



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

4 Interpretatie en organisatie

4.1 INLEIDING

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

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

4.2 DE WAARDERING VAN DE ALGEMENE VERRIJKINGSACTIE

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

1 Par. 3.5.2.

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

4.2.1 Het spanningsveld

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

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

Langemeijer schrijft in 1969:

‘Bij de ongerechtvaardigde verrijking is de onbepaaldheid haast kenmerk van het begrip. Het enige wat dit met zekerheid uitdrukt is toch dat de ingetreden staat van zaken aan alle andere rechtsregels gemeten onaantastbaar is en tevens onbevredigend is bij toetsing aan een maatstaf die dan blijkbaar juist niet aan dat geheel van het overige recht valt te ontfangen. Wat voor de actie uit onrechtmatige daad wel eens is gepropageerd, te zijn een “algemene billijkheidsactie”, zou hier inderdaad ten naaste bij zijn verwezenlijkt! En daarmee zou vrijwel elke toepassing van het overige vermogensrecht aan correctie door de billijkheid zijn onderworpen.

Dit alles kan een aanloop lijken om schrapping uit het ontwerp van het enige artikel van Titel 6.4 afd. 3 aan te bevelen [...] Toch is dit geenszins wat ik wil bepleiten. Integendeel: ik hoop dat het artikel er komt niet alleen, maar zelfs dat het, zij het stap voor stap, op den duur ruim zal worden toegepast. [...] Wat ik uiteindelijk als resultaat van erkenning van het beginsel hoop is juist een rechtsverfijning, die geleidelijk, met voorzichtig afwegende, van gevallengroep tot gevallengroep voortschrijdende toepassing, op den duur ons recht ingrijpend zal kunnen vernieuwen.’³

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

² Drion 1959, p. 498.

³ Langemeijer 1969, p. 156.

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

Dit verschil in waardering van het brede toepassingsbereik van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking, zien wij terug in de discussie die na de codificatie van de verrijksactie heeft plaatsgevonden. Er zijn schrijvers die de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking als volwaardige bron van verbintenissen behandeld willen zien. Vranken en Hartkamp, bijvoorbeeld, bespreken in dit verband de functies die de verrijksactie kan vervullen, terwijl Wissink zich uitspreekt voor de 'emancipatie' van de verrijksactie tot een volwaardige bron van verbintenissen.⁴ Van Boom gaat een stap verder en zoekt meer concreet de grenzen op van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking en toont zich bereid van de reeds gebaande paden te gaan.⁵ Daartegenover staan schrijvers die de nadruk leggen op de keerzijde van een algemene verrijksactie. Nieskens-Isphording vecht enkele arresten van de Hoge Raad aan,⁶ Zwalve schrijft dat de Hoge Raad met de verrijksactie een fraai speeltje in handen heeft dat ook wel weer eens zal gaan vervelen⁷ en Van Maanen betoogt dat de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking niet mag worden gebruikt als billijkheidsactie.⁸

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

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

4.2.2 Vier problemen

Nieuwenhuis schrijft over de vormgeving van een Europees aansprakelijkheidsrecht:

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

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

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

7 Zwalve 1997, p. 586.

8 Van Maanen 1998, p. 322.

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

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

En verderop: ‘Wie concreet wordt,’ – dat wil zeggen: wie rechtsbeginselen omzet in regels – ‘wordt kwetsbaar’.¹¹

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

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

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

10 Nieuwenhuis 2008, p. 2.

11 T.a.p, p. 3.

12 Zie bijvoorbeeld Damminga 2014, p. 4-8; Van Maanen 2006, p. 37.

13 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/467; M.W. Scheltema in *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 6.3

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

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

(ii) Het tweede probleem is het volgende. Doordat de aansprakelijkheidsgrond van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking niet ligt besloten in een bepaald handelen, kan het voorkomen dat de eiser de gedaagde aanspreekt uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, zonder dat zij voorheen – juridisch gezien – iets met elkaar van doen hadden. Aansprakelijkheid kan komen als een onaangename verrassing. Gedacht kan worden aan een verrijkingsactie die de aannemer tegen de verhuurder instelt, voor de waardeestijging van de door de aannemer, in opdracht van de huurder, bearbeide zaak. Het is niet ondenkbaar dat de aannemer en de verhuurder elkaar voor het eerst ‘treffen’ in de rechtszaal. Gevallen als deze vallen onder het probleemgebied dat eerst door Brandsma¹⁶ en later door Gerdes, het probleem van de ‘derdenverrijking’ is genoemd.¹⁷

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

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

15 Van Maanen 2001, p. 9.

16 Brandsma 1994, p. 251.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

23 Smits 2003, nr. 15.

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

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

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

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

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

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

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

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

26 Van der Linden 2013, p. 107.

27 Sherwin 2001/79, p. 2107.

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

4.3 VERRIJKINGSRECHTELIJKE RECHTSVINDING

4.3.1 De ‘queeste’

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

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

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

4.3.2 *Quint/Te Poel*

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

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

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

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

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

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

30 Schoordijk 1996, p. 865.

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

32 Nieskens-Isphording 1998, p. 99.

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

4.3.3 Subsidiariteit

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

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

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

33 Vgl. Wissink 2002, p. 13-14; Schrage 1998, p. 253-257.

34 Zie daarover o.a. Schrage 2002, p. 646 e.v.

35 Zie bijv. Wissink 2002, p. 15.

36 Vgl. Wissink 2002, p. 24, Hartlief 2012, p. 268-269.

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

De subsidiariteitsleer is in verschillende modulaties denkbaar.³⁷ De subsidiariteit wordt in het Nederlandse recht in geen enkele vorm aangenomen. Voor tweepartijenverhoudingen kan dit worden afgeleid uit de parlementaire geschiedenis³⁸ en bovendien vloeit dit voort uit de gangbare samenloopregels.³⁹ Voor meerpartijenverhoudingen is in het *Setz/Brunings*-arrest uitgemaakt dat de verrijkingsactie niet subsidiair is. De Hoge Raad is in dit arrest van oordeel dat het enkele feit dat de verarmde een vordering uit wanprestatie jegens zijn contractuele wederpartij heeft, een verrijkingsactie tegen een derde niet uitsluit.⁴⁰ Bovendien gaat de Hoge Raad in hetzelfde arrest soepel om met het vereiste causale verband, hetgeen de afwijzing van de subsidiariteit van de actie onderstreept.⁴¹

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

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

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

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

39 Vranken 1998, p. 1503.

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

41 R.o. 3.5.

42 Wissink 2002, p. 21.

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

4.3.4 De heersende leer: de systematische interpretatiemethode

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

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

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

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

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

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

43 Asser/Scholten Algemeen deel* 1974, §12.

44 Schoordijk 1979, p. 453.

45 Wissink 2002, p. 57-65.

46 Van Maanen 2006, p. 39.

47 Snijders 2001, p. 7.

48 Zie met name Koolhoven 2011, p. 259-260, p. 269 e.v. en p. 325.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

50 Koollhoven 2011, p. 212 en 217.

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

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

53 Zie par. 7.10.

4.3.5 Billijkheidsargumenten

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

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

Elders schrijft hij:⁵⁷

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

Hoewel Van Maanen niet helemaal consistent is – aan het begin van dit citaat is de verrijkingsactie geen Zwitsers zakmes terwijl de verrijkingsactie dit aan het eind van het citaat, in 'noodgevallen', toch wél is⁵⁸ – is zijn standpunt helder. Valt uit het systeem van het vermogensrecht af te leiden, dat de verrijking van de gedaagde niet ongerechtvaardigd is, of moet het ervoor worden gehouden dat een bepaalde verrijkingsaansprakelijkheid niet goed past in het systeem, dan moet de actie worden afgewezen.

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

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

56 Van Maanen 2002, p. 174.

57 Van Maanen 2006, p. 39.

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

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

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

4.3.5.1 *Verhouding rechtssysteem en billijkheid*

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

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

⁵⁹ Wissink 2002, p. 63.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

64 Hartkamp 1992, p. 21-30. Asser/Vranken Algemeen deel*** 2005/9; Schoordijk 1972, p. 9.

65 Nieuwenhuis 2007, p. 4.

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

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

4.3.5.2 *Verhouding systeem en billijkheid, een typologie*

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

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

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

67 T.a.p. p. 98.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Verdedigd kan echter worden dat de dief – in weerwil van de strekking van het verjaringsrecht – toch als ongerechtvaardigd verrijkt moet worden beschouwd. De techniek die ik op het oog heb om deze nuance op de heersende leer in te bouwen bestaat in wezen al en is een belangrijk vermogensrechtelijk beginsel. Het is dezelfde techniek die wordt gebruikt bij de toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁸¹ Voorop staat het (sterke) uitgangspunt dat een verrijking die voortvloeit uit een daartoe strekkende wettelijke regeling, niet ongerechtvaardigd is in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW. Van dit uitgangspunt mag niet zomaar worden afgeweken. Maar zodra de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser in de omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is, dan behoren de kaarten in mijn optiek anders te liggen. Voor de schuldeiser en de schuldenaar vinden wij een soortgelijke hardheidsclausule in artikel 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW. Waarom zou een dergelijke ‘escape’ niet gelden in een verrijkingsgeval waarin de verarmde en de verrijkte (vooralsnog⁸²) geen schuldeiser en schuldenaar van elkaar zijn? Bedacht moet worden, dat een door de wet beoogde verrijking niet snel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zal zijn. Het primaat ligt heel sterk bij het systeem van het vermogensrecht: vooreerst moet het doel en de strekking van de wet aan een onderzoek worden onderworpen. Maar ik zou de deur voor een verrijkingsactie niet helemaal nagelvast willen sluiten, voor het geval waarin de strekking van de wet een bepaalde verrijking *prima facie* rechtvaardigt terwijl dit resultaat in de omstandig-

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

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

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

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

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

4.4 DE SAMENHANG VAN DE TOEPASSINGSVOORWAARDEN

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

4.4.1 De complementariteit van de vereisten

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

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

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

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

83 Zie over deze problematiek: par. 6.5.4.

84 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/461.

85 Daarover: par. 5.2.2.1.

zo zou hij kunnen bepleiten. Dit standpunt is ingenomen door Van Boom in zijn preadvies.⁸⁶

In de derde plaats is het mogelijk dat de gedaagde meegaat met de stelling dat de verrijking ongerechtvaardigd is – vanwege het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond voor de vermogensverschuiving – maar dat hij in plaats daarvan naar voren brengt, dat schadevergoeding niet redelijk is. Het gaat niet aan dat hem een bepaald bestedingspatroon wordt opgedrongen. Het autonomiebeginsel verzet zich daartegen.

De onderlinge verwevenheid van de toepassingsvoorwaarden van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking, treedt naar voren doordat één substantieel verweer – het opgedrongen bestedingspatroon – in verschillende vereisten gelezen kan worden.

Iets soortgelijks kan zich, zoals we verderop nog zullen zien, voordoen bij de problematiek van de derdenverrijking. Als de verrijkte zijn voordeel ten koste van de verarmde ontleent aan een overeenkomst met een derde, dan kan dit van belang zijn voor twee vereisten. Dit feit kan voeding geven aan het oordeel dat het vereiste causale verband ontbreekt.⁸⁷ De verrijking van de gedaagde is niet, zo kan worden beredeneerd, afkomstig van het vermogen van de verarmde, maar van het vermogen van de wederpartij van de gedaagde. Voorts kan de verrijkte aanvoeren dat hij niet ongerechtvaardigd is verrijkt, omdat hij zijn verrijking ontleent aan de overeenkomst met zijn contractuele wederpartij.⁸⁸ De omstandigheid dat de verrijkte van een ander dan de verarmde verkregen heeft, kan – in potentie – dus zowel van betekenis zijn bij het vereiste causale verband, als bij het ongerechtvaardigheidsvereiste.

De complementariteit van de aansprakelijkheidsvereisten doet de vraag rijzen hoe de vereisten van elkaar moeten worden afgebakend. Dit lijkt een cosmetisch vraagstuk zonder grote gevolgen te zijn. Wat maakt het uit om aansprakelijkheid af te wijzen omdat de gedaagde niet wordt geacht te zijn verrijkt, of omdat de verrijkingsaansprakelijkheid in het concrete geval niet redelijk is? En wat maakt het uit, of een verrijkingsactie ter zake van een geval van derdenverrijking wordt afgewezen vanwege het ontbreken van een causaal verband of omdat de verrijking – gelet op de overeenkomst van de gedaagde met een ander dan de verarmde – niet ongerechtvaardigd is? Twee dingen. In de eerste plaats is een heldere theorievorming niet goed mogelijk als alle vereisten door elkaar lopen. Er moeten keuzes worden gemaakt over de inhoud van een concreet toepassingsvereiste om de theorievorming scherp te krijgen. In de tweede plaats kan een te enge interpretatie van een specifiek vereiste, zoals we dadelijk zullen zien, ten koste gaan van de algehele aanvullende kracht van de verrijkingsactie.

86 Zij het in een voetnoot. Van Boom 2002, p. 115, nt. 181.

87 In deze zin, bijvoorbeeld: Janssen 2009, nr. 5.1.2.

88 Zie bijvoorbeeld: Nieskens-Isphording 1998, p. 102; Engelhard & Van Maanen 1998, p. 317 en Zwolve 2007, p. 208-212.

4.4.2 Twee groepen vereisten

De vereisten die aan de verrijkingsaansprakelijkheid worden gesteld zijn in twee groepen te verdelen.

In de eerste plaats zijn er vereisten die de feitelijke grenzen van de actie omlijnen. De gedaagde moet zijn verrijkt, de verarmde moet schade hebben geleden en er moet een verband bestaan tussen de verrijking en de verarming. Is aan deze vereisten voldaan, dan ligt er een verrijkingsgeval voor waarop de verrijkingregel in toe- of afwijzende zin van toepassing is. Door de tweede groep vereisten wordt vervolgens het normatieve werk verricht: is de verrijking ongerechtvaardigd, en zo ja, is het redelijk de gedaagde te veroordelen tot schadevergoeding?

De eerste groep vereisten bepaalt in feite het toepassingsgebied van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking. Omdat de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking een aanvullende functie te vervullen heeft, past hier vooral een extensieve – objectieve – uitleg. Wordt hier te zeer afgebakend, dan dreigt een groep ‘verrijkingsgevallen’ categorisch uitgesloten te worden van de verrijkingsactie. Dit past niet bij de aanvullende functie. De uitleg moet wel vallen binnen de een redelijke – zinvolle – uitleg van het verrijkingbegrip, het schadebegrip en het vereiste verband, maar binnen die grenzen – die ook weer niet met al te vaste hand getrokken kunnen worden – is het niet nodig al te vergaande beperkingen op te leggen. De opvatting, bijvoorbeeld, dat er in een geval van indirecte verrijking het causale verband ontbreekt, zou ertoe leiden dat gevallen van indirecte verrijking per definitie van toepassing van artikel 6:212 lid 1 BW uitgesloten zou zijn. In het licht van de aanvullende functie past het beter een geval van derdenverrijking via respectievelijk het ongerechtvaardigdheidsvereiste en het redelijkheidsvereiste op te lossen. Die eisen zijn gevoeliger voor de concrete omstandigheden van het geval. Wij zullen zien dat er voor de zienswijze, dat de verrijkingseis, de schade-eis en het vereiste verband ruim moeten worden uitgelegd aanknopingspunten te vinden zijn in de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie.⁸⁹

Deze extensieve toepassing is mogelijk – en niet op voorhand problematisch – doordat het ongerechtvaardigdheidsvereiste en het redelijkheidsvereiste *alle* ongewenste verrijkingsaansprakelijkheden kunnen ondervangen. De eigenaar op wiens grond het zwembad is gebouwd, hoeft in het voornoemde voorbeeld niet zijn toevlucht te zoeken tot het verrijkingsvereiste om zich met succes te verweren tegen een verrijkingsaansprakelijkheid. Hij kan betogen dat de aansprakelijkheid niet redelijk is. Zou het verweer worden aanvaard dat de grondeigenaar niet is verrijkt omdat hij geen prijs op het zwembad stelt, dan dreigt het gevaar dat in dit soort gevallen een eventuele verrijkingsafdracht in natura bij voorbaat afgesneden wordt afgesneden. Juister is de gedaagde wel verrijkt te achten, maar zijn aansprake-

89 Zie hoofdstuk 5.

lijkheid te beperken voor zover schadevergoeding in natura ex artikel 6:103 BW mogelijk is indien dit nodig is om een gerechtvaardigd beroep op zijn autonomie te honoreren.⁹⁰

Hoe kunnen (binnen de tweede groep van vereisten) het ongerechtvaardigdheidsvereiste en het redelijkheidsvereiste van elkaar worden afgebakend? Op voorhand brengt de tekstuele chronologie al een zekere taakverdeling met zich mee: aan het redelijkheidsvereiste hoeft pas te worden toegekomen als er sprake is van een ongerechtvaardigde verrijking. De afbakening kan echter op principiële gronden gemaakt worden. Het ongerechtvaardigdheidsvereiste richt zich op de waardering van de verrijking en vertegenwoordigt als zodanig het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt. Is er bijvoorbeeld sprake van een vermogensverschuiving, dan rijst de vraag of er voor deze vermogensverschuiving een toereikende rechtvaardigingsgrond kan worden aangegeven. Zo niet, dan is de verrijking ongerechtvaardigd. Het redelijkheidsvereiste vertegenwoordigt de andere beginselen en vermogensrechtelijke overwegingen waar het verrijkingsbeginsel het soms tegen moet afleggen. Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt staat niet steeds bovenaan de vermogensrechtelijke agenda.⁹¹

Het onderscheid tussen het ongerechtvaardigdheidsvereiste en het redelijkheidsvereiste is niet zonder belang. Het is, ten eerste, niet erg verhelderend om vol te houden dat de grondeigenaar op wiens grond *sine causa* een huis is gebouwd niet ongerechtvaardigd is verrijkt, omdat aan hem niet te wijten is dat het huis op zijn grond is gebouwd.⁹² Juister is het voorop te stellen dat de verrijking ongerechtvaardigd is, maar dat schadevergoeding in geld ter zake niet redelijk is, omdat dat hem – buiten zijn toedoen – een bestedingspatroon zou opdringen. Ten tweede, zou een te eng opgevat ongerechtvaardigdheidsvereiste de mogelijkheid van schadevergoeding in natura ook hier bij voorbaat dreigen uit te sluiten. Immers, als de verrijking niet ongerechtvaardigd is omdat de eiser het aan zichzelf te danken heeft dat hij op de verkeerde grond heeft gebouwd, dan lijkt daarmee de weg van schadevergoeding in natura (artikel 6:103 BW) uitgesloten. Wordt de verrijking van de grondeigenaar niet aangemerkt als een ongerechtvaardigde verrijking, dan is een eventuele verrijkingsaanspraak daarmee immers van de baan. Merken we daarentegen de verrijking van de grondeigenaar als een ongerechtvaardigde aan, dan kan bij de redelijkheidstoets worden gezien of schadevergoeding redelijk is, en zo ja, in hoeverre en in welke vorm.

90 Par. 5.2.2.5.

91 Zie hoofdstuk 7.

92 Zoals: Van Boom 2002, p. 115, nt. 181.

4.5 VERSCHILLENDE TYPEN GEVALLEN VAN ONGERECHTVAARDIGDE VERRIJKING

Ondanks het feit dat de vereisten van elkaar kunnen worden afgebakend, bestaat er een wisselwerking tussen de vereisten. Vatten wij het verrijkingsvereiste, het schadevereiste en het vereiste verband daartussen ruimhartig op, dan ontstaan er verschillende soorten gevallen van ongerechtvaardigde verrijking die qua karakter verschillen. Het gevalstype is vervolgens van invloed op de aan te leggen toets of de verrijking in het concrete geval ongerechtvaardigd is. Het is goed om nu alvast een blik te werpen op hetgeen komen gaat om dit te illustreren.

(i) Is er een rechtstreekse vermogensverschuiving tussen de eiser en de gedaagde, dan is de verrijking van de gedaagde ongerechtvaardigd als er een rechtvaardigingsgrond voor deze vermogensverschuiving ontbreekt. Het gaat om een eenvoudige toepassing van de *sine causa*-formule.⁹³

(ii) Is de vermogensverschuiving indirect – dat wil zeggen: heeft de vermogensverschuiving plaats gevonden via het vermogen van een derde – dan werkt de *sine causa*-formule minder soepel. Zoals we zullen zien, sluit het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond tussen de eiser (de verarmde) en de gedaagde (de verrijkte) niet uit, dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser niet ongerechtvaardigd is. Onder omstandigheden heeft de overeenkomst tussen de gedaagde (de verrijkte) en een derde (een ander dan de verarmde, zijnde de contractuele wederpartij van de gedaagde) namelijk verrijkingsrechtelijke derdenwerking, in die zin dat de gedaagde de overeenkomst met zijn contractuele wederpartij aan de verarmde eiser kan tegenwerpen.⁹⁴

In sommige gevallen, zo zullen we zien, ontbreekt die derdenwerking en kan de gedaagde worden aangesproken door de eiser in weerwil van het feit dat de gedaagde op grond van een overeenkomst (met een derde) verkregen heeft. Het gaat dan om bijzondere omstandigheden die een uitzondering maken op de verrijkingsrechtelijke derdenwerking en gevallen waarin de ratio de verrijkingsrechtelijke derdenwerking afwezig is.⁹⁵ Het principe dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag, en de gedachte dat een onregelmatige verrijking met een kritisch oog moet worden gezien kunnen dan van betekenis zijn.

(iii) Zoals in het eerste hoofdstuk bij de bespreking van de verschillende verrijkingsrechtelijke concepties al is gesuggereerd, kan de gedaagde ook verrijkt zijn ten koste van de eiser zonder dat er sprake is van een verschuiving van vermogensbestanddelen. Dit is van grote invloed, zo zullen we zien, op de ongerechtvaardigdheidstoets.⁹⁶ Het enkele ontbreken van een rechtvaardigingsgrond is dan een noodzakelijke, maar niet een voldoende

93 Zie daarover: 2.6.

94 Zie met name par. 6.5.3 en par. 9.3.

95 Zie met name par. 6.5.3.5 en par. 9.3.2 en 9.3.3.

96 Zie met name par. 6.4.3. en par. 6.6.

voorwaarde voor de conclusie dat de verrijking van de gedaagde ongerechtvaardigd is. Is er géén sprake van een vermogensverschuiving, dan is het uitgangspunt dat de verrijking van de gedaagde niet ongerechtvaardigd is. Zoals eenieder zijn eigen schade draagt, zo mag iemand, in beginsel, een verrijking houden die het lot hem of haar heeft toebedeeld. Van dit uitgangspunt kan worden afgeweken als er een bijzondere – positieve – reden is die de verrijking ongerechtvaardigd doet zijn. Een verrijking die niet het gevolg is van een vermogensverschuiving is dus minder snel ongerechtvaardigd.

Alle verrijgingsrechtelijke principes kunnen hier van betekenis zijn. Als de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser op een vermogensverschuiving lijkt, dan kan het *sine causa*-principe analogisch worden toegepast.⁹⁷ Is de gedaagde ten koste van de eiser verrijkt doordat de gedaagde profiteert van zijn onereuze gedrag, dan kan dit een indicatie zijn dat de verrijking ongerechtvaardigd is in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW.⁹⁸ Oefent de gedaagde een (achteraf) gevaarlijke activiteit uit, die niet onrechtmatig is, maar die wel schadelijke gevolgen heeft gehad voor de eiser, dan kan het principe dat iemand eigen schade niet op andere mag afwentelen, maken dat de gedaagde aansprakelijk is uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking tot maximaal het bedrag van de met de activiteit behaalde winst.⁹⁹ En een verrijking die anderszins buiten de normale gang van zaken ligt kan – op basis van goede argumenten ontleent aan de bijzondere omstandigheden van het geval – ongerechtvaardigd zijn verrijkt.¹⁰⁰

4.6 SLOTSOM

De algemene verrijgingsactie heeft een open karakter en is een uitwerking van het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt. Het open karakter van artikel 6:212 BW maakt het mogelijk dat de algemene verrijgingsactie een aanvullende rol kan vervullen. Hetzelfde open karakter kan echter debet zijn aan rechtsonzekerheid en willekeur. Hoe moet met het open karakter worden omgegaan?

Uiteengezet is dat een systematische interpretatie het uitgangspunt is, maar dat ook billijkheidsargumenten een rol van betekenis kunnen spelen. Enerzijds maken de redelijkheid en billijkheid deel uit van het systeem van het vermogensrecht. Anderzijds bestaat er een innerlijke band tussen het systeem van het vermogensrecht aan de ene kant en de redelijkheid en billijkheid aan de andere kant. Het is redelijk en billijk als bij de toepassing van de verrijkingsvordering het systeem van het geldende recht het uitgangspunt is, omdat men zijn rechtspositie daarop voortbouwt. De billijkheid manifesteert zich als afzonderlijk argument indien het recht een leemte heeft

97 Zie met name par. 6.4.3.2.

98 Zie met name par. 10.4 en 10.6.1-10.6.3.

99 Zie met name par. 10.6.4.

100 Zie met name par. 6.4.3 en par. 6.6.

of als de wet tot een verrijking komt die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Een en ander past bij de aanvullende functie waarbij het systeem van het vermogensrecht het uitgangspunt is. De verrijksactie vult het systeem van *het geldende recht* aan.

De aanvullende functie heeft ook invloed op de wijze waarop de ontstaansvereisten van de algemene verrijksactie het beste van elkaar moeten worden afgebakend. Er zijn twee groepen vereisten. In de eerste groep omlijnen het verrijksvereiste, het schadevereiste en het vereiste causale verband het potentiële toepassingsgebied van de algemene verrijksactie. Deze eisen moeten omwille van de aanvullende functie – zonder dat de vereisten in hun wezen worden aangetast – ruimhartig worden uitgelegd. In de tweede groep wordt het normatieve werk gedaan. In het kader van het ongerechtvaardigdheidsvereiste moet worden gezien of de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser een ongerechtvaardigd karakter heeft. Het type verrijksgeval kan daarbij van betekenis zijn: naarmate het causale verband losser is, zal er minder snel sprake zijn van een ongerechtvaardigde verrijking. In het kader van het redelijkheidsvereiste kunnen alle argumenten een rol spelen die geheel of gedeeltelijk aan aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking in de weg staan.

