those who profit from certain activities do not pass the adverse consequences on to others.

Finally, the principle of unjust enrichment may also play a role as a normative – guiding – principle of private law which may assist with the interpretation of the law.

3 The general enrichment action

3.1 Foundation

The general enrichment action can be regarded as one of the consequences of the principle that no one should be unjustifiably enriched at the expense of another. It is however a rather unique consequence. Unlike most other rules that take the enrichment principle into account, the general enrichment action is no more specific than the general principle that no one should be unjustifiably enriched at the expense of another. Article 6:212 para. 1 DCC does not set down any further criteria for determining under which circumstances the defendant has been unjustly enriched at the expense of the plaintiff. With the general enrichment action, the legislator has created a foundation for bringing and resolving enrichment cases that have not otherwise been provided for in private law. Accordingly, the general enrichment action has also been described as the perfection of private law.

The principle of unjust enrichment, therefore, forms the basis of the enrichment action. All the various conceptions of the principle of unjust enrichment can thus play a role in the application of the general enrichment action. However, the principle that no one may be unjustly enriched at the expense of another has not however compelled the inclusion of a general enrichment action in the Dutch Civil Code. The legislator could very well have left this to specific rules. The legislator has regulated various important aspects of enrichment law separately. Undue payment and various rights of recourse are illustrations of this. Moreover, mainstream private law has enough flexibility to prevent or undo unjustified enrichments. The principle

that no one should be enriched unjustifiably at the expense of another may, for instance, play a role in the interpretation of open standards.

In addition to the principle of unjust enrichment, the general enrichment action has, therefore, a second basis: reasonableness and fairness. The general enrichment action may be perceived as an expression of the notion that private law should, as far as is possible, reach acceptable results in the resolution of individual cases. The general enrichment action prevents the existence of gaps in private law. To that extent, the general enrichment action fits into a system of private law in which open standards are also an important feature in the acceptable and appealing resolution of unforeseen conflicts in private law.

Therefore, the general enrichment action has two separate foundations. On the one hand, it is based on the principle that unjustified enrichments must be prevented, and on the other hand, the existence of unjust enrichment as an independent source of obligations relies on reasonableness and fairness and on the pursuit to find acceptable solutions in unforeseen cases.

3.2 Function

The function of the general enrichment action is thus largely determined. It aims to supplement the system of private law and it provides a basis upon which to seek justice in enrichment cases that are otherwise not provided for. From a micro-perspective, the *Einzelfallgerechtigkeit* is satisfied because the general enrichment action makes it possible to take into account the particular circumstances of the individual case.

Equally, the supplementary function can also be seen from a macro-perspective. If a particular enrichment case occurs regularly, then the general enrichment action can offer room for a structural solution that subsequently becomes part of the private law system. Private law can thus be expanded and refined by the general enrichment action. New developments in law or in society are able to continue to have an impact on enrichment law. In the literature, this supplementary aspect is known as the systematic function of the enrichment action. This also influences other doctrines. Given that the general enrichment action can supplement private law, other aspects of private law do not have to be construed in a flexible manner to prevent unjustified enrichment. This is also directly related to the supplementary function of the enrichment action.

The other functions of the general enrichment action can also be attributed to its supplementary nature. The enrichment action can rectify the consequences of a certain rule (this is often referred to as the corrective function) by supplementing the system of private law with liability based on unjust enrichment. Furthermore, the enrichment action can act as a sanction for '*unclean hands*' given that the enrichment action makes it possible, supplementary to tort law, for enrichment claims to be raised based on unacceptable (but not necessarily unlawful) behaviour. In addition to this quasi-delictual function, a quasi-contractual function has been distinguished.

3.3 The supplementary 'power' of the enrichment action

The general enrichment action has four characteristics which, when taken together enable article 6:212 para.1 DCC to supplement the system of private law. Firstly, the general enrichment action is not limited to one type of case. Secondly, the criterion is not defined – the general enrichment action is, as aforementioned, no more determined than the principle that no one may be unjustifiably enriched at the expense of another. Thirdly, article 6:212 para. 1 DCC states that the principle that no one may be unjustifiably enriched at the expense of another is not the only principle that carries weight – thanks to the test of reasonableness, a judge, in any particular case, may assign weight to considerations that argue against liability for enrichment. Fourthly, it is ultimately possible for the judge to adjust the obligation to pay damages, to the correct level, within the scope of the enrichment and the damage. Liability for enrichment arises insofar as this is *reasonable*. Moreover, damages in kind are possible in accordance with article 6:103 of the DCC, even if parties do not invoke it.

4 Determining the law within the law of unjust enrichment

The open character of the general enrichment action means that whenever a person has been enriched at the expense of another, the question can be asked as to whether the enrichment is unjustified and if so, whether and to what extent it is reasonable to assume liability on the grounds of unjustified enrichment. Due to the open character of the general enrichment action, this action can supplement the system of private law. At the same time, the open nature of the enrichment action brings with it the risk that the system of private law is thwarted by the application of the enrichment action, that the existence of the general enrichment action may be detrimental to legal certainty and that unjust enrichment, as an independent source of obligations, may lead to judicial arbitrariness.

This raises the question as to the way in which the jurisprudent should approach the general enrichment action. The starting point is that article 6:212 para. 1 of the DCC requires to be interpreted in a systematic way as much as is possible. The system of private law must be explored thoroughly to find the right solution. Solutions must be found that are in line with the system of private law, in so far as is possible. Further, the various conceptions of the unjust enrichment principle contained in different rules of private law should be extended to unregulated enrichment cases.

However, the fact that the systematic interpretation method is of great importance does not alter the fact that arguments based on reasonableness and fairness can also play a role. Reasonableness and fairness is one of the raisons d'être of the general enrichment action: the supplementary function is based on it. Reasonableness and fairness also occupies an important place in the system of private law. There is also a subtle interaction between the system of private law on the one hand, and reasonableness and fairness,

on the other hand. Reasonableness and fairness will, firstly, require that the enrichment action be both applied in a way that fits with the system of the law and, be in line with cases that are regulated by law because everyone attunes their behaviour to the law. Only if the law does not provide clear direction or if it leads or threatens to lead to unacceptable consequences, do arguments of fairness come into the picture. In the application of the general enrichment action, the system of private law is the starting point. Departure from the system is only permitted on the basis of good arguments. In these circumstances therefore, there is no real contradiction between arguments based on the system of private law on the one hand and arguments based on fairness on the other.

5 The requirements

5.1 Two groups of requirements

It has been outlined that the requirements can be divided into two groups. The enrichment requirement, the damage requirement and the requirement of a causal link between enrichment and damage constitute the first group. Together these determine the potential, factual scope of the application of the general enrichment action. Due to the supplementary role of the enrichment action, these requirements should be interpreted broadly so that potential enrichment cases are not unnecessarily excluded from the unjust enrichment doctrine. It should be borne in mind that these are neutral requirements: if someone has been enriched at the expense of the plaintiff, then liability is by no means a given. Whether liability can be assumed depends on the second set of requirements. Liability on the grounds of unjust enrichment requires that enrichment at the expense of the plaintiff is *unjustified*. Moreover, enrichment liability only arises to the extent that this is reasonable.

The key focus of the enrichment doctrine should be the requirement of unjust enrichment and the requirement of reasonableness. In this way, the starting point that no one should be enriched unjustifiably at the expense of another is embodied by the requirement of unjustifiability. Other principles of private law and other considerations may play a role in the reasonableness test. In this respect, the requirement of reasonableness can be seen as the counterpart of the requirement of unjustifiability. The principle that no one should be enriched unjustifiably at the expense of another is not always a priority in private law.

5.2 Enrichment

The fundamental requirement of article 6:212 DCC is that the defendant has been enriched. It is appropriate in the context of the supplementary role of the enrichment claim that it is interpreted broadly. This has also been applied in case law in the sense that extra customers has been regarded as enrich-

ment and that the renovation of a house may also entail enrichment if the value of the house has not increased.

It has been argued that enrichment, following the prevailing doctrine, should be considered in an objective manner. The subjective preference of the defendant ought not to play a role in determining the enrichment. A subjective enrichment test would limit the liability too much in advance. Undesirable results may be avoided by other requirements. If the defendant does not value the enrichment, this may mean that liability is not reasonable because liability would impose a spending pattern on the defendant.

The view held in the literature that the defendant must subjectively benefit from the – objective – enrichment, has not been followed. It is however the case that, in certain circumstances, it is possible for the defendant to present an enrichment-related defence. If the defendant has obtained something, which normally has an objective value, then the defendant must be able to defend himself successfully by demonstrating that, he has not gained in the particular circumstances of the case. Support for this assertion is to be found in case law.

The requisite enrichment is invariably defined in literature as an *increase in property.* However, in the context of enrichment law, the notion of property is interpreted broadly. The use of another person's right or the receipt of a service could, from this perspective, be perceived as an increase in property.

In this book, this representation has been rejected as incorrect. On the one hand, it could constrain the doctrine of unjust enrichment, if enrichment can only be an increase in property, notwithstanding the fact that this is understood in a broad sense. On the other hand, the definition suggests that the extent of the enrichment could always be determined by an equity reconciliation in which the defendant's equity position prior to the enrichment is compared to the equity position after the enrichment occurred. The example of a service has already shown that this test does not always work: a haircut does not increase assets although it can definitely qualify as an enrichment.

Therefore, inspired by the Draft Common Frame of Reference (DCFR), a *pluralistic* enrichment concept has been defended in this book. Different enrichment types may be accepted as enrichment in the sense of article 6:212 para. 1 DCC as long as the object of the enrichment can be valued in monetary terms or in terms of damages in kind on the basis of article 6:103 DCC. A pluralistic enrichment concept facilitates a possible expansion of enrichment law. Moreover, an appropriate valuation method can be sought for each enrichment type.

Different types of enrichment have been discussed. An enrichment may consist of an increase in assets; the enrichment must then be assessed by an equity reconciliaton. The enrichment can also consist of the receipt of a service or the unauthorised use of another's right. In both cases, the market value of the service or of the use determines the extent of the enrichment. The de facto 'acquisition of a customer database' can also qualify as an enrichment. An unequivocal valuation method cannot be given; the analogous application of article 6:97 DCC provides judges with a broad discretion

in such cases. Finally, the savings in costs and expenses were discussed as enrichment, and the extent of the enrichment is then equal to the saving.

The requirement of enrichment may lead to various complications. It may be the case that an enrichment can be classified under more than one of the enrichment types. In one particular case, the painting of a house can lead to an increase in assets, however the painting of the house can also qualify as the receipt of a service. The consequence is that potentially more than one valuation method can be applied. It has been argued that the criterion that leads to the most extensive enrichment should be chosen. It should be borne in mind that the other requirements can reduce the liability to the appropriate level, if this is indeed to be adopted.

Another complication is that the receipt of an advantage can be offset by a disadvantage. For example, the defendant may have missed a gift. If this is the case, this must be taken into account in the assessment – the defendant may not be worse off due to the enrichment liability than would have been the case if the enrichment had not taken place. Article 6:100 DCC can be applied analogously: any disadvantages can be deducted from the enrichment 'insofar as this is reasonable'.

If there has been a consideration by the defendant that can be related to enrichment, the situation in which the consideration by the enriched defendant was made in respect of the *impoverished person*, (the source of the enrichment), must be distinguished from the situation where the defendant's consideration was made in respect of a third party. If the defendant's consideration is to the impoverished person, this requires to be deducted from the enrichment. The same applies if the consideration is vis-à-vis a third party, on the understanding that this may only be the case if, at the time the consideration was made, the defendant did not have to take his liability on the grounds of unjustified enrichment into account.

If the enrichment is subsequently reduced, in principle, this must be taken into account. Here too, the rule of thumb is that liability on the grounds of unjust enrichment should not, as a matter of principle, lead to the defendant being worse off than he would have been without liability for unjust enrichment. The starting point is determined by article 6:212 para. 2 DCC. The enrichment is not taken into account if it is reduced by a circumstance that cannot be attributed to the enriched person. Para. 3 provides that the reduction will not be attributed to the enriched person, if the reduction occurred in a period in which he did not have to take liability into account.

If the enrichment has been *increased*, this is essentially a new enrichment. It must be considered whether this extra enrichment leads to liability pursuant to article 6:212 para.1 DCC.

5.3 Damage

Article 6:212 of the Dutch Civil Code was designed as an obligation to pay compensation in the form of damages. The plaintiff must have suffered damage. Although any form of damage may be involved (the delictual enrich-

ment claim may even involve personal injury), as a rule it will be financial loss. Financial loss may consist of the reduction of assets, the increase in the value of liabilities and loss of profit.

The application of the claim may be more complicated in a multi-party relationship. Has the plaintiff suffered damage within the meaning of article 6:212 DCC if he also has a claim against someone other than the defendant in relation to this damage? In the literature, it has been assumed by a few that there is no question of damage because the claim against the third party is part of the assets of the plaintiff. However, it must be kept in mind that a claim against a party other than the defendant does not exclude an enrichment action. If this were not the case, the subsidiarity test would creep into the claim, which would be at odds with the supplementary role of the enrichment action. However, invoking article 6:100 DCC is conceivable. This would only be successful 'to the extent that it is reasonable'.

From the perspective of the supplementary role of the enrichment claim, criticism of the imposition of the requirement for damage can be formulated. This may result in the continuation of the unjust enrichment of the defendant at the expense of the plaintiff at law, even in a case where restitution would in itself be reasonable. To this extent, the damage requirement may leave a 'gap' in private law. Abolition by the legislator requires consideration.

The fact that the damage requirement may cause a gap in private law requires to be qualified in two respects. Firstly, the nature of the ground for liability determines the way in which the required damage is to be interpreted. It has been argued that in an enrichment law context, the concept of the damage sometimes requires to be interpreted more broadly than in the context of, for example, tort law. The tortious act potentially involves compensation for the entire damage resulting from a certain breach of standard, while in the law of unjust enrichment, the intention is that the obligation to pay damages is to undo the unjustified enrichment of the defendant at the expense of the plaintiff. If the defendant has used goods belonging to the plaintiff without authorisation and leaves the goods neatly behind, then the plaintiff does not appear to have suffered any damage if he did not intend to use or exploit the goods. After all, if the actual situation (in which the defendant has used the case) is compared with the hypothetical situation (in which the defendant has not used the case), there is little difference.

The scope of enrichment law, however, allows the comparison with another hypothetical situation, namely one without the unjustified nature of the enrichment. One could think of a case in which someone knowingly uses someone else's goods. The actual situation (in which the defendant made unauthorised use of the goods) can be compared to the situation in which the defendant would have entered into a contract in respect of the use. This test is not, however, always appropriate. If the defendant retains the plaintiff's good after, for example, the formation of a purchase agreement has failed, the test does not work because the defendant was not interested in using the good but in acquiring the good in property.

A second nuance is that the law of obligations offers an opening in those cases in which the requirement for damages stands in the way of enrichment liability.[61] If the defendant infringes the plaintiff's portrait right and thereby generates an additional profit of € 1,000,000, it is possible that an obligation is adopted on the basis of article 6:1 of the DCC. It must then be examined whether the liability, on the basis of the *Quint/Te Poel* formula, fits into the system of the law and is in line with the cases provided for in the law. If a spy violates a contractual duty of confidentiality, then contractual enrichment claims would also be possible on the basis of the supplementary effect of reasonableness and fairness according to article 6:248 paragraph 1 DCC.

The fact that the action for unjust enrichment is construed as a claim for damages also has attractive aspects. The legal rules applicable to damages provide the defendant with defences that are more defined than relying on the requirement of reasonableness. It has been argued that the defendant may invoke *inter alia* the attribution of benefits, own fault and judicial moderation.[64] However, the effect of these doctrines may be different in the context of a claim based on unjust enrichment than in the context of, for example, a claim based on a tortious act. This is because the nature of the enrichment liability differs greatly from liability based on tort.

Furthermore, article 6:103 DCC offers the judge far-reaching possibilities to reach a balanced result. Although generally the judge can only award damages in kind if this is sought by the plaintiff, it is argued in this book that the judge also has the scope to do so in the context of article 6:212 para.1 DCC, even if this has not been sought by the plaintiff. After all, the enrichment action only promises damages 'insofar' as this is reasonable. Furthermore, article 6:103 DCC Code can support the supplementary role of the enrichment claim because this provision can increase the possibilities of resolving hard cases. If the plaintiff erects a building on the defendant's ground as a result of which the defendant is unjustifiably enriched at the expense of the plaintiff, and if monetary compensation would impose a spending pattern on the defendant which would compromise his autonomy, then, as has been argued, it is possible for the judge to grant the plaintiff a right of removal. This right provides the plaintiff with a negotiating position vis-à-vis the defendant.

5.4 Causal link

Liability based on unjust enrichment requires that the enrichment of the defendant has been at the expense of the plaintiff. Since it is required that the plaintiff has suffered damage, this requirement may be formulated in such a way that there requires to be a link between the enrichment of the defendant and the loss suffered by the plaintiff.

This requirement has been interpreted broadly both in parliamentary history and by the judiciary. There must be in one or another way a link between the defendant's enrichment and the plaintiff's damage. This requirement is not only met if there has been a direct transfer of assets

between the plaintiff and the defendant. The connection may also exist in the event of an indirect transfer of assets, whereby enrichment via the assets of a party other than the impoverished plaintiff (a third party) ended up in the assets of the enriched defendant. Moreover, there are indications that there may also be sufficient causal connection if there has been no shift of assets whatsoever however, the enrichment of the defendant at the expense of the plaintiff, has arisen in a different way.

This broad interpretation is justified. Article 6:212 para. 1 DCC was indeed intended for cases in which the defendant has been enriched at the expense of the plaintiff in a manner not provided for elsewhere in private law. If the general enrichment action is limited to, for example, only direct transfers of assets or only direct and indirect transfers of assets, then certain cases of unjustified enrichment are categorically excluded from the scope of the application of the general action for unjust enrichment. The views expressed in the literature that advocate a stricter causal relationship have all been rejected. A broad interpretation of the causal relationship fits with the supplementary role of the general enrichment action. The 'wheat must be separated from the chaff' within the framework of the requirement that the enrichment is unjust and the reasonableness requirement. It is however the case that, the 'looser' the link between the enrichment and the impoverishment, the less likely it is that an enrichment qualifies as an *unjustified enrichment*.

5.5 Unjust

Liability based on unjust enrichment requires that the enrichment enjoyed by the defendant at the expense of the plaintiff is unjust. In considering whether the enrichment of the defendant at the expense of the plaintiff qualifies as unjust enrichment, a distinction should be made between cases where there is a transfer of assets between the plaintiff and the defendant and cases where this is not the case.

5.5.1 Enrichment resulting from a transfer of assets

If the enrichment of the defendant at the expense of the plaintiff has arisen as a result of a shift of assets, in the sense that assets of the plaintiff have been transferred to those of the defendant, there must be justification for this. If the justification is lacking, then there is unjust enrichment. Given that a property right is something that *belongs* to the right holder in a legal sense, there should be justification for a transfer of assets; otherwise there is unjust enrichment. This justification may be a legal act, a contract, a statutory provision, the system of private law or another ground such as, the will of the impoverished plaintiff.

If the defendant derives his enrichment from a contract, a distinction requires to be made between the case where the defendant derives this enrichment from a contract with the plaintiff and the case where the defendant derives his benefit from a contract with a party other than the plaintiff.

If the defendant is enriched by virtue of a contract with the plaintiff, then there is no unjust enrichment if the agreement extends to that enrichment. The action for unjust enrichment then has no purpose, because in the law of contract sufficient *checks and balances* have been accounted for to achieve an acceptable result. Consideration may be given to vitiated consent, the judicial power to amend in the event of unforeseen circumstances and the additional and limiting effect of reasonableness and fairness. In a bilateral contractual relationship there is only room for an enrichment claim if the enrichment that has occurred between the contracting parties is not legitimised by the agreement. An exceptional case is that, if in the execution of the agreement an advantage unintentionally remains with one of the parties at the expense of the other party. In that case there may be unjust enrichment provided this concerns an unintended advantage.

If the defendant is enriched by a contract with a person other than the impoverished plaintiff, then the starting point must be that the agreement has implications for third parties in terms of enrichment law. The contractual counterparty of the enriched has, as is the case for anyone, an entitlement to his assets and he can therefore dispose of these assets vis-à-vis the rest of the world. This implies that the contract between the defendant and his counterparty (a third party), arising from which the defendant derives an advantage, in respect of this advantage, is regarded as a ground for justification, a legitimation, against the impoverished plaintiff.

Departure from this principle is only possible if the third-party implications of enrichment law reasoning is absent or if there are special circumstances. The latter is prompted by the fact that the *checks and balances* of contract law do not apply to such a multi-party relationship. In this regard, the general enrichment action can supplement contract law.

If the defendant derives his benefit from a statutory provision or the system of the law, whether or not the enrichment is unjustified, depends on the scope of the law. If the law does not aim to legitimise the transfer of assets, then there is, subject to the existence of a different justification, an unjustified enrichment. If the law does extend to cover the transfer of assets, there is no unjustified enrichment because the law justifies the transfer.

However, this book defends the view that enrichment may also be unjustified if the law from which the defendant derives his enrichment is intended to justify it. This is the case if the law leads to enrichment of the defendant at the expense of the plaintiff, which is unacceptable according to standards of reasonableness and fairness. The proposition is that the action of enrichment should be able to rectify the law, if the law leads to unacceptable results, by virtue of its supplementary nature. Although case law from the Supreme Court contains a number of minor indicators for this assertion, such a flexible approach cannot yet be inferred from case law.

The various conceptions of the principle of unjust enrichment may play a role both in respect of the question as to whether the enrichment-related third-party implications of the contract should be breached and in the question of whether the enrichment action should rectify the law. In particular,

this could include the principle that a person should not benefit from his or her onerous and unacceptable behaviour and the principle that enrichment, which falls outside the normal course of events, should be viewed critically. Special circumstances may make an enrichment that has *prima facie* legitimacy unjustified.

5.5.2 *Enrichment without transfer of assets*

If the defendant's enrichment has arisen in a different way than by a shift in assets, the mere absence of a justification cannot lead to the conclusion that the defendant's enrichment at the expense of the plaintiff is unjustified. In that case, no assets which *belong* to the plaintiff have flowed into the defendant's property. There is no shift in assets on which to base the determination of unjustification. Therefore, the test to determine whether the enrichment is unjustified works differently if there is no shift of assets.

If the enrichment did not arise from a shift of assets, the starting point has to be that the enrichment of the defendant at the expense of the plaintiff is not unjustified. Just as everyone has to bear their own damage, everyone can keep the enrichments they accrue. This principle can only be departed from if there are special circumstances that make the enrichment unjustified. A positive criterion is added to the negative criterion of the absence of a justification: in the circumstances of the particular case, there must be a reason for regarding the defendant's enrichment as unjust enrichment. The approach is inspired by the '*unjust factors* approach', although the English approach differs completely from the one defended here.

In the interpretation of the criterion, connection can be sought with the various conceptions of the principle of unjust enrichment. If the enrichment arose from an event that resembles a transfer of assets, the *sine causa* approach can be applied analogously. If the defendant has benefited at the expense of another party from his unacceptable conduct, this may be an indication that his enrichment is unjustified. The same applies if the defendant reaps the benefits of activities the negative consequences of which are partly borne by the plaintiff. Finally, if the enrichment is outside the normal course of events, it requires to be examined critically whether or not the enrichment, in view of the particular circumstances of the case, may be regarded as unjust enrichment.

5.6 Reasonableness

If the defendant has been unjustly enriched at the expense of the plaintiff, it has not yet been established that the defendant is liable for the damage related to the enrichment. Liability on the grounds of unjust enrichment arises only to the extent that it is reasonable. The principle that no one should be unjustly enriched at the expense of another is not always at the top of the private law agenda. Sometimes other considerations take precedence.

The requirement of reasonableness corresponds with the action for unjust enrichment that, due to its supplementary role, is open in character. Since the action for unjust enrichment is intended for enrichment cases that are not otherwise provided for, the requirement of reasonableness allows the judge to take into account all arguments that argue against liability on the grounds of unjust enrichment. The requirement for reasonableness is an alternative to other demarcation or delimitation methods that are more categorical in nature. Furthermore, the court also has the scope to adjust the degree of liability to the appropriate level. On the one hand, the judge may set the obligation to pay damages at a lower amount than the lowest amount of enrichment and damage. On the other hand, the judge may consider that only compensation in kind can be awarded. The judge can be creative in this respect. It has been argued that under certain circumstances it is conceivable that the court will give the plaintiff a right of removal to undo the unjust enrichment.

The test of the reasonableness requirement is not of the same nature as the test in respect of whether a given rule is in the particular case unacceptable by standards of reasonableness and fairness. Reasonableness does not only stand in the way if liability on the grounds of unjust enrichment is unacceptable. Reasonableness precludes the assumption of enrichment liability on the grounds of unjust enrichment, insofar as, in the particular case, there are other considerations of private law that outweigh the undoing of the unjust enrichment of the defendant. The requirement of reasonableness can best be seen as a fundamental requirement for liability for unjust enrichment. If liability on the grounds of unjust enrichment is not reasonable, then no liability arises.

The interpretation of the reasonableness requirement is largely determined by the system of private law and the principles underlying it. Liability for unjust enrichment cannot be reasonable, for example, if liability on the grounds of unjust enrichment would be at odds with the autonomy of the defendant, with freedom of contract, with the *paritas creditorum* principle,[102] with considerations of consumer protection, with considerations of third party protection[104] or with the balancing of interests underlying a specific statutory regulation.Systematic arguments therefore, play a major role in the explanation of the reasonableness requirement. However, it should be borne in mind that the reasonableness requirement might also offer scope for other types of arguments.

If it is accepted that the requirement of reasonableness is fundamental, then this has consequences for the moment at which the enrichment claim arises. If liability is first, at moment t not reasonable (for example because liability would lead to a forced spending pattern) but later, at moment t + 1, it is (for example because the enrichment has now become liquid), then an obligation only arises on the grounds of unjust enrichment at that later time, in other words, some time after the moment the unjust enrichment arose. The limitation period as referred to in Article 3:310 para. 1 DCC therefore only begins to run, at the earliest, at this later moment. It must be assumed,

however, that irrespective of the later starting point of the limitation period, liability for unjust enrichment which took place more than twenty years ago is not reasonable. The long term specified in article 3:310 para. 1 DCC gives colour, therefore, to the requirement of reasonableness.

6 Supplement to Contract Law

It has been argued that the supplementary role has consequences for the way in which the criteria of article 6:212 para. 1 DCC requires to be interpreted. However, the supplementary role of the general enrichment action can also be considered from the perspective of a specific area of law or a specific doctrine. This is the perspective taken in the third part. The extent to which the general enrichment action can successively supplement contract law and tort law and further, how the considerations of contract law and tort law affect the application of article 6:212 para. 1 DCC has been investigated.

Two ways have been distinguished in which the action for unjust enrichment can supplement the rules of contract law in a two-party relationship.

In the first place, liability on the grounds of unjust enrichment can act as a substitute for an absent contract.[109] This would be for cases in which no contract has been concluded, or in cases where this is in doubt, however, one party has obtained an advantage at the expense of another party that would generally be the basis for a contract. It has been illustrated that, in this context, the action for unjust enrichment may play a significant role in the slipstream of various doctrines.

Secondly, liability for unjust enrichment may arise if there is an agreement between the parties however one of the parties, unintentionally, benefits from an advantage at the expense of another party as a result of a *side effect* of a specific rule or set of rules of private law. The enrichment claim supplements the contractual remedies, although, as has been pointed out, the same can be achieved with the supplementary effect of reasonableness and fairness.

For both categories discussed, the rules and principles underlying the law of contract can affect the assessment of claims based on unjust enrichment. Furthermore, in both categories, enrichment liability can, in different cases, provide a middle ground between regular contractual liability and no liability at all. The fact that the action for unjust enrichment can supplement contract law means that the rules of this area of law do not need to be interpreted in an unnecessarily flexible way in order to avoid unjust enrichment. This is an illustration of the general enrichment action operating like a valve.

The enrichment claim can also supplement contract law in a multi-party relationship.[112] It concerns a possible enrichment claim by the defendant against the plaintiff while they are not in a contractual relationship with each other. Unlike in a two-party relationship, the possibility of reverting to reasonableness and fairness is generally absent in such a multi-party relationship. After all, subject to one exception, reasonableness and fairness only

applies if some sort of legal relationship already exists (cf. article 6:2 and 6:248 DCC). Reasonableness and fairness is not an independent source of obligations. In this respect, the general enrichment action supplements contract law.[113] Two types of third-party enrichment should be distinguished.

If the defendant is indirectly enriched at the expense of the plaintiff, without the defendant deriving his benefit from any contract, then the enrichment, provided there is a transfer of assets, will be unjustified. This does not establish liability automatically. Liability may be rejected on the basis of the reasonableness requirement. This may be the case, for example, if liability is at odds with the defendant's autonomy, if the plaintiff, without good reason, fails to hold his direct contractual partner liable, if liability on the grounds of unjust enrichment would conflict with the *paritas creditorum* or if liability would conflict with a specific statutory provision.

If the defendant is indirectly enriched at the expense of the impoverished, while the defendant derives his benefit from a contract with a party other than the impoverished plaintiff, then the starting point is that the enrichment is not unjust as the enrichment is justified by the contract. The contract has third-party effect.

There are, however, cases in which the rationale of third-party effect is absent. This may be the case if the defendant's counterparty has other people's assets at his disposal, if the contractual counterparty of the enriched was not authorised to dispose of his own assets due to bankruptcy or if the defendant received an advantage from his contractual counterparty which was intended for the plaintiff in some way. In addition, there are cases in which the rationale of third-party effect is indeed present, however due to special circumstances, it is necessary to depart from this as a starting point. This may be the case, for example, if the contract from which the enriched party derives his benefit is unbalanced or objectionable or if the enriched party has acted dishonestly.

At the same time, a number of cases of third-party enrichment have been identified and discussed that are more complex in nature and consequently fall outside the scheme. Not all cases of unjustified enrichment can be captured in a preconceived scheme.

7 Supplement to Tort Law

The general enrichment action can also supplement tort law. The potential need to supplement tort law lies mainly in the fact that the system of tort law is a relatively closed system. Mainstream tort law is limited by the codified sources of obligations: liability arises if there is an attributable tort or if the requirements of any of the sources of strict liability codified in the law have been met. If the defendant should bear the plaintiff's damage according to standards of reasonableness and fairness, however the case cannot, not even by adopting a broad interpretation, be classified under one of the codified sources of strict liability, then it seems that the injured party has to bear his

own damage, even though there appears to be good arguments for the liability of the defendant. In a number of such cases article 6:212 para. 1 DCC may fulfil a supplementary role.

The supplementary power of the enrichment claim is founded on two structural differences with delictual liability. In the first place, the application of the general enrichment action does not test whether the *conduct* is unlawful, but whether the *enrichment* of the defendant at the expense of the plaintiff is unjustified. It has been argued that various circumstances can play a significant role in this respect. One of these circumstances is the nature of the conduct. It may be that the conduct of the defendant is not serious enough for the assumption of unlawfulness in the sense of article 6:162 para. 2 DCC, while the nature of the conduct does mean that the enrichment enjoyed by the defendant at the expense of the plaintiff has an unjustified character.

Secondly, the scope of liability on the basis of unjust enrichment is more limited than liability on the basis of tort. Where liability on the basis of tort potentially covers the entire damage of the plaintiff, liability on the basis of unjust enrichment is capped at the lowest amount of enrichment and damage and, moreover, liability may not exceed what is reasonable. Because liability on the grounds of unjust enrichment is less far-reaching, there is scope for assuming liability earlier. Delictual enrichment liability can be a middle ground between, potentially, full liability and no liability whatsoever.

The supplementary role of the enrichment action is illustrated with various examples. If the defendant is enriched at the expense of the plaintiff through unacceptable conduct, this can lead to the conclusion that the defendant has been unjustifiably enriched, even if this action is not unlawful or if there is doubt about this. If the defendant enriches himself at the expense of the plaintiff by infringing a legal provision, then the infringement of the law may make the enriching of the defendant at the expense of the plaintiff unjustified, even if the law does not serve to protect the interests of the plaintiff and the Langemeijer correction does not apply or does not seem to apply. A minimum requirement is that the violation of the law is the key to success. Under certain circumstances, an unjustified enrichment may also exist if the defendant has benefited from the breach of contract of the contractual counterparty of the impoverished plaintiff, without this benefit qualifying as unlawful conduct.

It has been argued that a supplement to the doctrine of hazardous negligence could also be considered. These are cases in which the defendant's company's activities are profitable, while at the same time they create a danger that is not unlawful and that cannot be classified under one of the codified sources of strict liability. Under certain circumstances, the defendant could be liable on the basis of unjust enrichment, up to a maximum of the amount of the profit, for the damage sustained by the plaintiff that is causally related to those activities. Unjust enrichment may occur if, on the one hand, it is not sufficient to say that the damage belongs to the 'normal risks of life' of the plaintiff while it can be argued that the damage should be seen as an expense that should be attributed to the defendant's activities. This can

for example be the case if it concerns the realisation of an unknown danger of a new and profitable technology.

It is also possible to think of a profitable activity that creates such a small danger that the activity is not unlawful towards a particular person, but where the law of large numbers means that the very limited danger will occasionally materialise. In the case of new technology and the very low risk, I believe that the person who has created the danger should bear the damage caused, rather than the person who has fallen victim to the realisation of the danger. However, the liability of the plaintiff is always – in the absence of fault and a source of regular delictual liability – limited to the amount of the profits he has received as a result of the activity.

The supplementary role does not necessarily only lead to an expansion of liability law. The fact that the law of unjust enrichment can supplement tort law can also further refine tort law. Because unjust enrichment may function as a source of delictual liability, it may not be necessary to take a broad view of the established rules of tort law in order to prevent the defendant from being unjustly enriched at the expense of the plaintiff. In this sense, the general enrichment action can also act like a valve for tort law.

8 Conclusion

In this book it is argued that the general enrichment action has a supplementary role and that this influences the interpretation of the requirements of article 6:212 para. 1 DCC. Within certain limits, the enrichment requirement, the damage requirement and the required causal connection require to be interpreted broadly. The emphasis must be on the unjustifiability and reasonableness requirements. In this book, the principles of the supplementary enrichment law are outlined, while at the same time, attention is paid to circumstances that may justify departure from these principles.

Literatuurlijst

Ankum 1962
J.A. Ankum, *De pauliana buiten faillissement in het Nederlandse recht sedert de codificatie (L'action paulienne du droit civil Neerlandais a partir de la codification)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962.

Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013
S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/De Boer 1* 2010
J. de Boer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2010.

Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016
J. de Boer, W.D. Kolkman & F.R. Salomons, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en familierecht. Deel II. Huwelijk, geregistreerd partnerschap en ongehuwd samenleven*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Hijma 7-I* 2013
Jac. Hijma, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Internationaal privaatrecht. Deel I*. Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Kortmann 3-III 2017
S.C.J.J. Kortmann (m.m.v. J.S. Kortmann), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Deel III. Vermogensrecht algemeen. Volmacht en vertegenwoordiging*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Van Mierlo 3-VI 2016
A.I.M. van Mierlo (m.m.v. K.J. Krzemiński), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel VI. Zekerheidsrechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2017
H.J. Rossel & A.H.T. Heisterkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel II. Huur*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Scholten Algemeen deel* 1974
P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel**, Deventer: Kluwer 1974.

Asser/Sieburgh 6-II 2017
C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014
T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2014.

Asser/Vranken Algemeen deel 1995**
J.B.M. Vranken, *Mr. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 1995.

Asser/Vranken Algemeen deel* 2005**
J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel****, Deventer: Kluwer 2005.

Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012
J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012.

Autar-Matawlie & Leonhard-Strien 2013
S.W. Autar-Matawlie, W.H.A. Leonhard-Strien, 'Vermogensrechtelijke afwikkelingsperikelen van de samenleving', *FTV* 2013/33, p. 26-30.

Bakker 2012
P.S. Bakker, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm*, Deventer: Kluwer 2012.

Bakker 2013
P.S. Bakker, 'Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm. Over het maatschappelijke redelijkheidsgebod en de verplichting om rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen' (bespreking proefschrift), *AA* 2013/5, p. 409-413.

Bakels 2011
F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten (Mon. B-58)*, Deventer: Kluwer 2011.

Baloch 2007
Tariq A. Baloch, 'The unjust enrichment pyramid', *Law Quarterly Review* 2007, p. 636-653.

Barker 2004
Kit Barker, 'Understanding the Unjust Enrichment Principle in Private Law: A Study of the Concept and its Reasons', in: in Jason W. Neyers, Mitchell McInnes en Stephen G.A. Piterl, *Understandiging Unjust Enrichment'*, Oxford/Portland: Hart Publishing 2004, p. 79-110.

Bauw 2015
E. Bauw, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor zaken (Mon. Nieuw BW B-47)*, Deventer: Kluwer 2015.

Beatson & Schrage 2003
J. Beatson, E.J.H. Schrage (red.), *Unjustified Enrichment*, Oxford an Portland, Oregon: Hart Publishing 2003.

BeckOK BGB/Wendehorst BGB § 812
C. Wendehorst, '§ 812', in: H.G. Bamberger, H. Roth, W. Hau, R. Poseck, *BeckOK BGB*, München: Verlag C.H. Beck 2018.

Beekhoven van den Boezem 2000
F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'Andermaal: Ongerechtvaardigde verrijking door de werking van art. 3:105 lid 1 BW', *WPNR* 2000/6416, p. 637-639.

Biegman-Hartogh 1971
A.M. Biegman-Hartogh, *Ongegronde verrijking (l'enrichissement sans cause) avec un résumé en français*, Assen: Van Gorcum 1971.

Bierens 2012
B. Bierens, 'Ongerechtvaardigd verrijkt door fraude? Over winstbejag, goedgelovigheid en de mogelijkheid tot restitutie bij een piramidespel. Annotatie bij HR 28 oktober 2011, LJN BQ5986 (Van Hees q.q./N.N.)', *MvV* 2012, p. 279-286.

Birks 1985
Peter Birks, *An Introduction to the Law of Restitution*, Oxford: Clarendon Press 1985.

Birks 1998
Peter Birks, 'Misnomer', in: W.R. Cornish, Richard Nolan, Janet O'Sullivan (e.a.), *Restitution, Past, Present and Future. Essays in Honour of Gareth Jones*, Oxford: Hart Publishing 1998, p. 1-29.

Birks 2005
Peter Birks, *Unjust Enrichment*, Oxford: University Press 2005.

Van Bochove 2013
L.M. van Bochove, *Betrokkenheid van derden bij contractsbreuk*, Oisterwijk: WLP 2013.

Boekraad 2007
G.A.J. Boekraad, 'Onverschuldigde betaling in faillissement. HR 8 juni 2007, NJ 2007, 419 m. nt. PvS (Van der Werff q.q./BLG)', *MvV* 2007/10, p. 209-213.

Boeve 2016
G.J. Boeve, 'Aan de ongerechtvaardigd verrijkte is ook onverschuldigd betaald', *MvV* 2016/12, p. 328-334.

Van Boom 2002
W.H. van Boom, 'Verrijkingsafdracht en aansprakelijkheid', in: W.H. van Boom, M.H. Wissink, *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking. Preadviezen 2002 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 71-147.

Van Boom 2016
W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, Den Haag: Boom Juridisch 2016.

Brandsma 1994
F. Brandsma, 'Derdenverrijking. Quint/Te Poel of een varkensstal en art. 6:212', *RM Themis* 1994/6, p. 251-271.

Breedveld-de Voogd 1987
C.G. Breedveld-de Voogd, 'Onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking', in: 'Overzicht van rechtspraak. Enkele belangrijke arresten van de Hoge Raad der Nederlanden (1984-1986)', *TPR* 1987, p. 879-892.

Bregstein 1927
M.H. Bregstein, *Ongegronde Vermogensvermeerdering*, Amsterdam: H.J. Paris 1927.

Bregstein 1948
M.H. Bregstein, 'Ongegronde vermogensvermeerdering', *WPNR* 1948/4043-4046, p. 239-242, p. 247-250, p. 255-258 en p. 263-266.

Brunings 2016
M. Brunings, 'Over redelijke wetstoepassing en hanteerbaarheid van het Nederlandse privaatrecht. Mogelijkheden en grenzen in de rechtsvormende rechtspraak op grond van de billijkheid', in: Ruben de Graaff, Titiaan Keijzer, Charlotte de Kluiver, Mojan Samadi (red.), *Rechtsvorming door de Hoge Raad,* Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016, p. 75-107.

Van der Burght 1992
Gr. van der Burght, 'Het noodlot van een "veel voorkomend type", of: bij uitsluiting staat de vrouw in de kou', *WPNR* 1992/6072, p. 890-895.

Burrows 2006
A.S. Burrows, 'Absence of Basis: The New Birksian Scheme', in: A.S. Burrows, Lord Rodger of Earlsferry, *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks,* Oxford: University Press 2006, p. 33-48.

Burrows 2011
A.S. Burrows, *The Law of Restitution*, Oxford: University Press 2011.

Burrows 2012
A.S. Burrows, *A Restatement of the English Law of Unjust Enrichment*, Oxford: Universitary Press 2012.

Von Caemmerer 1954
E. von Caemmerer, 'Bereicherung und unerlaubte Handlung', in: Hans Dölle, Max Rheinstein, Konrad Zweigert (red.), *Festschrift für Ernst Rabel. Bd. 1: Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht*, Tübingen: Mohr 1954, p. 370-392.

Von Caemmerer 1968
Ernst von Caemmerer, 'Grundprobleme des Bereicherungsrecht', in: Hans G. Leser, *Ernst von Caemmerer Gesammelte Schriften. Band I. Rechtsvergleichung un Schuldrecht,* Tübingen: J.C.B Mohr (Paul Siebeck): 1968, 334-401.

Chao-Duivis 1996
Chao-Duivis, 'Dief wordt eigenaar… en blijft dat (helaas)!', *WPNR* 1996/6240, p. 732-734.

Cohen Henriquez 1991
M.E. Cohen Henriquez, 'Familiediensten en Familie(vermogensrecht)', *WPNR* 1991/6091, p. 654-655.

Coleman 1982
Jules Coleman, 'Corrective Justice and Wrongful Gain', *The Journal of Legal Studies* 1982, Vol. 11, No. 2, p. 421-440.

Dagan 2004
H. Dagan, *The Law and Ethics of Restitution*, Cambridge: Cambridge University Press 2004.

Van Dam 2000
C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht, een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom 2000.

Damminga 2014
S.R. Damminga, *Ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling als bronnen van verbintenissen*, Deventer: Kluwer 2014.

Dannemann 2009
G. Dannemann, *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution,* Oxford: University Press 2009.

Dawson 1951
J.P. Dawson, *Unjust Enrichment,* Boston: Little, Brown and Company 1951.

Drion 1959
H. Drion, 'Overzicht der Nederlandse rechtspraak. Verbintenissenrecht', *WPNR* 1959/4606, p. 495-499.

Van Duijvendijk-Brand 1990
J. van Duijvendijk-Brand, *Afrekenen bij (echt)scheiding* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1990.

Dworkin 1977
Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London: Bloomsbury 1977.

Eggens 1998
J. Eggens, 'De bronnen van verbintenis', in: H.C.F. Schoordijk, J.M. Smits (red.), *Eggens bundel, een selectie uit het werk van Jannes Eggens*, Overveen: Belvédère Boekhandel de Kloof 1998, p. 362-382.

Engelhard & Van Maanen 1998
E.F.D. Engelhard, G.E. van Maanen, 'De vordering uit ongerechtvaardigde verrijking; géén billijkheidsactie! Het hek moet weer op de dam...', *NTBR* 1998, p. 309-324.

Franken 2010
A.Ch.H. Franken, 'Het voorzorgsbeginsel in het aansprakelijkheidsrecht – een verkenning', *AV&S* 2010/25, p. 185-200.

Friedmann 2003
Daniel Friedmann, 'Unjust Enrichment, Pursuance of Self-Interest, and the Limits of Free Riding', *Loyola of Los Angeles Law Review* 2003/33, p. 831-867.

Van Galen 1997
R.J. van Galen, 'De rangorde onder boedelschulden in faillissement', *WPNR* 1997/6266-6267, p. 255-258, p. 275-279.

Gerdes 2005
D.M.A. Gerdes, *Derdenverrijking*, Proefschrifteditie.

Gordley 2006
James Gordley, *Foundations of Private Law*, Oxford: University Press 2006.

Goff & Jones 1966
Robert Goff, Gareth Jones, *The Law of Restitution*, Londen: Sweet & Maxwell 1966 (second impression: 1969).

Goff & Jones/Mitchell, Mitchell & Watterson 2016
Charles Mitchell, Paul Mitchell, Stephen Watterson, *Goff & Jones. The Law of Unjust Enrichment*, London: Sweet & Maxwell 2016.

Hallebeek & Schrage 1989
J.J. Hallebeek, E.J.H. Schrage, *Ongerechtvaardigde verrijking. Grepen uit de geschiedenis van de algemene verrijkingsactie van het NBW*, Amsterdam: VU Uitgeverij 1989.

Hamaker 1970
Hamaker, *Onverschuldigde betaling*, Deventer: Kluwer 1970.

Hart 1994
H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press 1994.

Hartkamp 1992
A.S. Hartkamp, *Wetsuitleg en rechtstoepassing na de invoering van het nieuwe burgerlijk wetboek*, Deventer: Kluwer 1992.

Hartkamp 2001:
A.S. Hartkamp, 'Ongerechtvaardigde verrijking naast overeenkomst en onrechtmatige daad', *WPNR* 2001/6440-6441, p. 311-318 en p. 327-334.

Hartlief 1994
Hartlief, *Ontbinding. Over ongedaanmaking, bevrijding en rechterlijke bevoegdheden bij ontbinding wegens wanprestatie*, Deventer: Kluwer 1994.

Hartlief 2012
T. Hartlief, 'Ongerechtvaardigde verrijking naar Nederlands recht', in: *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Preadviezen 2012,* Den Haag: Boom 2012, p. 245-302.

Hartlief 2015
T. Hartlief, 'Wat doet de Hoge Raad anno 2015 in het aansprakelijkheidsrecht?', *AA* 2015/1, p. 914-926.

Hendrikx 2015
A.M.M. Hendrikx, 'Profiteren van andermans wanprestatie. Beschouwingen naar aanleiding van HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:740, *NJ* 2014/194 (Joba/Tjin-Hin-Tjoe)', *MvV* 2015/2, p. 54-59.

Hijma 1988
Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen,* Deventer: Kluwer 1988.

Hijma 2017
Jac. Hijma, 'Ontwikkelingen in het overeenkomstenrecht (III)', *WPNR* 2017/7166, p. 777-784.

Hijma/Olthof 2017
Jac. Hijma, M.M. Olthof, *Compendium van Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Den Hollander 2016
P.W. den Hollander, De relativiteit van wettelijke normen, Den Haag: Boom Juridisch 2016.

Houwing 1972
Ph.A.N. Houwing, 'Positief en negatief belang bij rechtsschijn' in: H.Drion, A. Minkenhof, J.M. Polak (red.), *Geschriften van Houwing*, Deventer: Kluwer 1972, p.103-137.

Jaffey 2013
Peter Jaffey, 'The Unjust Enrichment Fallacy And Private Law', *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2013, *Vol. XXVI, no. 1,* p.115-136.

Jansen 2005
C.J.H. Jansen, 'Het vereiste "op redelijke grond" bij zaakwaarneming', *Groninger opmerkingen en mededelingen* 2005, p. 21-32.

Jansen 2009.
C.H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen* Mon. BW B-45*,* Deventer: Kluwer 2009.

Jansen 2018
J.E. Jansen, 'Schadevergoeding uit onrechtmatige daad na verkrijging door artikel 3:105 BW', *RM Themis* 2018/1, p. 3-11.

Jansen 2012
K.J.O. Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012.

Jansen 2014
Nils Jansen, 'The Idea of Legal Responsibility', *Oxford Journal of Legal Studies* 2014, vol. 34, No. 2, p. 221-252.

Jansen 2016
Nils Jansen, 'Farewell to unjustified enrichment?', *Edin. L.R.* 2016, 20(2), p. 123-148.

Janssen 2009
J.F.M. Janssen, 'Het causaliteitsvereiste blokkeert de aansprakelijkheid van de indirect verrijkte', *WPNR* 2009/6787, p. 155-167.

De Jong 2011
G.T. de Jong, 'Proav NV/AVA BV. Annotatie bij HR 9 juli 2010, NJ 2010, 498, LJN BM2329', *NTBR* 2011/69, p. 492-496.

De Jong 2016
E.R. de Jong, *Voorzorgsverplichtingen. Over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling voor onzekere risico's* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom 2016.

Jongsma 2010
D. Jongsma, 'Vereffening van de negatieve faillissementsboedel. Naar Nederlands en Duits recht', *AA* 2010, 851-861.

Jonkers 2017
T. Jonkers, *Over onwettigheid, onzedelijkheid en terugvordering* (diss. Groningen), Den Haag: Boom 2017.

Klaassen 1991
C.M.J. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid: de afdelingen 6.3.2 en 6.3.3 NBW, alsmede art. 31 Wegenverkeerswet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

Klaassen 2017
C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2* (Mon BW B35), Deventer: Kluwer 2017.

Klomp 1996
R.J.Q. Klomp, 'Een dubbele termijn voor de dief. Reactie op prof. Zwalve', *WPNR* 1996/6231, p. 519-520.

De Kluiver 1992
H.J. de Kluiver, Onderhandelen en privaatrecht, Deventer: Kluwer 1992.

Koolhoven 2011
R. Koolhoven, *Niederländisches Bereicherungsrecht*, Göttingen: V&R unipress 2011.

Koolhoven 2011b
R. Koolhoven, 'Condicties bij "de afgekorte betaling", *RM-Themis* 2001/6, p. 255-262.

Van Kooten 2002
H.J. Van Kooten, *Restitutierechtelijke gevolgen van ongeoorloofde overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2002.

Kortmann 1995
S.C.J.J. Kortmann, 'Onverschuldigde betaling aan de curator', *WPNR*, 1995/6171, p. 159-160.

Kortmann 2006
S.C.J.J. Kortmann, 'De onbegrijpelijke, onbillijke en onbruikbare Ontvanger/Hamm q.q.-regel', in: S.C.J.J. Kortmann, *10 jaar "JOR" alsnog geannoteerd*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 156-164.

Van Koppen 1998
F.P. van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering*, Deventer: Kluwer 1998.

Krebs 2002
Thomas Krebs, 'In defence of unjust factors', in: David Johnston, Reinhard Zimmermann (red.), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspectvive*, Cambridge: University Press 2002, p. 76-100.

Langemeijer 1969
G.E. Langemeijer, 'Prognostica over ongerechtvaardigde verrijking', in: H. Bakels, J. Beekhuis (red.), *Op de grenzen van komend recht: opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Beekhuis,* Zwolle: Tjeenk Willink 1969, p. 155-164.

Lankhorst 1992
G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad,* Deventer: Kluwer 1992.

Leuken 2007
R.W.E. van Leuken, 'Zo. Nu eerst een ..... passing-on verweer? (I)', *WPNR* 2007/6734-6735, p. 1024-1031 en p. 1048-1054.

Van der Linden 2013
T. van der Linden, 'De opgedrongen verrijking', *AA* 2013/1, p.11-20.

Van der Linden 2013b
T. van der Linden, 'Ongerechtvaardigde verrijking en het stelsel van de wet', *TPR 2013-2,* p. 1451-1463.

Van der Linden 2016
T. van der Linden, 'Over de dief die eigenaar geworden is', in: W.H. van Boom, C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans e.a. (red.), *Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders*, Deventer: Kluwer 2016, p. 291-305.

Van der Linden 2017
T. van der Linden, 'Het schadevereiste van de verrijkingsactie. Een weeffout?', in: M.Th. Beumers, C.C. de Kluiver, F.Q. van de Pol e.a. (red.), *Vijftig weeffouten in het BW, Nijmegen*: Ars Aequi Libri 2017, p. 245-252.

Lindenbergh 2014
S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding, algemeen, deel 1* (Mon. BW nr. B34), Deventer: Kluwer 2014.

Linssen 2001
J.G.A. Linssen, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking,* Den Haag: Boom: 2001.

Linssen 2002.
J.G.A. Linssen, 'Ongerechtvaardigde verrijking', *WPNR* 2002/6472.

Lodder 2012
Andrew Lodder, *Enrichment in the law of unjust enrichment and restitution*, Oxford: Hart Publishing 2012.

Loeff 1953
L.P.M. Loeff, 'De Onvoltooide Symphonie van het Privaatrecht. Beschouwingen over antieke en moderne praetorische rechtsvinding', *RM Themis* 1953, p. 1-57.

Van Loo 2003
I. van Loo, 'De laesio enormis: contractueel verrijkingsrecht ten dienste van de wilsleer', in: P. Abas, *Benadeling van de medecontractant*, Deventer: Kluwer 2003.

Van Maanen 2001
G.E. van Maanen, *Ongerechtvaardigde verrijking. Een handleiding voor raadsheren en studenten, met gratis stappenplan,* Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001.

Van Maanen 2001b
G.E. van Maanen, '"Verrijking" en "verarming" in art. 6:212 BW. Een vraag aan Hartkamp. Reactie op het artikel "Ongerechtvaardigde verrijking naast overeenkomst en onrechtmatige daad" van prof mr. A.S. Hartkamp gepubliceerd in WPNR (2001) 6440 en WPNR (2001) 6441.', *WPNR* 2001/6446, p. 490-491.

Van Maanen 2002
G.E. van Maanen, 'Ongerechtvaardigde verrijking! Bespreking preadviezen van Boom en Wissink voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht', *NTBR* 2002/5, p. 174-181.

Van Maanen 2006
G.E. van Maanen, 'Ongerechtvaardigde verrijking. In balans na vijftig jaar.', *VrA* 2006, p. 37-50.

Meier 2002
Sonja Meier, 'Unjust factors and legal grounds', in: David Johnston, Reinhard Zimmermann (red.*), Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspectvive*, Cambridge: University Press 2002, p. 37-75.

Meijer 2007
J.W.M.K. Meijer, *Ongerechtvaardigde verrijking. Een systematische analyse van het begrip ongerechtvaardigdheid, toegepast op kostenverhaal bij bodemsanering*, Den Haag : Sdu Uitgevers 2007.

Mellema-Kranenburg 2009
T.J. Mellema-Kranenburg, 'Is er plaats voor een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking bij samenwoners?', *WPNR* 2009/6785, p. 111-113.

Mijnssen 2001
F.H.J. Mijnssen, 'Unjust enrichment and insurance', in: *E.J.H. Schrage (red.), Unjust Enrichment and the Law of Contract*, Den Haag: Kluwer International 2001, p. 337-346.

Mijnssen 2006
F.H.J. Mijnssen, 'Goederenrechtelijke aspecten van ongerechtvaardigde verrijking', *WPNR* 2006/6657, p. 174-180.

Van de Moosdijk 2013
M.M.C. van de Moosdijk, 'Het verrijkingsbeginsel en de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Europese Unie', *WPNR* 2013/6977, p. 420-427.

Van de Moosdijk 2018
M.M.C. van der Moosdijk, *Unjust enrichment in European Union Law,* Deventer: Wolters Kluwer 2018.

MüKoBGB/Schwab BGB § 812
M. Schwab, '§ 812 Herausgabeanspruch', in: M. Habersack (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 6*, München: Verlag C.H. Beck 2017.

P. Memelink 2009
P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Nieskens-Isphording 1991
B.W.M. Nieskens-Isphording, *Het fait-accompli in het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1991.

Nieskens-Isphording 1998:
B.M.W. Nieskens-Isphording, 'Een analyse van zes jaar ongerechtvaardigde verrijking. Over onvolkomen wetgeving en aanvechtbare jurisprudentie.' *RM Themis* 1998/4, p. 98-109.

Nieskens-Isphording & Van der Putt-Lauwers 2002
B.W.M. Nieskens-Isphording, A. van der Putt-Lauwers, 'Derdenbescherming en ongerechtvaardigde verrijking', *WPNR* 2002/6496, p. 488-491.

Nieuwenhuis 1979
J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.

Nieuwenhuis 1988
J.H. Nieuwenhuis, 'Zij moeten te goeder trouw worden ten uitvoer gebragt', in: M.S. Bijleveld (red.), *Recht vooruit: opstellen verzameld ter gelegenheid van 150 jaar BW*, Deventer: Kluwer 1988, p. 111-119.

Nieuwenhuis 2001
J.H. Nieuwenhuis, 'Promises, promises. Over contracten en andere afspraken', *NJB* 2001/37, p. 1795-1799.

Nieuwenhuis 2007
J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie & Compromis*, Deventer: Kluwer 2007.

Nieuwenhuis 2008
J.H. Nieuwenhuis, *Onrechtmatige daden. Délits, Unerlaubte Handlungen, Torts*, Deventer: Kluwer 2008.

Nieuwenhuis 2015
J.H. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht (Bewerkt door M.C.I.M. Duynstee, O. Nieuwenhuis)*, Deventer: Kluwer 2015.

Oldenhuis 2014
F.T. Oldenhuis, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen* (Mon. BW. Nr. B46), Deventer: Wolters Kluwer 2014.

Pannebakker 2016
E.S. Pannebakker, *Letter of Intent in International Contracting* (diss.), Belgium: Intersentia 2016.

Pannevis & Polak 2017
M. Pannevis, N.J. Polak, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 370.

Du Perron 1999
C.E. Du Perron, *Overeenkomst en derden. Een analyse van de contractswerking* (diss. Amsterdam), Deventer: Kluwer 1999.

PG Boek 5
C.J. van Zeben, J.W. du Pon, M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek: parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Boek 5: Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981.

PG Boek 6
C.J. van Zeben, J.W. du Pon, M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek: parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Boek 6: Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

Reurich 2003
L. Reurich, 'Functies van redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht', in: E.M. Hoogervorst, I.S.J. Houben, P. Memelink e.a. (red.), *Doel en effect van civielrechtelijke sancties. BW-krant jaarboek 19*, Deventer: Kluwer 2003, p. 91-100.

Reuter & Martinek 1983
D. Reuter, M. Martinek, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Tübingen: Mohr 1983.

Ruygvoorn 2009
M.R. Ruygvoorn, Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden, Deventer: Kluwer 2009.

Sagaert 2001
V. Sagaert, 'Ongerechtvaardigde verrijking en gewijzigde omstandigheden', *TPR* 2001, p. 539-635.

Salomons 1993
R.A. Salomons, *Schadevergoeding: zaakschade* (Mon. Nieuw BW B38), Deventer: Kluwer 1993.

Salomons 2001
A.F. Salomons, 'Verrijking, billijkheid en verdelende gerechtigheid', *WPNR* 2001/6476, p. 993-995.

Von Savigny 1841
F.C. von Savigny, *System des Heutigen Römischen Rechts (V),* Berlin: Veit 184.

Scheltema 1993
M.W. Scheltema, 'Het causa-beginsel', in: M.E. Franke, J.P. Jordaans, J.M. Smits e.a. (red.), *Beginselen van vermogensrecht,* Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 149-160.

Scheltema 1997
M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling,* Deventer: Kluwer 1997.

Scheltema 1998
M.W. Scheltema, 'Dubbele verkoop en ongerechtvaardigde verrijking', *NTBR* 1998/1, p. 26-29.

Schonewill & De Jong 2012
W.M. Schonewille, J.W. de Jong, 'Juridische aspecten van Ponzi-schemes', *Ondernemingsrech*t 2012/102, p. 552-558.

Scholten 1899
P. Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* (Diss. UvA), Amsterdam: Scheltema en Holkema 1899; Amsterdam: Paul Scholten Instituut 1999 (Facs. Uitg.).

Schoordijk 1968
H.C.F. Schoordijk, *De verbintenis uit de wet,* Deventer: Kluwer 1968.

Schoordijk 1970
H.C.F. Schoordijk, 'De betekenis van het ontwerp B.W. voor de rechtsvinding', in: J.A. Ankum, G.C.J.J. van den Bergh, H.C.F. Schoordijk (red.), *Plus est en vous. Optstellen over recht en cultuur*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1970, p. 43-79.

Schoordijk 1972
H.C.F. Schoordijk, *Oordelen en vooroordelen (rede)*, Deventer: Kluwer 1972.

Schoordijk 1977
H.C.F. Schoordijk, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977.

Schoordijk 1979
H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979.

Schoordijk 1984
H.C.F. Schoordijk, 'Verrijkingsrecht in de Anglo-Amerikaanse literatuur', *NJB* 1984/21, p. 626-629.

Schoordijk 1986
Schoordijk, *Nogmaals: ongegronde vermogensvermeerdering,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986.

Schoordijk 1988
H.C.F. Schoordijk, *Zaakwaarneming. Een onderbelichte bron van verbintenis,* Deventer: Kluwer 1988.

Schoordijk 1991
H.C.F. Schoordijk, 'Aan een actie uit ongegronde verrijking dienen wij in geval van een contract niet toe te komen', in: J.M. van Dunné, J.H. Nieuwenhuis, J.B.M. Vranken (red.), *Verspreid werk van prof. mr. H.C.F. Schoordijk*, Deventer: Kluwer 1991, p. 345-361.

Schoordijk 1996
H.C.F. Schoordijk, 'Indirecte verrijking, vertegenwoordiging, onrechtmatige daad en Pauliana', *WPNR* 1996/6247, p. 861-866.

Schoordijk 1996b
H.C.F. Schoordijk, 'Het (privaatrechtelijk) dogmatisch tekort', *NJB* 1996/26, p. 1001-1008.

Schoordijk 1996c
H.C.F. Schoordijk, 'Een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking wegens het profiteren door apotheker van intrekking vergunning apotheekhoudend huisarts', *NTBR* 1996/10, p. 247-253.

Schoordijk 1997
H.C.F. Schoordijk, 'Ongerechtvaardigde verrijking in een drie-partijen-verhouding', *NJB* 1997/38, p. 1749-1754.

Schoordijk 1999
H.C.F. Schoordijk, *Onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking bij zogenaamde driehoeksverhoudingen*, Zwolle: Kluwer 1999.

Schoordijk 2001
H.C.F. Schoordijk, 'Dwaling, ongerechtvaardigde verrijking, redelijkheid en billijkheid en vermogensverschuivingen om niet', *NTBR* 2001/1, p. 13-16.

Schrage 1998
E.J. Schrage, 'De subsidiariteit van de algemene verrijkingsactie', in: Gr. van der Burght (red.), *Vorm en norm. Bundel opstellen aangeboden aan prof. mr. Moltmaker,* Deventer: Kluwer 1998, p. 245-257.

Schrage 1999
E.J.H. Schrage, 'Unjustified Enrichment. Recent Dutch developments from a comparative and historical perspective', *Netherlands International Law Review* 1999, 57-86.

Schrage 2002
E.J.H. Schrage, 'Over de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking' in: S.C.J.J. Kortmann e.a.(red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer, 2002, p. 621-656.

Schrage 2005
E.J.H. Schrage, 'Ongerechtvaardigde verrijking', *AA* 2005, p. 815-823.

Schrage 2017
E.J.H. Schrage, *Verbintenissen uit andere bron dan onrechtmatige daad of overeenkomst (Mon. BW nr. B53)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schrama 2014a
W.M. Schrama, 'Vermogensverschuivingen na scheiding van ongehuwde samenlevers: contractuele grondslagen (deel 1)', *REP* 2014/5.

Schrama 2014b
W.M. Schrama, 'Vermogensverschuivingen na scheiding van ongehuwde samenlevers: contractuele grondslagen (deel 2)', *REP* 2014/6.

Schut 1997
G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad,* Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Sherwin 2001
Sherwin, 'Restitution and Equity: An Analysis of the Principle of Unjust Enrichment', *Texas Law Review*, 2001/79, p .2083-2113.

Sieburgh 2000
C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2000.

Smeehuijzen & Van Oosten 2015
J.L. Smeehuijzen, M.L. van Oosten, 'Plas/Valburg: veel rechtsonzekerheid en ondermaats resultaat in de feitenrechtspraak', *AA* 2015/1, p. 72-77.

Smelt 2017
A.A.J. Smelt, 'Ongerechtvaardigde verrijking van boedelschuldeisers', *NTBR* 2017/6, p. 38-45.

Smith 2009
C.E. Smith, 'Het normatieve karakter van de rechtswetenschap: recht als oordeel', *R&R* 2009, p. 202-225.

Smits 1995
J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1995.

Smits 2003
J.M. Smits, *Bronnen van verbintenissen (Monografieën Nieuw BW A2),* Deventer: Kluwer 2003.

Smits 2006
J.M. Smits, 'The Principle of Unjust Enrichment and Formation of Contract: The Importance of a Hidden Policy Factor', *European Review of Private Law* 2006/3, p. 423-435.

Smits 2008
J.M. Smits, Een Europees recht inzake ongerechtvaardigde verrijking? Over de dogmatiek van het Ontwerp-Gemeenschappelijk Referentiekader, *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*, 2008, p. 93-104.

Snijders 2001
W. Snijders, *Ongerechtvaardigde verrijking en het betalingsverkeer*, Deventer: Kluwer 2001.

Snijders 2008
W. Snijders, 'Ongerechtvaardigde verrijking: bestuursrecht, gemeenschapsrecht en rechtsherstel', *WPNR* 2008/6739, p. 65-73.

Snijders 2012
H.J. Snijders, 'Redelijkheid en billijkheid in het vermogensrecht van het Burgerlijk Wetboek voor en na 1992', *AA* 2012/10, p. 771-778.

Snijders & Rank-Berenschot, Goederenrecht (SBR 2), 2017
H.J. Snijders, E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht, Studiereeks Burgerlijk Recht deel 2,* Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Spath 2010
J.B. Spath, *Zaaksvervanging*, Deventer: Kluwer 2010.

Spier 1991
J. Spier, 'Het open stelsel van de onrechtmatige daad', in: B.W.M. Nieskens-Isphording, M.J.G.C. Raaijmakers, J. Spier e.a (red.), *In het nu, wat worden zal. Opstellen aan prof. mr. H.C.F. Schoordijk ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Brabant*, Deventer: Kluwer 1991, p. 267-279.

Spier 1992
J. Spier, *Schadevergoeding: algemeen, deel 3 (Mon. NBW B36),* Deventer: Kluwer 1992.

Stoljar 1987
S.J. Stoljar, 'Unjust Enrichment and Unjust Sacrifice', *The Modern Law Review* 1987, p. 603-613.

Strijbos 2012
F.P.C. Strijbos, 'De civielrechtelijke afwikkeling van een Ponzi-scheme', *Bedrijfsjuridische berichten*, 2012/10, p. 35-38.

Tettenborn 1998
Andrew Tettenborn, 'Misnomer: A Response', in: W.R. Cornish, Richard Nolan, Janet O'Sullivan (e.a.), *Restitution, Past, Present and Future. Essays in Honour of Gareth Jones*, Oxford: Hart Publishing 1998, p. 31-36.

Tjepkema 2010
M.K.G. Tjepkema, *Nadeelscompensatie op basis van het égalitébeginsel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010.

Tjittes 2016
R.P.J.L. Tjittes, 'De aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen – een kritisch overzicht', *RM-Themis* 2016/5, p. 237-268.

Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Naam auteur)
J. Spier, T. Hartlief, A.L.M. Keirse e.a. (red.), *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Vader & Jansen 2018
W.A. Vader, T.S. Jansen, 'Profiteren van fraude: de glijdende schaal van onrechtmatig naar ongerechtvaardigd', *Tijdschrift voor de ondernemingspraktijk* 2018/7, p. 38-43

Verhagen 1996
H.L.E. Verhagen, 'Ongerechtvaardigde verrijking. Rechtsvergelijking en internationaal privaatrecht', in: S.C.J.J. Kortmann, J.M.M. Maijer, A.J.M. Nuytinck e.a. (red.), *Op recht. Bundel opstellen aangeboden aan prof. mr. A.V.M. Struycken ter gelegenheid van zijn zilveren ambtsjubileum aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, 368-377.

Verheij 2015
A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad (Mon. Privaatrecht)*, Deventer: Kluwer 2015.

Verstijlen 2001
F.M.J. Verstijlen, 'De erfenis van Ontvanger/Hamm q.q.', *WPNR* 2001/6463, p. 927-937.

Verstijlen 2018
F.M.J. Verstijlen, 'De verjaring voorbij. Een verbintenisrechtelijke correctie op de goederenrechtelijke verkrijging van art. 3:105 BW na HR 24 februari 2017, NJ 2018/141 (Gemeente Heusden/M.)'', *NJB* 2018/32, p. 2380-2386.

Virgo 2015
Graham Virgo, *The Principles of the Law of Restitution*, Oxford: University Press 2015.

Vranken 1998
J.B.M. Vranken, 'De strijd om het nieuwe verrijkingsrecht. Literatuur versus rechtspraak', *NJB* 1998/33, p. 1495-1504.

Vranken 2000
J.B.M. Vranken, 'Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht, in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duivis, H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginselen van contractenrecht. Opstellen aangeboden aan mr. B.W.M. Nieskens-Isphording ter gelegenheid van haar afscheid als universitair hoofddocent bij de vakgroep privaatrecht aan de faculteit der Rechtsgeleerdheid van de KU Brabant*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p 145-155.

Vriesendorp 2008
R.D. Vriesendorp, 'Annotatie Ars Aequi. Van der Werff q.q./BLG', *AA* 2008/2, p. 128-132.

Vught 2015
K.A.M. van Vught, 'Belangenconflicten tussen agent en principaal', *AA* 2015/11, p. 861-870.

Van der Wal 2019
T.B.D. van der Wal, *Nemo condicit rem suam: over de samenloop tussen de rei vindication en de condictio*, Den Haag: Boom Juridisch 2019.

Webb 2016
Charlie Webb, *Reason and restitution,* Oxford University Press 2016.

Weinrib 2008
Ernest J. Weinrib, 'The Normative Structure of Unjust Enrichment', in: Charles Ricket, Ross Grantham (ed.), *Structure and Justification in Private Law. Essays for Peter Birks,* Oxford/Portland: Hart 2008, p. 21-45.

Wessels 2012
B. Wessels, *Insolventierecht. Deel II. Gevolgen van faillietverklaring (1)*, Deventer: Kluwer 2012.

Wibier 2016
R.M. Wibier. 'De rangorde van boedelschulden bij onrechtmatige inning van een verpande vordering en de fundamenten van ons vermogensrecht (Annotatie bij: HR 5 februari 2016, ECLI: NL: HR: 2016: 199, JOR 2016/83 m.nt. S.C.J.J. Kortmann, NJ 2016/187 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Rabobank/Verdonk q.q.))', *AA* 2016/9, p. 633-636.

Wilburg 1934
W. Wilburg, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischen und deutschem Recht. Kritik und Aufbau,* Graz: Leuschner & Lubensky 1934.

Wissink 2002
M.H. Wissink, 'De emancipatie van artikel 6:212 BW. Enige beschouwingen over plaats en taak van ongerechtvaardigde verrijking', in: W.H. van Boom, M.H. Wissink, *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking. Preadviezen 2002 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 1-70.

Wissink 2003
M.H. Wissink, 'Ongerechtvaardigde verrijking als alternatief voor wanprestatie', in: T. Hartlief, Jac. Hijma, L. Reurich (red.), *Coherente instrumenten in het contractenrecht,* Deventer: Kluwer 2003, p. 75-95.

Wonnell 1996
C.T. Wonnell, 'Replacing the Unitary Principle of Unjust Enrichment', *Emory L.J.1996/54*, p. 153-220.

Zimmermann 1990
R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman foundations of the Civilian Tradition,* Oxford: University Press 1990.

Zwalve 1995:
W.J. Zwalve, 'Zaakwaarneming en ongerechtvaardigde verrijking', *NTBR* 1995/7, p. 157-163.

Zwalve 1995b
W.J. Zwalve, 'Art. 3:105 lid 1 BW. Niet alléén een kwestie van termijnen', *WPNR* 1995/6202, p. 773-774.

Zwalve 1996
W.J. Zwalve, 'Revindicatie en condictie van geld. Over het insolventierisico bij onverschuldigde betaling', *Groninger opmerkingen en mededelingen* 1996, p. 88-97.

Zwalve 1997:
W.J. Zwalve, 'Dubbele Verkoop en Ongerechtvaardigde Verrijking', *WPNR* 1997/6285, p. 585-586.

Zwalve 2002:
W.J. Zwalve, 'Komdeur q.q./ Nationale Nederlanden. Een bevredigende uitspraak die een belangrijke les bevat.', *WPNR* 2002/6496, p. 481-482.

Zwalve 2002b
W.J. Zwalve, 'Enige beschouwingen over betaling door derden', in: S.C.J.J. Kortmann, C.J.H. Jansen, G. van Solinge e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 601-619.

Zwalve 2007
W.J. Zwalve, 'Boekbespreking, D.M.A. Gerdes, Derdenverrijking, Deventer 2005 (Kluwer), 290 pagina's + XII', *WPNR* 2007/6701, 208-212.

Zweigert & Kötz 1998
K. Zweigert, H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (Third Edition, Translated by Tony Weir), Oxford: Clarendon Press 1998.

Jurisprudentielijst

Hof van Justitie van de EU

- HvJ EG, 20 september 2001, C-453/99, ECLI:NL:XX:2001:AE0853, *NJ* 2002/43 (Courage Ltd/Crehan).
- HvJ EG, 17 april 2008, ECLI:EU:C:2008:231, *NJ* 2008/382, m.nt. M.R. Mok (Quelle).

Hoge Raad

- HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, *NJ* 1919/161, m.nt. M. Molengraaff (Lindenbaum/Cohen).
- HR 12 maart 1926, *NJ* 1926/777 (Goudse bouwmeester).
- HR 10 december 1948, *NJ* 1949/122 (Lloyd Rhenan/Terneuzense Scheepsbouwmaatschappij).
- HR 9 maart 1951, ECLI:NL:HR:1951:AG1975, *NJ* 1952/46, m.nt. Ph.A.N. Houwing (Damesmodebedrijf).
- HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, *NJ* 1958/67, m.nt. L.E.H. Rutten (Baris/Riezenkamp).
- HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, *NJ* 1961/568 (Tandartsen).
- HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, *NJ* 1959/548, m.nt. D.J. Veegens (Quint/Te Poel).
- HR 19 juni 1959, *NJ* 1960/59 (Kantharos van Stevensweert).
- HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (Kelderluik).
- HR 18 april 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC4925, *NJ* 1969/336, m.nt. G.J. Scholten (Katwijk/Westdijk).
- HR 18 juni 1971, ECLI:NL:HR:1971:AC5126, *NJ* 1971/408 (Bruurs/Haagen).
- HR 17 februari 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6195, *NJ* 1978/577 (Landgoed Kraaijbeek).
- HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405, *NJ* 1983/723, m.nt. C.J.H. Brunner (Plas/Valburg).
- HR 11 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4688, *NJ* 1984/331 (Meppelse ree).
- HR 17 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG5024, *NJ* 1986/760, m.nt. C.J.H. Brunner en W.M. Kleijn (Curaçao/Boyé).
- HR 11 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC1957, *NJ* 1986/622, m.nt. W.C.L. van der Grinten (Baartman/Huijbers).
- HR 12 september 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC2628, *NJ* 1987/267, m.nt. P.A Stein (Westhoff/Spronsen).
- HR 4 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB8961, *NJ* 1988/678, m.nt. E.A.A. Luijten (Bloemendaalse Horeca).
- HR 11 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC2266, *NJ* 1988/393, m.nt. W.C.L. van der Grinten (Val bij bushalte).
- HR 16 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD5711, *NJ* 1989/505, m.nt. C.J.H. Brunner (Tandartsen III).
- HR 25 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0529, *NJ* 1989/529, m.nt. E.A.A. Luijten (Hilversumse Horeca).
- HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, *NJ* 1991/305, m.nt. P. van Schilfgaarde (De Ranitz/Ontvanger).
- HR 7 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0071, *NJ* 1991/593, m.nt. E.A.A. Luijten.

- HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC4031, *NJ* 1992/638, m.nt. C.J.H. Brunner (Leffers/Staat).
- HR 17 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0243, *NJ* 1992/668, m.nt. C.J.H. Brunner.
- HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0305, *NJ* 1992/787, m.nt. C.J.H. Brunner (Verkerk/Van der Veen q.q.).
- HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, *NJ* 1994/172, m.nt. P. van Schilfgaarde (Vermobo/Van Rijswijk).
- HR 17 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1062, *NJ* 1993/740 (Reimes/Constandse).
- HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1202, *NJ* 1995/421, m.nt. C.J.H. Brunner (Waeyen-Scheers/Naus).
- HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1271, *NJ* 1994/463, m.nt. W.M. Kleijn (Sonnevanck).
- HR 14 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1482, *NJ* 1995/720, m.nt. M.W. Scheltema (De Staat/AdM).
- HR 30 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1779, *NJ* 1995/707 (Royal/Van Kemenade q.q.)
- HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2018, *NJ* 1997/3, m.nt. E.J.H. Schrage (Van der Tuuk Adriani/Batelaan).
- HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, *NJ* 1996/727, m.nt. W.M. Kleijn (Maclou).
- HR 25 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2178, *NJ* 1998/16, m.nt. H.J. Snijders (Trans-vermij/Graphé).
- HR 28 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7207, *NJ* 1998, 218, m.nt. H.J. Snijders (De Staat/Meijer).
- HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7249, *NJ* 1997/719, m.nt. Jac Hijma (Setz/Brunings).
- HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, *NJ* 1998/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (Ontvanger/Hamm).
- HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587, *NJ* 1998/493 (Briljant Schreuders/ABP).
- HR 30 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6338, *NJ* 2000/536 (Ermer/ABN-AMRO).
- HR 2 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9765, *NJ* 2001/319, m.nt. J.B.M. Vranken (Hulsman/De Graaf).
- HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, *NJ* 2003/615, m.nt. M. Scheltema (Staat/Lavrijssen).
- HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6100, *NJ* 2002/118, m.nt. Jac. Hijma (Standard/ING).
- HR 5 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0155, *NJ* 2004/126, m.nt. W.M. Kleijn (Daams/Staat).
- HR 7 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3796, *NJ* 2002/608 (Komdeur/Nationale Nederlanden).
- HR 13 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3383, *NJ* 2003/400, m.nt. W.M. Kleijn (De Staat/Geveke).
- HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3363, *NJ* 2004/458, m.nt. Jac. Hijma (Caribbean Bistros/Club Caraibeen).
- HR 24 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2778, *NJ* 2004/309, m.nt. P. van Schilfgaarde (Anthea Yachting/ABN AMRO).
- HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224, *NJ* 2005/105, m.nt. C.J.H. Brunner (Jetblast).
- HR 25 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4373, *NJ* 2005/338 (Dupomex/Duijvelaar).
- HR 25 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7348, *NJ* 2005/413, m.nt. C.J.H. Brunner (Bedum/Huizingh).
- HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, *NJ* 2005/467 (CBB/JPO).
- HR 23 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2620, *NJ* 2006/100 (LRS/Sint Willibrordus).
- HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928 *NJ* 2007/154, m.nt. J.B.M. Vranken (Koker/Cornelius).
- HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7537, *NJ* 2007/270 (Unocal/Conoco).
- HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT9060, *NJ* 2006/148, m.nt. G.R. Rutgers (Rohde Nielsen/De Donge).
- HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU5682, *NJ* 2006/33 (Van Oosterom/Baas).
- HR 7 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6934, *NJ* 2006/244 (Bildtpollen/Miedema).
- HR 22 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX1571, NJ 2006/521.

- HR 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6098, *NJ* 2008/120, m.nt. Ch Gielen (CFS/Stork).
- HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, *NJ* 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken (Astrazeneca/Menzis).
- HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1519, *NJ* 2007/451 (Hulshof/De Haan B.V).
- HR 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4569 *NJ* 2007/419, m.nt. P. van Schilfgaarde (Van der Werff q.q./BLG).
- HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7024, *NJ* 2007/565 (Vodafone/ETC).
- HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD4745, *NJ* 2008/481 (Winkelpand).
- HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, *NJ* 2010/96, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Hamm/ABN AMRO).
- HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *NJ* 2015/32, m.nt. T. Hartlief (Doerga/Ymere).
- HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, *NJ* 2015/33, m.nt. T. Hartlief (Setel N.V./AVR Holding N.V.).
- HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2329, *NJ* 2010/498 (Proav/Ava).
- HR 24 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9600, *NJ* 2010/508 (Groesbeek/Derks c.s.).
- HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808, *NJ* 2013/81, m.nt. T. Hartlief (Verhaeg/Jenniskens B.V).
- HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, *NJ* 2011/465, m.nt. T. Hartlief (Hangmat).
- HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3521, *NJ* 2012/88, m.nt. Verstijlen (Van der Plas/JanssensMesdag II).
- HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO4936, *NJ* 2011/422, m.nt. H.B. Krans (Oldtimers).
- HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5068, *NJ* 2013/256, m.nt. Jac. Hijma (Ijsseloevers/De Jong).
- HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, *NJ* 2012/495, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Ponzi scheme).
- HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, *NJ* 2012/515, m.nt. F.M.J. Verstijlen(X/Gips).
- HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9891, *RvdW* 2012/321 (Alcoa/Pasman).
- HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0472, *NJ* 2012/143 (Post/Kleijweg).
- HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0357, *NJ* 2013/219, m.nt. M.M. Mendel (Reaal/Athlon).
- HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830, *NJ* 2013/48 (Griffioen/De Groot),
- HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6110, *RvdW* 2013/416 (Allianz c.s/Verweerster).
- HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ0517, *RvdW* 2013/480 (Prowi Project/Doli beheer).
- HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782, *NJ* 2013/540, m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (Credit Suisse/Subway).
- HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, *NJ* 2014/68, m.nt. P. van Schilfgaarde (Romania Beheer).
- HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:740, *NJ* 2014/194 (Joba/Tjin-Hin-Tjoe).
- HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *NJ* 2015/477, m.nt. Jac. Hijma (Lindorff/Statia).
- HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3080, *NJ* 2014/484 (CZ/Scholtes q.q.).
- HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3195, *NJ* 2015/448 (Muradin/Waaijer).
- HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162, *NJ* 2016/173, m.nt. T. Hartlief (Manegepaard Imagine).
- HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, *NJ* 2016/187 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Rabobank/Verdonk q.q.).
- HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *NJ* 2017/282, m.nt. Jac. Hijma (Lindorff/Nazier)
- HR 27 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:996, *NJ* 2017/312, m.nt. Jac. Hijma (Van de Booren/Grenkefinance).
- HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, *NJ* 2017/262, m.nt. S.D. Lindenbergh en J.S. Kortmann (Tennet c.s./ABB B.V. c.s.).
- HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285, *NJ* 2017/124, m.nt. P. van Schilfgaarde (Maple Leaf).
- HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2729, *NJ* 2017/19, m.nt. F.M.J. Verstijlen (De Krom c.s./Van Logtestijn q.q.).

- HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2729, *NJ* 2017/19, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Poot c.s./Peters q.q).
- HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2730, *NJ* 2017/20, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Poot/Peters).
- HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278, *NJ* 2017/142, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Bouwgros).
- HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309, *NJ* 2018/141, m.nt. H.J. Snijders (Gemeente Heusden/verweerders).
- HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1210, *RvdW* 2018/911 (Imeko).

Hoven

- Hof 's-Hertogenbosch 7 november 1995, ECLI:NL:GHSHE:1995:AC0056, *NJ* 1997/461.
- Hof Arnhem 18 september 2001, ECLI:NL:GHARN:2001:AE5250, *NJ* 2002/304.
- Hof Leeuwarden 27 maart 2002, ECLI:NL:GHLEE:2002:AF3668, *NJ* 2002/575.
- Hof Arnhem 23 november 2004, ECLI:NL:GHARN:2004:AV1205, *NJF* 2006/66.
- Hof Amsterdam 6 januari 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT6360, *NJF* 2005/191.
- Hof Amsterdam 25 augustus 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AV0648, *NJF* 2006/51
- Hof Amsterdam 31 augustus 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ1218.
- Hof 's-Hertogenbosch 20 maart 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB8486, *NJF* 2007/516.
- Hof Den Bosch 15 januari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC2730.
- Hof Arnhem 23 september 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BF3594, *NJF* 2009/248.
- Hof Den Bosch 20 januari 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BJ3091, *NJF* 2009/284.
- Hof Amsterdam 18 augustus 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK3847, *NJF* 2010/1.
- Hof Leeuwarden 31 mei 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ7383.
- Hof Amsterdam 28 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:CA2984.
- Hof Den Bosch 3 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW0990, *JPF* 2013/29, m.nt. B.E. Reinhartz.
- Hof Amsterdam 28 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2015:1621.
- Hof Den Haag 29 mei 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW7033.
- Hof Arnhem 2 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX9890, *NJF* 2012/475.
- Hof Den Haag 6 november 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY2904, *NJF* 2012/517.
- Hof Den Bosch 12 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW0990, *JPF* 2013/29, m.nt. B.E. Reinhartz.
- Hof Amsterdam 21 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA1789, *NJF* 2013/297.
- Hof Den Haag 26 november 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:4911, *NJF* 2014/104.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2014, *JOR* 2014/146, m.nt. T.T. van Zanten.
- Hof Den Bosch 9 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2084, *NJF* 2015/338.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 30 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4823.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7896, *JBO* 2016/74, m.nt. H.J. Bos.
- Hof Amsterdam 10 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4641, *NJF* 2016/96.
- Hof Den Haag 17 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3088 (Gemeente Haarlemmermeer/Stichting ICTU).
- Hof Den Haag 22 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3921.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 26 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3347.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 24 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3985.
- Hof Den Bosch 13 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4099, *Prg.* 2016/284.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 20 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7564, *RVR* 2017/4.
- Hof Den Bosch 27 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4293.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9854.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 10 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1015, *JBPR* 2017/53.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 21 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1531.
- Hof Den Haag 7 maart 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:643.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5625.
- Hof Den Haag 15 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3230.

- Hof Den Haag 8 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3384.
- Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3383.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 19 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:11174.
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1991.
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3352.
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 april 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1510.
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 mei 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1832.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 29 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4813, *NJF* 2018/444.
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 juni 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:5400.
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 31 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4533.
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:11006.

Rechtbanken

- Rb. Amsterdam 26 maart 2003, *JOR* 2004/187, m.nt. J.M. Blanco-Fernández.
- Rb. Arnhem 25 juni 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AO6771, *NJF* 2004/23.
- Rb. Haarlem 9 juli 2003, ECLI:NL:RBHAA:2003:AI1183, *NJF* 2003/54.
- Rb. Rotterdam 1 september 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AX1271, S&S 2006/60.
- Rb. Rotterdam 28 juni 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AZ1477, *NJF* 2006/505.
- Rb. Arnhem 15 juli 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ6227, *NJF* 2009/410.
- Rb. Utrecht 29 juli 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ4278.
- Rb. Utrecht 2 september 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ8423, *NJF* 2010/43.
- Rb. Rotterdam 23 september 2009, *NJF* 2010/77.
- Rb. Rotterdam 17 maart 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL9393, *JOR* 2011/58, m.nt. S.R. Damminga.
- Rb. Zwolle-Lelystad 9 juni 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BN0585, *NJF* 2011/68.
- Rb. Middelburg 20 juli 2011, ECLI:NL:RBMID:2011:BT5885, *NJF* 2011/462.
- Rb. Utrecht 17 augustus 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BR6197, *NJF* 2011/387.
- Rb. Middelburg 28 november 2011, ECLI:NL:RBMID:2012:BZ5894
- Rb. Haarlem 28 december 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BV0329, *Prg* 2012/51.
- Rb. Zutphen 11 april 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW9378.
- Rb. 's-Gravenhage 23 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW6567, *NJF* 2012/306.
- Rb. Assen 20 juni 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BW9881.
- Rb. Utrecht 15 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX5423, *NJF* 2012/434.
- Rb. Utrecht 12 september 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX8478, *NJF* 2012/473.
- Rb. Almelo 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BY3392.
- Rb Rotterdam 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY3287, *NJF* 2013/18.
- Rb. Den Haag 21 november 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY3364, *NJF* 2013/26.
- Rb. Noord-Nederland 20 februari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ2651.
- Rb. Den Haag 1 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ964, *NJF* 2013/291.
- Rb. Lelystad 13 juli 2013, ECLI:NL:RBZLY:2010:BV6630.
- Rb. Limburg 14 mei 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:4387, *NJF* 2014/275.
- Rb. Midden-Nederland 14 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7687.
- Rb. Rotterdam 18 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1509, *NJF* 2015/249, JOR 2015/275, m.nt. S.R. Damminga.
- Rb. Midden-Nederland 4 maart 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:1377, *NJF* 2015/187.
- Rb. Den Haag 30 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7892.
- Rb. Rotterdam 20 januari 2016, ECLI:NL:-RBROT:2016:444.
- Rb. Rotterdam 20 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:447.
- Rb. Gelderland 17 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2256, *JOR* 2016/113 (Rabobank/Beekman).
- Rb. Overijssel 17 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:999, *JOR* 2016/248.
- Rb. Oost-Brabant 8 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:2854, *NJF* 2016/348.
- Rb. Rotterdam 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7002, *JOR* 2017/16.
- Rb. Amsterdam 14 december 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:8458.
- Rb. Oost-Brabant 1 februari 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:445.
- Rb. Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:1366.

- Rb. Den Haag 15 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2615 (De politie/Microsoft).
- Rb. Noord-Holland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:4989.
- Rb. Amsterdam 14 juni 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3765.
- Rb. Limburg 5 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6623.
- GiEA Curaçao 24 juli 2017, ECLI:NL:OGEAC:2017:95.

Buitenlandse rechtspraak

- Cass. Req. 6 November 1838, s. 1839.1.160.
- Chancery Division, 31 maart 1896, Whitwham v Westminster Brymbo Coal & Coke Co, [1896] 1 Ch. 894.
- House of Lords, 1 maart 1951, [1951] A.C. 507.
- Chancery Division, 16 november 1962, Peter Pan Manufacturing Corp v Corsets Silhouette Ltd, [1964] 1 W.L.R. 96.
- Chancery Division, 11 december 1974, Bracewell v Appleby, [1975] Ch. 408.
- England and Wales Court of Appeal, 15 februari 1993, CTN Cash and Carry v Gallaher [1993] EWCA Civ 19 (15 February 1993).
- BGH 14 februari 1978, BGHZ 71/86.
- BGH 23 september 1999, NJW 2000, 72.
- House of Lords, 27 juli 2000, Attorney General v Blake, 2000 WL 989475.
- BGH 9 juli 2008, XII ZR 179/05.

Register

Aanneming van werk | 2.10.3, 5.2.2.4, 5.4.4.2, 7.5, 7.6.1, 7.10.2

Aanvullende functie verrijkingsactie
- Aanvullende kracht verrijkingsactie | 3.4.5, 3.5.2, 4.3.1, 4.3.3, 4.4.1, 4.4.2, 5.4.3, 6.4.1, 10.6
- Algemeen | 1.1, 1.2, 1.3, 1.5, 3.4.1, 3.4.3, 3.4.4, 3.4.5, 3.4.6, 3.5
- Als factor bij invulling vereisten verrijkingsactie | 4.1, 4.3, 4.4, 5.1, 5.2.1, 5.2.4.1, 5.4.3, 5.5, 6.4.1, 6.5.3.4, 6.5.3.5, 6.5.4.4, 6.5.5.5, 9.3.3.1
- Als reden voor afwijzing subsidiariteit | 4.3.3
- Bezwaren | 4.2.2
- Corrigerende functie *zie* Corrigerende functie
- Drie wijzen van aanvulling | 4.3.5.2
- In relatie tot ratio redelijkheidsvereiste | 7.2, 7.12
- Quasi contractuele-functie *zie* Quasi contractuele-functie verrijkingsactie
- Quasi delictuele-functie *zie* Quasi delictuele-functie verrijkingsactie
- Systematische functie *zie* Systematische functie verrijkingsactie
- Ventielfunctie *zie* Ventielfunctie verrijkingsactie

Autonomiebeginsel | 2.3.2, 3.5.2, 4.3.5.2, 4.4.2, 5.2.2.5, 5.3.9.2, 6.5.2.1, 6.5.4.3, 7.1, 7.3.4, 7.4, 7.6, 7.7, 7.12, 8.2, 8.4.2.4, 8.4.3, 8.5.5.3, 9.2, 10.6.3.3, 11.5.3, 11.5.6, 11.6

Bedreiging | 2.3.1, 2.8.2, 2.8.6, 8.5.4.3

Bedrog | 2.4.2, 2.8.2, 8.5.1, 8.5.4.3, 11.2

Beschikkings(on)bevoegdheid | 2.4.2, 4.3.4, 6.5.3.5, 6.5.4.1, 6.5.4.4, 7.9.2, 7.9.3, 7.9.5, 8.4.5.5, 9.3.1, 9.3.2, 9.3.3.3, 9.3.3.5, 9.5, 11.5.5.1, 11.6

Bezit
- Als Verrijking | 5.2.3.1
- Risicoaansprakelijkheid | 2.9.2, 2.9.4, 10.6.4.2
- Specifieke verrijkingsaanspraak bezitter | 2.6.3
- Verkrijging door verjaring | 2.8.5, 4.3.5.2
- Vruchten | 2.4.2, 6.5.4.1, 6.5.4.4
- Wegneemrecht | 5.3.9.2

Causaal verband
- Buiten vermogensverschuiving | 5.4.5, 6.4.3, 6.6, 8.4.2.3, 8.4.3.4, 8.4.3.5, 8.4.4.1, 8.4.5, 8.4.6.4, 9.3.2.4, 9.3.3.3, 10.4, 10.6, 11.5.4
- Criterium | 5.4.2, 5.4.6-5.4.7, 11.5.4
- Indirecte verrijking | 5.4.4, 6.5.3, 7.9, 7.10, 9.1-9.5, 10.6.3, 11.5.4
- Ruime uitleg | 5.4.2-5.4.3, 11.5.4
- Vereiste | 1.1, 4.4, 4.5
- Wetgever en Hoge Raad | 5.4.2, 11.5.4

Complementariteit van de vereisten | 4.4.1

Concurrentie(voordeel) | 2.8.6, 2.11, 5.2.4.4, 6.3.3, 6.6.3, 8.3.1.1, 8.4.5.2, 8.4.5.4, 10.4.1, 10.6.2.2, 10.6.2.5, 10.6.3.3

Condictio ob rem | 8.4.6.1, 8.4.6.2

Consumentenbescherming | 7.2, 7.4, 7.7.1, 7.8, 8.4.2.5, 8.5.4.3, 8.5.4.4, 8.5.5.1, 11.5.6

Corrigerende functie | 3.4.3, 3.4.4, 4.3.5.2, 6.5.4.4, 6.5.5.1, 6.5.5.5, 11.3.2, 11.5.5.1

Derdenbescherming en ongerechtvaardigde verrijking | 7.9, 9.3.3.2, 9.3.3.5, 10.6.3.4

Derdenwerking *zie* Verrijkingsrechtelijke derdenwerking van overeenkomst

Dienen twee heren | 2.8.2

Dwaling | 2.4.2, 2.8.2, 5.4.3, 6.2.2, 6.4.2, 6.5.2.2, 6.5.2.3, 6.5.2.4, 8.5.1, 8.5.3.2, 8.5.4.3

Eenieder moet zijn eigen schade dragen |2.7.2, 2.9, 2.11, 6.4.3, 10.4.2, 10.6.4.2, 10.6.4.5, 11.7

Egalité devant les charges publiques | 2.9.3, 10.2

Eigendom | 2.4.1, 2.6.2, 2.6.3, 2.7.1, 2.8.5, 3.4.4, 4.3.5.2, 5.2.3.2, 5.3.5.3, 6.3.1, 6.5.2.4, 7.10.3, 8.5.3.2, 9.3.2.2, 10.1

Eingriffskondiktion | 2.6.5, 6.4.2

Exclusief recht | 2.6.3, 2.6.4, 2.6.5, 6.4.2, 6.4.3, 8.4.5.2, 8.4.5.3

Exoneratieclausule | 2.10.2

Gentlemen's agreement | 8.4.6.1

Gesloten stelsel van rechtsmiddelen | 6.5.4.2, 6.5.5.5

Gevaartheorie | 2.9.2, 4.5, 10.6.4.1, 10.6.4.2, 10.6.4.3, 10.6.4, 11.7

Gevaarzetting | 2.9.2, 5.3.6, 5.3.8.2, 10.6.4

Goede trouw | 6.5.4.4, 7.9.2, 7.9.3, 7.9.5, 9.2.1, 9.3.2.2, 9.3.3.2, 9.3.3.3, 9.3.3.5, 9.3.3.6, 9.4.3, 10.5, 10.6.3.3, 10.6.3.4

Goede zeden | 2.4.2, 9.3.3.5

Goodwill | 8.4.5, 10.6.3.3.

Huur | 1.2, 3.4.7, 4.2.2, 5.2.2.3, 5.2.2.5, 5.2.4.3, 5.2.4.5, 5.3.5.1, 5.3.9.2, 5.4.2.2, 6.5.3.3, 6.5.3.5, 7.2, 7.5, 7.6.2, 7.6.5, 7.9.5, 8.3.1.2, 8.5.4.2, 8.5.5.2, 9.1, 9.2.3, 9.2.4, 9.3.1.2, 9.3.2.2, 9.3.3.4

Hypotheekrecht | 2.6.3, 5.3.9.2, 7.10.1

Indemniteitsbeginsel | 2.10.3, 9.3.2.4

Insolventierisico | 4.2.2, 4.3.3, 5.4.4.2, 6.5.5.2, 6.5.5.3, 7.10, 8.4.5.4, 8.4.5.5, 9.1, 9.2.2, 9.3.1.1, 9.3.1.2, 9.4.3

Iustum pretium-leer | 2.4.2, 8.2, 9.3.3.6

Leistungskondiktion | 2.6.5, 5.2.3.2, 6.4.2, 8.4.6.2

Lex specialis derogat legi generali | 4.3.4, 4.3.5.2, 7.5

Liefde en recht | 8.4.6

Mensenrechten | 10.6.2.2

Middenweg tussen géén aansprakelijkheid en volledige aansprakelijkheid | 3.5.3, 6.4.3, 6.6.3, 7.3.1, 8.4.3.2, 8.5.5, 8.6, 9.2.2, 10.1, 10.4.2, 10.6, 10.6.2.2, 10.6.2.4, 10.6.4.2, 10.7, 11.6.

Milieu | 10.6.2.2.

Misbruik van omstandigheden | 2.8.2, 2.10.1, 8.4.3.4, 8.5.4.3

Natrekking, vermenging, zaaksvorming | 3.4.4, 3.5.1, 4.3.5.2, 5.2.5.4, 5.2.5.3, 6.5.2.4, 6.5.4.1, 7.3.3, 9.2.1, 9.3.2.2, 9.3.3.3

Natuurlijke verbintenis | 6.5.4.1, 8.4.6.2, 8.4.6.3

Non-conformiteit | 2.10.2, 8.4.5.1, 8.5.1, 8.5.4.3

Ongerechtvaardigdheid
- Afwenteling 'eigen' schade | 2.9, 3.3.3, 4.5, 6.4.3.1, 10.4.1, 10.6.4
- Criterium | 2.4.4, 3.5.2, 4.4, 4.5, 6.2, 6.3, 6.4.3, 6.5.1, 6.6.1, 8.4.2.3, 8.4.4.1, 10.4, 10.6.2.2, 10.6.3.2, 10.6.4.5
- Onzuiver/onereus gedrag | 2.8, 3.3.3, 3.4.7, 3.5.3, 6.4.3.1, 6.5.5.3, 8.4.3.4, 9.3.3.5, 10.4.1, 10.6.1, 10.6.2, 10.6.3, 11.2
- Overeenkomst met derde als rechtvaardiging | 4.4.1, 4.5, 5.4.2.2, 5.4.4.3, 6.3.2, 6.5.3, 9.3, 9.5, 10.6.1, 10.6.3.3, 10.6.3.4, 11.5.5.1, *zie ook* Verrijkingsrechtelijke derdenwerking overeenkomst
- Overeenkomst met verarmde als rechtvaardiging | 2.4.2, 2.8.2, 2.10.1, 2.10.2, 6.1, 6.3.2, 6.5.2.1, 6.5.2.2, 6.5.2.3, 6.5.2.4, 6.5.4.4, 7.9.2, 7.9.5, 8.4.6.2, 8.4.6.3, 11.5.5.1 *zie ook* Overeenkomst
- Verrijking buiten normale gang van zaken | 2.10, 4.5, 6.4.3.1, 6.5.5.3, 6.6.2, 6.6.3, 8.4.3.4, 8.4.5.4, 9.3.3.2, 9.3.3.3, 9.3.3.5, 9.4.3, 10.4.1, 10.6.3.3, 11.2
- Wet als rechtvaardiging | 2.6.2, 4.3.4, 4.3.5.2, 6.2.1, 6.3.1, 6.3.3, 6.4.1, 6.5.4, 6.6.2, 6.7, 7.9.2, 8.4.5.3, 8.4.5.4, 8.5.3.3, 9.3.3.5, 11.5.5.1
- Wil als rechtvaardiging | 8.4.6.1, 8.4.6.4

Onrechtmatige daad
- Algemeen | 2.4.2, 2.4.4, 2.8, 3.3, 3.4.6, 3.4.7, 3.5.3, 4.3.3, 4.3.5.2, 5.2.4.5, 5.3.2.3, 5.3.5.5, 6.4.3.1, 6.5.4.3, 8.4.2.1, 8.4.2.3, 8.4.5.1, 9.1, 10.1-10.7, 11.7
- Inbreuk recht | 5.3.2.3, 8.4.4.1, 8.4.4.2, 8.4.5.2, 10.1, 10.5
- Profiteren andermans wanprestatie *zie* Profiteren andermans wanprestatie
- Relativiteit, *zie* Relativiteitsvereiste
- Risicoaansprakelijkheid, *zie* Risicoaansprakelijkheid
- Schending wet, *zie* Relativiteitsvereiste
- Toerekenbaarheid | 3.4.7, 3.5.1, 4.3.3, 6.3.2, 7.3.3, 10.2, 10.3, 10.4, 10.6.1, 10.6.4.1
- Vergelijking met structuur verrijkingsaansprakelijkheid | 10.1, 10.4, 10.6.1, 10.6.2.2, 10.6.3.2, 10.6.4.3 e.v.
- Verhouding tot verrijkingsactie | 3.5.1, 3.5.3, 5.2.4.5, 5.3.2.2, 5.3.4, 5.3.5.2, 6.3.2, 6.4.3.1, 6.5.4.3, 6.6.3, 7.2, 8.4.2.1, 8.4.4.2, 8.4.5.2, 9.2.2, 9.3.3.7, 10.1-10.7, 11.7
- Zorgvuldigheidsnorm | 2.8.3, 2.8.6, 3.3.2, 3.4.7, 3.5.1, 6.3.2, 6.4.3.1, 6.5.5.2, 6.5.5.3, 10.2, 10.3, 10.5, 10.6.1, 10.6.2, 10.6.3.1, 10.6.3.4, 10.6.4.1, 10.6.4.2

Ontbinding | 2.6.3, 3.3.2, 5.2.4.5, 5.3.5.3, 7.6.3, 8.5.1, 8.5.3.3, 8.5.4.2, 8.5.4.3

Ontstaansmoment |7.3.4.

Onverschuldigde betaling
- Afbakening onderzoek | 1.2
- Betalingsbegrip | 8.3.1.1-8.3.1.2
- Derdenbescherming |7.9.2
- Duitsland | 6.4.2.
- Meerpartijen |1.2, 7.9.2, 9.4.2, 9.4.3.
- *Ontvanger/Hamm* | 3.4.7, 5.2.4.1, 6.5.5.2-6.5.5.3, 8.1, 9.4.3
- Redelijkheid | 7.7.1
- Strekking | 5.3.1
- Verhouding tot verrijkingsactie |3.5.3, 5.2.4.1, 5.4.6, 6.5.4.3, 7.11, 8.3.1
- Verrijkingsbeginsel 2.3.1, 2.3.2, 2.6.1-2.6.2, 3.3.2, 6.2.1

Onvoorziene omstandigheden | 2.10.1, 6.5.2.2, 8.2, 11.5.5.1

Onwaardigheden | 2.8.2, 2.8.4

Overdracht | 2.6.3, 3.3.2, 8.5.3.2

Overeenkomst
– Bindende kracht | 2.10.1, 6.1, 6.5.2.1, 6.5.4.4
– Grondslag voor plicht tot winstafgifte | 2.8.4, 5.3.5.5, 8.4.5.4
– Mislukte overeenkomst | 7.6.1, 7.6.5, 7.7.1, 7.8, 8.2, 8.3, 8.4, 11.6
– Rechtvaardigingsgrond; meerpartijenverhouding | 4.4.1, 4.5, 5.4.2.2, 5.4.4.3, 6.3.2, 6.5.3, 7.9.5, 7.10.2, 7.11, 9.3, 9.5, 10.6.1, 10.6.3.3, 10.6.3.4, 11.5.5.1 *zie ook* Verrijkingsrechtelijke derdenwerking van overeenkomst
– Rechtvaardigingsgrond; tweepartijenverhouding | 2.4.2, 2.8.2, 2.10.1, 2.10.2, 6.1, 6.3.2, 6.5.2.1, 6.5.2.2, 6.5.2.3, 6.5.2.4, 6.5.4.4, 7.9.2, 7.9.5, 8.4.6.2, 8.4.6.3, 11.5.5.1
– Totstandkoming | 2.10.2, 8.4.1, 8.4.2, 8.4.3, 8.4.6.1
– Uitleg | 2.8.6, 6.5.2.4, 8.4.6.3, 8.5.3, 8.5.4.1, 9.3.3.4, 11.5.5.1
– Verrijkingsactie tussen contractspartijen | 7.5, 8.2, 8.3, 8.5, 11.5.5.1, 11.6

Pacht | 7.5

Pandrecht | 2.6.3, 2.8.5, 6.5.5.3, 7.10.1, 10.6.1

Paritas creditorum | 3.5.1, 4.2.2, 4.3.4, 5.4.4.2, 7.4, 7.10, 9.1, 9.2.1, 9.4.3, 9.5, 11.5.6

Pauliana | 2.8.2, 9.1, 9.3.3.3, 9.3.3.6

Pomponius | 2.4.1.

Ponziana | 6.5.5.4

Precontractuele fase | 5.2.4.3, 5.3.5.1, 5.3.5.2, 7.6.5, 7.6.6, 8.2, 8.3.1.2, 8.4.2, 8.4.4.2

Profijttheorie | 2.3.1, 2.9.2, 2.9.3, 10.6.4.2, 10.6.4.3, 10.6.4.4, 10.6.4.5, 10.6.4.7

Profiteren andermans wanprestatie | 3.4.7, 7.9.5, 10.6.3

Quasi contractuele-functie verrijkingsactie | 3.4.7, 3.5.3, 8.1-8.6, 9.1-9.5, 11.3.2

Quasi delictuele-functie verrijkingsactie | 3.4.7, 3.5.3, 10.1-10.7, 11.3.2

Quint/Te Poel
– In relatie tot artikel 6:1 BW | 2.8.4, 3.3.1, 5.3.5.5, 8.4.2.1, 8.4.6.2, 10.2, 10.6.4.2, 11.5.3
– In relatie tot artikel 6:212 BW | 3.3.1, 4.3.2, 5.3.2.2, 5.4.4.2, 7.10.2, 9.2.1, 10.6.3.3

Rechtsontwikkeling | 3.4.5

Rechtspolitiek | 2.4.1, 3.3.2, 5.3.3, 5.4.4.3, 6.1, 6.2.2, 7.7.1, 7.8, 7.11, 8.3.1.1, 8.5.4.4, 9.2.2, 9.3.1.1, 9.3.3.6, 10.3, 10.4, 10.6.2.2

Rechtsvinding | 1.1, 2.1, 2.4.3, 2.8.4, 2.8.5, 2.10.4, 3.4.5, 4.2.2, 4.3, 11.2

Redelijkheid en billijkheid
– Aanvullende werking | 2.8.4, 3.4.3, 3.4.5, 4.3.5.1, 4.3.5.2, 5.3.5.5, 6.5.2.1, 6.5.3.5, 6.5.4.3, 8.2, 8.4.2.1, 8.4.2.2, 8.5.2, 9.1, 11.4, 11.5.3, 11.5.5.1, 11.6
– Als grondslag van verrijkingsactie | 1.5, 3.3.2, 3.3.3, 3.5.1, 3.6, 4.2.1, 11.3.1
– Beperkende werking | 2.8.4, 2.8.5, 2.10.1, 2.10.2, 2.11, 3.4.2, 4.3.5.1, 4.3.5.2, 6.5.2.1, 6.5.2.2, 6.5.3.5, 6.5.4.4, 6.5.5.5, 7.3.2, 8.5.2, 8.5.5.4, 9.1, 11.5.5.1, 11.5.6, 11.6.

– Billijkheidsargumenten in het kader van 6:212 BW | 4.3.4, 4.3.5, 4.3.5.2, 4.6, 6.3.2, 6.5.3.4, 6.5.3.5, 6.5.4.4, 6.5.5.5, 7.4, 11.4, 11.5.5.1
– Gedragsnorm | 2.8.6, 8.4.2.1
– Grondslag ongerechtvaardigdheidsconceptie van onregelmatige verrijking | 2.7.2, 2.10, 11.2
– Verhouding billijkheid en systeem | 4.3.5.1, 4.3.5.2, 4.6, 6.5.4.4, 6.5.5.5, 11.4

Redelijkheidsvereiste
– Algemeen |1.1, 4.3.4, 4.4, 7.3.2, 7.3.3, 7.3.4, 7.4
– Als grondslag vergoeding in natura 5.2.5.3, 5.3.9.1, 7.3.1, 9.2.3
– Als middel om aansprakelijkheid op juiste maat te snijden |3.5.2, 3.5.3, 5.2.5.1, 7.3.1, 8.4.2.4, 8.4.2.5, 8.5.3.2, 8.5.5.3, 10.4.2, 10.6.3.3, 10.6.4.7
– Bescherming autonomie 7.7 *zie ook* Autonomiebeginsel
– Consumentenbescherming *zie* Consumentenbescherming
– Derdenbescherming *zie* Derdenbescherming en ongerechtvaardigde verrijking
– Eigen schuld *zie* Schade
– Opgedrongen verrijking |4.3.5.2, 5.2.2.2, 5.2.2.3, 5.2.2.4, 5.2.2.5, 7.6, 8.4.2.4, 8.4.2.5, 8.4.3.2, 8.5.4.3, 9.2.2, 9.2.3, 10.6.3.3 *zie ook* Autonomiebeginsel
– *Paritas creditorum* zie *Paritas creditorum*
– Ratio 3.3.2, 3.5.2, 7.2
– Rechtspolitieke argumenten | 7.11 *zie ook* Rechtspolitiek
– Tegenhanger ongerechtvaardigdheidsvereiste | 4.4.2, 6.1, 7.1, 7.2, 7.4, 7.5, 7.6-7.11
– Vermindering verrijking | 7.9.4

Regres | 2.6.3, 3.3.2, 11.3.1

Relativiteitsvereiste
– Onrechtmatige daad | 2.8.6, 10.6.2.1, 10.6.2.3, 10.6.2.4.
– Verrijkingsrechtelijke correctie | 2.8.3, 10.6.2, 11.7

Restitution for wrongs |2.8.1, 2.8.6

Revindicatie | 2.6.2, 3.3.2, 4.3.4, 4.3.5.2, 5.2.3.1. 5.2.4.1, 6.3.1, 9.3.2.2

Risicoaansprakelijkheid | 2.3.1, 2.9.2, 10.2, 10.3, 10.4, 10.6.4, 11.7
– Visie Meijer | 6.3.2

Rückgriffskondiktion | 2.6.5, 6.4.2

Ruilverkaveling | 6.5.5.1

Schade
– Algemeen| 1.1, 4.4.1, 4.4.2, 5.1, 5.3.1, 5.3.2.1, 5.3.5.5, 8.3.1.1, 8.3.1.2, 8.4.4.2, 8.4.6.3, 11.5.1, 11.5.3
– Begroting | 2.8.2, 2.8.3, 2.8.4, 2.10.3, 5.3.5, 8.4.4.2, 8.4.6.4, 8.5.4.3, 10.3, 11.5.3
– Eenieder moet zijn eigen schade dragen *zie* Eenieder moet zijn eigen schade dragen
– Eigen schuld | 5.3.4, 5.3.8, 7.3.3, 7.6.2, 7.7.1, 10.4.2, 11.5.3
– Geen volledige vergoeding | 6.6.3, 7.7.3, 8.5.4.3, 8.5.5.3, 8.5.5.4, 10.1, 10.4, 10.4.2, 10.5, 10.6, 10.6.2.2, 10.6.2.3, 10.6.3.2, 10.6.4.2, 10.6.4.6, 11.5.3, 11.5.6, 11.7
– Kritiek | 5.3.3, 11.5.3
– Matiging | 5.3.10, 10.6.4.7, 11.5.3
– Meerpartijenverhouding | 5.3.2.2, 11.5.3
– Onbevoegd gebruik | 5.3.2.3, 5.3.5.1-5.3.5.3, 7.9.5, 8.4.4.2, 8.5.4.3
– Redelijke toerekening | 5.3.6, 11.5.3
– Ruime uitleg | 4.4.2, 5.1, 5.3.4, 5.5, 10.3, 11.5.3
– Vergoeding in natura | 3.5.2, 4.4.2, 5.2.2.5, 5.2.3.2, 5.3.9, 5.5, 7.3.1, 7.3.3, 7.12, 8.5.3.2, 9.2.3, 9.3.3.4, 11.3.3, 11.5.3
– Verlies vrije tijd | 5.3.2.1, 5.3.5.4

– Voordeelstoerekening | 2.10.3, 5.3.2.2, 5.3.7
– Zaaksschade |2.10.3, 5.3.5.2

Subjective devaluation | 4.4.1, 5.2.2.1

Systematische functie verrijkingsactie | 3.4.5, 3.4.6, 3.6, 11.3.2

Titel | 2.6.3

Trennungslehre | 6.4.2

Unjust Factors | 2.4.3, 2.8.1, 6.2, 6.2.2, 6.3.2, 6.4.3.1, 6.4.3.3, 6.6.1, 11.5.5.2

Vergoedingsrechten | 8.4.6.2, 8.4.6.4

Verjaring
– Als rechtvaardigingsgrond | 2.8.3, 2.8.5, 4.2.2, 4.3.3, 4.3.5.2, 6.5.4.1, 6.5.4.2
– Van verrijkingsvordering | 5.2.5.4, 7.3.4, 11.5.6

Ventielfunctie verrijkingsactie | 3.4.6, 7.1, 8.3.2, 8.4.1, 8.4.3.2, 8.5.5.4, 8.6, 10.5, 10.6.3.4, 11.6

Verrekening | 2.10.4, 5.2.4.1, 7.6.3, 8.5.4.2, 9.4.3

Verrijking
– Afwending schade | 2.9, 4.5, 10.1, 10.6.4.5
– Begroting | 5.2.4-5.2.5
– Besparing kosten en uitgaven | 5.2.2.1, 5.2.2.4, 5.2.3.2, 5.2.4.2. 5.2.4.3, 5.2.4.5, 5.2.5.1, 6.3.3, 6.4.3.2, 7.6.3, 7.6.4, 7.10.3, 8.5.4.2, 8.5.5.2, 8.5.5.3, 9.3.3.3, 10.6.2.4, 10.6.4.6, 10.6.4.7, 11.5.2
– Gebruik andermans goed | 5.2.2.3, 5.2.3.1, 5.2.3.2. 5.2.4.3, 5.2.4.5, 5.2.5.4, 5.3.5.1-5.3.5.3, 6.4.2, 6.4.3.2, 6.5.3.5, 7.6.5, 7.8, 8.3.1.2, 8.4.4, 8.5.4.3, 8.5.4.4, 9.3.2.2, 10.3, 11.5.2, 11.5.3
– Ideëel voordeel | 2.9.3
– Informatie | 2.8.1, 2.8.3, 7.6.4, 8.3.1.2, 8.4.2.3, 8.4.3.5
– Ontvangst van een dienst | 5.2.2.1, 5.2.2.4, 5.2.3.1, 5.2.3.2, 5.2.4.2, 5.2.4.5, 5.2.5.1, 5.3.5.4, 6.4.3.2, 7.6.2, 7.6.3, 8.3.1.2, 8.4.3.5, 11.5.2
– Overlopende klanten | 2.6.4-2.6.5, 3.4.3, 4.3.5.2, 5.2.1, 5.2.4.4, 5.4.2.3, 5.4.5.1, 6.3.3, 6.4.3.1, 6.4.3.2, 6.6.2, 6.6.3, 8.4.5, 10.1, 10.4.1, 10.4.2, 10.6.2.2, 11.5.2
– Vermeerdering van vermogen | 5.2.2.5, 5.2.3.1, 5.2.3.2, 5.2.4.1, 5.2.4.2, 5.2.4.5, 5.2.5.1, 5.5, 6.4.2, 8.4.6.4, 11.5.2 ideëel voordeel
– Vermeerdering verrijking | 5.2.5.4, 8.4.6.4
– Vermindering | 5.2.5.3, 6.6.3, 7.9.4, 8.4.6.4, 10.4.2, 10.6.4.7, 11.5.2
– Verrijkingsbegrip | 5.2.2-5.2.3

Verrijkingsactie
– Als uitwerking van verrijkingsbeginsel | 3.2, 3.3, 3.3.3, 6.4.3.1, 7.1, 7.2, 11.3.1
– Bezwaren |3.3.1, 4.2.2
– Functie | 3.4, *zie ook* Aanvullende functie, Quasi contractuele functie, Quasi delictuele functie, Ventielfunctie
– Grondslag | 3.3, 11.3.1
– Niet-subsidiair | 3.5.3, 4.3.3, 4.3.4, 5.3.2.2, 7.2, 8.5.2, 11.5.3
– Open systeem van gevalstypen | 3.2, 3.5.2, 3.5.3, 4.2, 4.3.1, 4.5, 5.4.6, 5.4.7, 6.3.3-6.4.1, 6.4.3, 7.2, 7.9.3, 11.3.1
– Rechtsvinding | 4.3, 4.4, 4.5, 5.1, 5.2.1, 5.2.3.2, 5.3.3, 5.3.4, 5.4.3, 6.4.1, 6.4.3, 6.5.2.5, 6.5.3.4, 6.5.3.5, 6.5.4.1-6.5.4.4, 7.4, 7.5, 7.6.6, 7.11, 11.4
– Vereisten | 1.1 (opsomming), 4.4 (samenhang), 7.3.3 (redelijkheid als vereiste) *zie ook* Verrijking, Schade, Causaal verband, Ongerechtvaardigdheid, Redelijkheidsvereiste

Verrijkingsbeginsel
– Absorberend vermogen | 2.4.2, 2.6.2, 2.7.2, 11.2

– Afwenteling eigen schade | 2.9, *zie ook* Ongerechtvaardigdheid
– *Common law* | 2.4.3
– Geen alles-of-niets karakter | 2.3.2, 2.6.4, 2.7.2, 3.5.2, 4.3.4, 7.1-7.12, 9.2.1, 10.6.4.7, 11.2, 11.5.6.
– Meer dan een conceptie 2.5, 2.6.5, 2.7.
– Normatieve structuur | 2.4, 2.5, 2.6.1, 2.6.2, 2.6.4, 2.6.5, 2.7.2, 2.8.2, 2.9, 2.10
– Open karakter |2.4
– Profiteren onereus gedrag | 2.8, *zie ook* Ongerechtvaardigdheid
– *Sine causa* conceptie | 2.6, *zie ook* Ongerechtvaardigdheid
– Stelling van Schoordijk | 2.4.2, 2.4.4
– Verrijking buiten normale gang van zaken | 2.10, *zie ook* Ongerechtvaardigdheid
– Verschil met verrijkingsactie | 2.3
– Wijzen verdiscontering | 2.3.1

Verrijkingsrechtelijke derdenwerking van overeenkomst | 4.5, 6.5.3.2, 6.5.3.3, 6.5.3.4, 6.5.3.5, 7.9.5, 7.11, 8.4.5.5, 9.3.1, 9.3.2, 9.3.3, 10.6.1, 10.6.3.3, 10.6.3.4, 11.5.5.1, 11.6

Verwendungskondiktion | 2.6.5, 6.4.2

Wanprestatie | 2.8.2, 2.8.3, 2.10.2, 3.4.7, 3.5.3, 4.3.3, 5.2.4.5, 5.3.2.2, 5.3.2.3, 7.10.3, 8.5.4.2, 8.5.5.2, 9.3.3.7, 10.6.3

Wegneemrechten
– Als schadevegoeding in natura | 3.4.7, 5.3.9.2, 7.3.1, 8.5.3.2, 9.2.3, 9.3.3.4, 11.5.3, 11.5.6
– Wettelijke wegneemrechten | 2.6.3

Winstafdracht (schadebegroting) | 2.8.2, 2.8.3, 2.8.4, 5.3.2.3, 5.3.5.5

Wilsvertrouwensleer | 2.8.2, 2.10.2, 6.5.3.4

Zaaksvervanging | 2.6.3, 2.8.4 (substitutie)

Zaakwaarneming
– Verhouding verrijkingsactie |3.4.6, 3.5.3, 4.3.5.2, 6.5.4.3, 7.6.6, 7.7.2, 8.3.2, 8.4.3
– Verrijkingsbeginsel | 2.3.1, 2.6.3, 2.9.1

Zuweisungsgehalt | 2.6.3

Curriculum Vitae

Teun van der Linden is op 3 oktober 1985 geboren in Gouda. Hij behaalde in 2004 zijn VWO-diploma aan het Coenecoop college te Waddinxveen. Vervolgens is hij Rechtsgeleerdheid gaan studeren aan de Universiteit Leiden. In 2010 is hij (*cum laude)* afgestudeerd met als studierichting Civiel Recht, daarnaast heeft hij in 2011 de master Encyclopedie en filosofie van het recht afgerond. Aansluitend is hij tot 2017 werkzaam geweest als PhD-fellow (promovendus en docent) bij de afdeling Civiel Recht van het Instituut voor Privaatrecht. Thans is hij werkzaam als universitair docent goederenrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2018 en 2019 verschenen:

MI-300 N.N. Koster, *Crime victims and the police: Crime victims' evaluations of police behaviour, legitimacy, and cooperation: A multi-method study*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018

MI-301 Jingshu Zhu, *Straightjacket: Same-Sex Orientation under Chinese Family Law – Marriage, Parenthood, Eldercare*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018

MI-302 Xiang Li, *Collective Labour Rights and Collective Labour Relations of China*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 0280 924 4

MI-303 F. de Paula, *Legislative Policy in Brazil: Limits and Possibilities*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 028 0957 2

MI-304 C. Achmad, *Children's Rights in International Commercial Surrogacy. Exploring the challenges from a child rights, public international human rights law perspective*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018

MI-305 E.B. Beenakker, *The implementation of international law in the national legal order – A legislative perspective*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018

MI-306 Linlin Sun, *International Environmental Obligations and Liabilities in Deep Seabed Mining*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018

MI-307 Qiulin Hu, *Perspectives on the Regulation of Working Conditions in Times of Globalization – Challenges & Obstacles Facing Regulatory Intervention*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018

MI-308 L.M. de Hoog, *De prioriteitsregel in het vermogensrecht*, (diss. Leiden), Vianen: Proefschriftmaken.nl 2018, ISBN 978 94 930 1964 5

MI-309 E.S. Daalder, *De rechtspraakverzamelingen van Julius Paulus. Recht en rechtvaardigheid in de rechterlijke uitspraken van keizer Septimius Severus*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridisch 2018, ISBN 978 94 6290 556 6, ISBN 978 94 6274 946 7 (e-book)

MI-310 T.H. Sikkema, *Beginsel en begrip van verdeling*, (diss. Leiden), Vianen: Proefschriftmaken.nl 2018

MI-311 L. Kools, *Essays on wealth, health and data collection*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 028 1168 1

MI-312 S. Voskamp, *Onderwijsovereenkomst. Contractenrechtelijke leerstukken toegepast op de rechtsverhouding tussen school, leerling en ouders in het primair en voortgezet bekostigd onderwijs*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2018, ISBN 978 94 6290 585 6

MI-313 S. van der Hof e.a. (red.), *Recht uit het hart* (liber amicorum W. Hins), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 028 1310 4

MI-314 D. Kong, *Civil Liability for Damage caused by Global Navigation Satellite System*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018

MI-315 T.B.D. van der Wal, *Nemo condicit rem suam. Over de samenloop tussen de rei vindicatio en de condictio*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019, ISBN 978-94-6290-609-9, ISBN 978-94-6236-909-2 (e-book)

MI-316 R. Zandvliet, *Trade, Investment and Labour: Interactions in International Law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019

MI-317 M. de Jong-de Kruijf, *Legitimiteit en rechtswaarborgen bij gesloten plaatsingen van kinderen. De externe rechtspositie van kinderen in gesloten jeugdhulp bezien vanuit kinder- en mensenrechten*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019

MI-318 R.J.W. van Eijk, *Web Privacy Measurement in Real-Time Bidding Systems. A Graph-Based Approach to RTB system classification*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019, ISBN 978 94 028 1323 4

MI-319 M.P. Sombroek-van Doorm, *Medisch beroepsgeheim en de zorgplicht van de arts bij vermoedens van kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019, ISBN 978 94 6236 906 1

MI-320 Y. Tan, *The Rome Statute as Evidence of Customary International Law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019