



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Aanvullend Verrijkingrecht

Linden, T. van der

Citation

Linden, T. van der. (2019, June 26). *Aanvullend Verrijkingrecht*. 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 Verrijktingsrecht

Issue Date: 2019-06-26

2 | Het verrijkinsbeginsel

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 verrijkinsleerstuk is echter meeromvattend. Het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijkingen moeten worden tegengegaan (hierna ook kortweg: het verrijkinsbeginsel), 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 verrijkinsbeginsel 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 verrijkinsrecht is⁵ 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 verrijkings*beginsel* 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 verrijkings*beginsel*, kan in het volgende hoofdstuk worden gezien hoe de algemene verrijkingsactie zich tot het overige vermogensrecht verhoudt.

In de tweede plaats kan een onderzoek naar het wezen van het verrijkings*beginsel* – 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 verrijkings*vordering* 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 verrijdings*sactie*.

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 verrijdingsbeginsel geschreven wordt alsof het een zekere essentie bezit en dat er een zekere normatieve kracht van het beginsel uitgaat. Anderzijds is het verrijdingsbeginsel slechts rechtsbeginsel omdat dit in de regels van het recht tot uitdrukking komt. Zou er geen regel met het verrijdingsbeginsel in verband kunnen worden gebracht, dan zou het verrijdingsbeginsel 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 verrijdingsbeginsel 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 verrijdingsbeginsel 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 ontleend 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 gezien 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 ONDERSCHIED 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; Zwolve 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 faillissementsaanvraag 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 faillissementsaanvraag – 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 verrijkingssactie 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 verrijkingbeginsel

Een belangrijk punt is vooralsnog onder de radar gehouden. De suggestie is gewekt dat het verrijkingbeginsel 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 verrijkingbeginsel 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 locupletiolem.'* 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 locupletiolem.'* 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 verrijkingbeginsel 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 verrijkingbeginsel 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 verrijkingbeginsel 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 verrijgingsrechtelijk 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 verrijdingsbeginsel 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 verrijdingsbeginsel, 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 verrijdingsbeginsel

Dit zou ik het absorberende vermogen van het verrijdingsbeginsel 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 verrijdingsbeginsel als *rechts*beginsel 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 verrijdingsbeginsel 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 koffiefabar (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 voortspuit 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 verrijkinsbeginsel 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 verrijkinsbeginsel. Dit kan worden geïllustreerd met een uitstapje naar de *common law*.

2.4.3 Het verrijkinsbeginsel 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 vigour 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 verrijgingsrecht in Engeland als erkend, gesystematiseerd rechtsgebied. Dit veranderde in 1966,³⁸ toen de eerste druk van *Goff & Jones* uitkwam waarin cases met een verrijgingsrechtelijke 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 verrijgingsrecht.

Birks heeft verschillende redenen gegeven voor die organisatorische functie van het verrijgingsbeginsel.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 ontfangen? In de tweede plaats werkt het bijeenbrengen van *cases* met een verrijgingsrechtelijke kleur in de hand, dat het gelijke gelijk wordt behandeld. In de derde plaats maakt het bijeenbrengen van *cases* onder het verrijgingsbeginsel het mogelijk dat het rechtsgebied een naam krijgt: *The Law of Restitution of The Law of Unjust Enrichment*.

Dat het verrijgingsbeginsel 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 *common 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 verrijgingsbeginsel 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 verrijgingsbeginsel leidt ertoe dat het zicht op de ‘*cases*’ verloren gaat waarin is uitgemakkt 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 verrijkingssactie 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 verrijksrecht 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 ogen-schouw 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 verrijkinsbeginsel 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 gezien *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 verrijkinsbeginsel 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 ontlede 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 verrijkinsbeginsel 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 verrijkinsrecht.⁵⁴ In het Nederlandse recht is onverschuldigde betaling een zelfstandige bron van verbintenissen die naast de verrijkinsactie 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 verrijkinsrechtelijk 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 condities bespreekt. Essentieel aan elke Romeinse conditie is volgens Von Savigny, dat de eiser iets terugverdert 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 conditie, 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 gelijklopend aan de grondslag die Bregstein aan de algemene verrijkingssactie heeft gegeven. Zie: Bregstein 1927, p. 192-193. Hij schrijft: ‘Dus de verrijkingssactie 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 burens 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: Zwolve, *Qui solvi alii. Beschouwingen over betaling aan inningsonbevoegden*, Den Haag: Boom 2000, p. 101-103.

69 Zie bijvoorbeeld: Biegman-Hartogh 1971, p. 42; Nieskens Ispording 1991 nr. 10; Engelhard & van Maanen 1998, p. 311; Zwolve 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 verrijksactie daar aanleiding toe geeft (artikel 3:121 lid 2 BW). Voorts hebben de zogenaamde wegneemrechten een verrijksrechtelijke 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 verhypothekerde 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 verhypothekerde 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. Mijnsen 2006, p. 175.

71 Zie: Schoordijk 1999, p. 166.

72 Biegman-Hartogh, p. 42 e.v.; Mijnsen 2006, p. 176-177.

73 Biegman-Hartogh, p. 44 e.v.; Mijnsen 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 verrijksgevallen 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 verrijksbeginsel nog niet helemaal afgeschud. Het *sine causa*-principe brengt met zich mee dat 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 verrijksbeginsel, zelf (nog steeds) een beginsel waarvan soms moet worden afgeweken. Andere beginselen of vermogensrechtelijke overwegingen kunnen in een concreet geval zwaarder wegen dan het verrijksbeginsel. 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 verrijksgeval, 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 Bereicherte kraft Gesetzes oder Vertrages einen Anspruch auf sie habe, der sich gegen den Entreicherten richtet. Der Satz ist richtig. Aber er läßt sich nicht umkehren. 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 stekkende 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 legitiematie. 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 Verrijking beginsel valt niet samen met de *sine causa*-conceptie

Voor Von Caemmerer illustreert dit het abstracte karakter van het verrijking beginsel. Het is voor hem reden om een – niet uitputtende – typologie te geven van gevallen waarop het (Duitse) verrijkingrecht van toepassing is en zou moeten zijn. Voor hem is concretisering de sleutel. Hij onderscheidt *Leistungskonditionen* (vergelijkbaar met onze onverschuldigde betaling), *Eingriffskonditionen* (dat is een verrijkingvordering 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), *Verwendungskonditionen* (gevallen waarin de eiser het goed van een ander verbetert) en *Rückgriff wegen Zahlung fremder Schulden*.⁸⁵ De door Von Caemmerer onderscheiden *Konditionen* 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 wegconcurrereert 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 verrijkingsactie 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 vermogensverschuiving. Wint de ondernemer marktaandeel ten koste van zijn concurrent, doen hoeft hij daarvoor geen rechtvaardigingsgrond aan te dragen. De klanten behoren een onderneming niet 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 niet 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 verrijdingsbeginsel. 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 verrijdingsbeginsel, maar dat er tussen verschillende toepassingen van het verrijdingsbeginsel Wittgensteiniaanse familiegelekenissen 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 verrijdingsbeginsel laat zich niet weginterpretieren. Integendeel het verrijdingsbeginsel 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 verrijdingsbeginsel uitsplitst in verschillende, meer concrete deelprincipes. Enerzijds wordt op deze wijze ontsnapt aan het abstracte karakter van het verrijdingsbeginsel. Anderzijds wordt het beginsel (als we het niet zoals Wonnell weginterpretieren) 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 verrijdingsbeginsel 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 familiegelekenissen.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 gezien* (2.10).

Steeds wordt per conceptie gezien 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 – niet om het vermogensrecht in verrijdingsrechtelijke 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 verrijdingsactie heeft. Anderzijds kunnen de onderscheiden concepties hun licht vooruitwerpen op de toepassing van de algemene verrijdingsactie.

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). Schuld-eiser 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 verrijdingsrechtelijke 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* behandelt 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 plaintiff 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) *wongs* kan de eiser, in plaats van schadevergoeding, restitutie vorderen. Bij *tresspass to land*, bijvoorbeeld, kan een gebruiksvergoeding worden toegewezen: gezien wordt daarbij wat partijen overeengekomen zouden zijn wanneer er zou zijn gecontracteerd.¹⁰⁸ Soms is winstafracht (*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 winstafracht 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 *Misnomer*, gaan er stemmen op om *The Law of Restitution* om te dopen tot de *Law of Unjust Enrichment* waarbij *resitution for wrongs* buiten het verrijksrecht 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 verrijksrecht 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 verrijksrechtelijke 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 verrijksbeginsel te zien? Dit is niet het geval. Het Engelse debat van de omvang van het verrijksrecht 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 verbin-tenisscheppende rechtsfeit. Bij *unjust enrichment* is de verrijking het verbin-tenisscheppende rechtsfeit.¹¹⁸ Dit is een goede reden om beide figuren sepa-raat 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 pri-vaatrechtelijke 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 onrecht-matigheidsconceptie 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 alge-mene 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 verrijgingsrechtelijke 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 verrijgingsrechtelijke 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 verrijgingsrecht, 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 – wisten 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 verrijksactie. 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 verrijksactie. In mijn optiek neemt dit niet weg, dat in de figuur van de *actio Pauliana* – voor zover deze samenloopt met de onrechtmatige daad – het verrijksrechtelijke 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 verrijksrechtelijke 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 plaatsen 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

Verskillende 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 gezien 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 hij 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 inbezitting 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 niet 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 handelwijze 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 faillissementsaanvraag 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 faillissementsaanvraag 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 Schilf-gaarde (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 verrijkingaspect 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-Isphoring die alle bronnen van verbintenissen, waaronder het onrechtmatige daadsrecht, vanuit een verrijgingsrechtelijk perspectief bespreekt. Zie: Nieskens-Isphoring 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 verrijkingsoverdracht 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 burens 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 burens 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 stommitieit 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 verrijktingsrechtelijke 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 verrijktingsbeginsel.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 verrijktingsrechtelijks 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 rechtekens 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 bovendien, 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 macro-perspectief 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 profijtbegin-sel 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 aanschaf neemt het aansprakelijkheidsrisico ex artikel 6:179 BW voor lief.

Het verrijkingsbeginsel tekent zich duidelijker af wanneer een macro-perspectief 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 paarden-bezitter' 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 profijtedachte 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*-voeding 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 vervoeding 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 zwaarmacht.

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 verrijdingsrechtelijke 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 gezien.

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 gemunte 'policy-motivated' reden voor restitutie '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 gezien, 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

Verskillende 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 gezien 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 gezien 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 gezien, 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, wel 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 overmachtssituatie 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 verrijkingssactie 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 gezien, 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 exonerationclausule 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 exoneration-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 ontleen.’

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

Het Hof is van oordeel dat het beroep op de exonerationclausule, 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 exonerationclausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is in het algemeen genomen afhangt van de mate van verwijtbaarheid van de concrete gedraging waartegen de exonerationclausule in een concreet geval beschermd.²⁰⁸ Slechts in uitzonderlijke gevallen is het mogelijke dat een beroep op een exonerationclausule 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 Pasmaan 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 verrijdingsrechtelijk perspectief echter verhelderend zijn. Bedacht moet worden dat de casus niet alleen wordt gekenmerkt door het feit dat één der partijen – Pasmaan – 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 Pasmaan 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 Pasmaan 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 verrijkinsrechtelijk 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; Lindenberg, *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. Lindenberg 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 niet 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 gezien, 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 Mijnsen 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 Mijnsen 2001, p. 337-346.

219 Zie: Mijnsen 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 niet 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 gezien. 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 verrijkingbeginsel zich met een ander vermogensrechtelijk uitgangspunt. Aldus zijn vier verschillende verrijgingsrechtelijke 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 gezien.

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

In de eerste plaats raken alle verrijgingsrechtelijke 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 verschafft 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 ontplooiende activiteit bij een ander terecht komen. 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 gezien, 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 gezien 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 gezien. Op de keper beschouwd, zien de andere gepresenteerde verrijgingsrechtelijke 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 gezien, 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 gezien – 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 gezien 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 verrijkinsbeginsel speelt met name een rol als richtinggevend beginsel bij de algemene verrijksactie ex artikel 6:212 BW. Maar ook die regel maakt deel uit van het grotere geheel van het vermogensrecht, waarin het verrijkinsbeginsel – zoals in dit hoofdstuk betoogd – reeds op verschillende manieren is verdisconteerd. In het volgende hoofdstuk zal worden gezien welke rol er nog is weggelegd voor de algemene verrijksactie. Daarna wordt in de daaropvolgende hoofdstukken uiteengezet hoe de toepassingsvereisten moeten worden geïnterpreteerd en op welke wijze de algemene verrijksactie het systeem van het vermogensrecht kan aanvullen. Daarbij zal met name op de in dit hoofdstuk behandelde verrijksrechtelijke concepties worden voortgebouwd bij de invulling van het ongerechtvaardigdheidsvereiste in het algemeen, en bij de verschillende in dit boek onderzochte toepassingen van de algemene verrijksactie ex artikel 6:212 lid 1 BW in het bijzonder.