



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 Verrijkingsrecht

Issue Date: 2019-06-26

5 Verrijking, schade, verband

5.1 INLEIDING

Voor aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking is in de eerste plaats vereist dat de gedaagde *ten koste van de eiser* is *verrijkt* en dat de eiser *schade* heeft geleden. De verrijking, de schade en het verband daartussen omlijnen het feitelijke gebeuren waarop de verrijkingsactie in toe- of afwijzende zin van toepassing is. Als zodanig worden deze vereisten in dit hoofdstuk tezamen behandeld. Wanneer is er sprake van een *verrijking*? (par. 5.2). Wanneer is er *schade* als bedoeld in artikel 6:212 lid 1 BW? (par. 5.3) Wanneer is de verrijking van de gedaagde *ten koste* van de eiser gegaan, ofwel: wanneer moet er een causaal verband tussen de verrijking en de schade worden aangenomen? (par. 5.4).

Staat vast dat de gedaagde ten koste van de eiser is verrijkt en heeft de eiser als gevolg van dit verrijkingsfeit schade geleden, dan staat daarmee allerm minst vast dat de gedaagde ook jegens de eiser *aansprakelijk* is. In Asser/Hartkamp & Sieburgh wordt terecht opgemerkt, dat er in het maatschappelijk verkeer talloze vermogensverschuivingen plaatsvinden.¹ Die zijn lang niet allemaal ongerechtvaardigd. Integendeel. Een verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser is een *neutraal* feit, waar het recht niet zonder meer afwijzend tegenover staat.² Het verbintenissenrecht grijpt pas in als de verrijking ongerechtvaardigd is en als 'restitutie' in de vorm van schadevergoeding redelijk is.

Vanuit een systematisch oogpunt is de vraag wanneer de gedaagde ten koste van de eiser is verrijkt allerm minst neutraal. Door een ruimere of engere opvatting van het verrijkingsvereiste, het schadevereiste en het vereiste verband tussen de verrijking en de schade, wordt het toepassingsgebied van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking ruimer of enger. En het is vervolgens de grootte van het potentiële toepassingsgebied dat de mate bepaalt waarmee de verrijkingsvordering het verbintenissenrecht effectief kan aanvullen. Eén van de rode draden van dit hoofdstuk is, dat binnen de grenzen van een redelijke wetsuitleg, het verrijkingsvereiste, het schadevereiste en het vereiste verband daartussen ruimhartig moeten worden uitgelegd omwille van de aanvullende functie van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking. De principiële belangenafwegingen behoren zoveel mogelijk te worden gemaakt in het kader van het ongerechtvaardigdheidsvereiste

1 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/465

2 Birks heeft op de neutraliteit van het verrijkingsvereiste gewezen, Birks 2005, p. 50.

en het redelijkheidsvereiste. Wordt bijvoorbeeld het verrijkingsvereiste strikter uitgelegd dan nodig, dan zou er zich een geval voor kunnen doen waarin de gedaagde een voordeel verkrijgt dat niet onder (de strikte uitleg van de verrijkingseis van) artikel 6:212 lid 1 BW valt, terwijl de ‘verrijking’ wel ongerechtvaardigd zou zijn als het voordeel wél onder het verrijkingseisbegrip zou vallen. Dat is niet aansprekend.

5.2 VERRIJKING

5.2.1 Inleiding

De verrijking is de basiseis van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking.³ Alle andere vereisten zijn op de verrijking van de gedaagde betrokken: Staat de *verrijking* van de gedaagde in een relevant verband tot de schade van de verarmde? Ofwel: is de *verrijking* ten koste van de eiser verkregen? Is *déze verrijking* vervolgens ongerechtvaardigd? En is de verplichting om de *verrijking* in de vorm van schadevergoeding af te dragen redelijk, en zo ja, in hoeverre en in welke vorm? Tenslotte gaat de omvang van de verrijkingseis aansprakelijkheid nimmer de *verrijking* van de gedaagde te boven. Het doel van de schadevergoedingsverbintenis is om de ongerechtvaardigde verrijking ongedaan te maken.

Omdat de verrijking de aansprakelijkheidsgrondslag van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking is, mag de verrijkingseis niet *ad infinitum* worden opgerekt. Wordt dit vereiste te ruim geïnterpreteerd, dan wordt de *verrijking*sactie in haar wezen aangetast. Tegelijkertijd moet de verrijkingseis ook niet onnodig strikt worden opgevat. De aanvullende functie van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking verzet zich, als gezegd, tegen een dusdanige invulling van de verrijkingseis, dat daarmee een bepaalde groep ‘verrijkingseisgevallen’ categorisch van de toepassing van de verrijkingssactie wordt uitgesloten. Een omlijning door een te eng opgevat verrijkingseisvereiste is niet passend voor een vordering, die voornamelijk dient als sluitstuk van het vermogensrecht voor niet geregelde gevallen. Het uitgangspunt moet dan ook zijn, dat binnen de grenzen van een redelijke uitleg, het verrijkingseisvereiste ruimhartig moet worden uitgelegd. Die verrijkingen kunnen dan op hun (on)gerechtvaardigdheid worden getoetst. En als de verrijking inderdaad ongerechtvaardigd is, moet nog worden bezien of schadevergoeding ter zake redelijk is, en zo ja, in hoeverre en in welke vorm.

Over de opbouw van deze paragraaf het volgende. De eis dat de gedaagde is verrijkt heeft zowel een kwalitatieve als een kwantitatieve dimensie. Enerzijds brengt de verrijkingssactie in het algemeen en de verrijkingseis in het bijzonder de vraag met zich, wat als een verrijking in de zin van

3 Van Maanen heeft hier – terecht – de aandacht op gevestigd in een reactie op een artikel van Hartkamp: Van Maanen 2001b, p. 490. Vgl. voorts Lodder 2012, p. 1.

artikel 6:212 lid 1 BW geldt. Anderzijds bepaalt de vereiste verrijking mede de maximale omvang van de aansprakelijkheid. De kwalitatieve vraag – wat geldt als een verrijking? – gaat aan de kwantitatieve vraag – wat is de omvang van de verrijking? – vooraf. Pas wanneer duidelijk is wat onder het verrijkingsbegrip valt, kan iets worden gezegd over de te hanteren maatstaf om de omvang van de verrijking te bepalen. Daarom wordt allereerst ingegaan op het verrijkingsbegrip zelf; daarna gaat het betoog geleidelijk over in de vraag hoe de omvang van de verrijking moet worden vastgesteld.⁴

Op voorhand moet er één voorbehoud worden gemaakt. De vraag of iemand in een concreet geval is verrijkt en wat de omvang van de verrijking is, is sterk verweven met de bijzondere omstandigheden van het geval. Het is niet moeilijk om een casuspositie te verzinnen die als een handvol fijn zand door het net valt dat hier is uitgespannen. Wie had, bijvoorbeeld, vóór de zaak *Van der Tuuk Adriani/Batelaan* kunnen bevroeden dat de ‘overname’ van een klantenbestand als een verrijking in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW kan gelden?⁵ Omgekeerd kan het – zoals we zullen zien – voorkomen dat een storting van een bedrag op een rekening van de gedaagde in de bijzondere omstandigheden van het geval niet tot diens verrijking leidt.⁶ Of iemand verrijkt is hangt mede af van de omstandigheden van het geval. In mijn optiek heeft de rechter naar analogie van artikel 6:97 BW een grote beoordelingsruimte om te bepalen of de gedaagde is verrijkt en wat de omvang van diens verrijking is.

Dit laatste mag een potentiële verrijkingsschuldeiser niet te gemakzuchtig stemmen. Hoewel hier – in overeenstemming met de rechtspraak en literatuur – wordt uitgegaan van een ruim verrijkingsbegrip, mag niet uit het oog worden verloren, dat het praktisch weldegelijk een harde te kraken noot kan zijn. Geregeld stuit een verrijkingaanspraak af op de omstandigheid dat er te weinig is gesteld of bewezen om de verrijking hard te maken.⁷ Komt de verrijking niet van de grond, dan komt er niets van de grond. Er is dan letterlijk geen begin van een ongerechtvaardigde verrijking.

4 Geleidelijk omdat per *type* verrijking de maatstaf voor de *omvang* wordt gegeven. Daarnaast zullen per verrijkingstype mogelijke verrijkingsserelateerde verweren worden besproken.

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

6 HR 28 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7207, *NJ* 1998, 218, m.nt. H.J. Snijders (De Staat/Meijer).

7 Een greep: Hof Amsterdam 25 augustus 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AV0648, *NJF* 2006/51, r.o. 3.9; Hof Amsterdam 31 augustus 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ1218; Hof Amsterdam 28 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:CA2984, r.o. 4.7; Hof Arnhem-Leeuwarden 20 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7564, *RVR* 2017/4, r.o. 2.12; Hof Arnhem-Leeuwarden 19 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:11174, r.o. 4.6.

5.2.2 Objectief of subjectief verrijkingsbegrip?

Een ontstaansvoorwaarde voor de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking is dus dat de gedaagde is verrijkt. Nu zijn er evenzoveel mensen en rechtspersonen als dat er potentiële gedaagden zijn. Als een tuinman zich in het adres vergist, en de tuin van een ander dan de opdrachtgever ‘doet’, dan zal de ene eigenaar zijn ogen uitwrijven, terwijl een andere terugverlangt naar de woeste tuin compleet met ingegroeide damesfiets. Iets dat voor de één verrijking is, kan voor de ander louter verarming zijn. Deze observatie brengt de vraag met zich, of de vereiste verrijking een objectief begrip is, of dat ook subjectieve omstandigheden, zoals de voorkeur van de gedaagde, een rol van betekenis kunnen spelen in het kader van de vraag of de gedaagde is verrijkt in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW.⁸

5.2.2.1 Een korte blik op het Engelse verrijkingsbegrip

In het Engelse recht speelt de voorkeur van de gedaagde – diens ‘*freedom of choice*’ – een rol bij de beantwoording van de vraag of hij is verrijkt, indien het verkregen voordeel in iets anders bestaat dan de ontvangst van een som geld.⁹ Gaat het om een verrijking in geld, dan kan er niet aan getwijfeld worden dat de gedaagde is verrijkt en rijst er als zodanig ook geen ‘verrijkingsprobleem’. Dit is anders als het voordeel uit iets anders bestaat dan de ontvangst van een som geld. Wat als – bijvoorbeeld – de motor van de Ferrari van de gedaagde ongevraagd wordt gereviseerd? In een dergelijk geval kan de gedaagde naar Engels recht – in beginsel – met vrucht betwisten dat hij is verrijkt hoezeer de waarde van de auto ook naar objectieve maatstaven is gestegen. Dit wordt ‘*subjective devaluation*’ genoemd.

Birks schrijft daarover:¹⁰

‘It is an argument based on the premiss that benefits in kind have value to a particular individual only so far as he chooses to give them value. What matters is his choice. The fact that there is a market in the good which is in question, or in other words that other people habitually choose to have it and thus create a demand for it, is irrelevant to the case of any one particular individual. He claims the right to dissent from that demand. Market value is not his value.’

Als de gedaagde zijn verrijking kan betwisten door zich op het genoemde verweer van *subjective devaluation* te beroepen, wordt aan de objectieve marktwaarde van het door de gedaagde verkregen voordeel voorbijgegaan. In weerwil van de objectieve waarde van het voordeel, geldt de gedaagde

8 Voor het Nederlandse recht hebben ook Linssen en Koolhoven deze vraag aangestipt. Zie Linssen 2001, p. 474-475; Koolhoven 2011, p. 82 en p. 87-89.

9 Goff & Jones/Mitchell, Mitchell & Watterson 2016, nr. 4-19-23; Lodder 2012, p. 49 e.v.; Birks 2005, p. 54 en p. 55.

10 P. Birks 1985, p. 109-110.

dan rechtens niet als verrijkt. De gedaagde kan zich echter in twee gevallen niet met vrucht op *subjective devaluation* beroepen.

In de eerste plaats kan de gedaagde dit verweer niet voeren als uit het gedrag van de gedaagde blijkt, dat hij het voordeel wél degelijk waardeert.¹¹ Als de verrijkte een gelegenheid voorbij heeft laten gaan om het voordeel te weigeren – terwijl hij wist of kon weten dat het geen geschenk was – dan kan hij niet meer zeggen dat hij geen prijs stelt op het voordeel. Wist de gedaagde dat de garage zijn motor – ongevraagd – aan het reviseren was, en liet de gedaagde de garage maar begaan, dan kan hij dit verweer niet voeren.

De gedaagde kan zich ook niet op *subjective devaluation* beroepen als er sprake is van een *incontrovertible benefit*.¹² Als geen redelijk mens de verrijking zal betwisten dan kan de gedaagde dit ook niet. Dit is het geval als de gedaagde noodzakelijke uitgaven heeft bespaard of als hij een ‘benefit in kind’ in geld heeft omgezet door het verkregene te verkopen. Als de gedaagde de auto met gereviseerde motor – dankzij de revisie – voor een hoger bedrag weet te verkopen, dan is hij met dit meerdere verrijkt. Het voordeel is in geld omgezet zodat diens eigen waardering geen rol meer speelt.

In het Engelse recht speelt de keuzevrijheid van de gedaagde een rol bij de vraag of hij rechtens is verrijkt. In dat opzicht is er sprake van een gesubjectieerd verrijkingbegrip.

5.2.2.2 Heersende leer; een objectief verrijkingbegrip

Het Nederlandse verrijkingbegrip, zoals dat in de literatuur naar voren komt, is daarentegen objectief van karakter.¹³ De keuzevrijheid van de gedaagde speelt daarin geen rol van betekenis. Enerzijds wordt een verrijking – zoals we dadelijk zullen zien: ten onrechte – gelijkgesteld met een toename van het vermogen.¹⁴ Anderzijds moet, zo wordt in de literatuur aangenomen, de omvang van de verrijking worden vastgesteld door een vermogensvergelijking.¹⁵ Het vermogen van de gedaagde zoals dat is na het verrijkingfeit moet vergeleken worden met diens vermogens zoals dat zou zijn zonder het verrijkingfeit. Doordat het vermogen in de literatuur als het ijkpunt van de verrijking wordt gezien, krijgt het aldaar gehanteerde verrijkingbegrip automatisch een sterk objectief karakter. Mogelijke voorkeuren van de gedaagde spelen immers géén rol bij de bepaling van de omvang van diens vermogen. Het objectieve verrijkingbegrip hangt mede samen

11 Goff & Jones/Mitchell, Mitchell & Watterson 2016, nr. 4-43 e.v.; Birks 1985, p. 114-116; Burrows 2011, p. 51-59; Birks 2005, p. 55-59.

12 Goff & Jones/Mitchell, Mitchell & Watterson 2016, nr. 4-28 e.v.; Birks 1985, p. 116-124; Burrows 2011, p. 47-51; Birks 2005, p. 59-63.

13 Zie Linssen 2001, p. 474; Koolhoven 2011, p. 82 en vergelijk ook Damminga 2014, p. 203.

14 M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 3; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/461; Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 311; Van Maanen 2001, p. 15; Linssen 2002, p. 64; Koolhoven 2011, p. 68.

15 M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 3; Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 311; Koolhoven 2011, p. 82.

met de omstandigheid, dat de voorkeur van de gedaagde een rol kan spelen bij de redelijkheidstoets. Een belangrijke vuistregel is in dit verband, dat de gedaagde niet zonder meer aansprakelijk is voor een voordeel dat hem is opgedrongen. Door de redelijkheidstoets kan de verrijkingsvraag op een meer onbevangen manier worden beantwoord.

5.2.2.3 *Jurisprudentie; een objectief verrijkbingsbegrip*

Ook in de rechtspraak van de Hoge Raad wordt overwegend een objectief verrijkbingsbegrip gehanteerd.

In het arrest *Groene Specht*,¹⁶ waar het ging om een mogelijke ongerechtvaardigde verrijking van de koper van een woonhuis ter zake van investeringen in het huis door een voormalig bewoner, hanteert de Hoge Raad een objectief verrijkbingsbegrip.¹⁷ De Hoge Raad overweegt:¹⁸

‘Indien al wordt geoordeeld dat de koper ongerechtvaardigd is verrijkt ten opzichte van de verarmde, zal slechts aanspraak op schadevergoeding bestaan voorzover dit redelijk is (art. 6:212 lid 1 BW). Bij de beantwoording van de vraag wat redelijk is komt betekenis toe aan de mate waarin de koper door zijn verrijking daadwerkelijk is gebaat. Voorzover de koper door de investeringen van de verarmde weliswaar verrijkt maar niet daadwerkelijk gebaat is omdat hij de gekochte woning afbreekt en ter plaatse vervangt door een nieuwe woning, is het niet zonder meer redelijk dat hij de schade van de verarmde zou moeten vergoeden.’

De keuzevrijheid – de wil van de gedaagde – speelt, zo kan uit deze overweging worden afgeleid, geen rol bij de vaststelling van de verrijking. Als in een woning wordt geïnvesteerd, dan zal de waardeverhoging die daar het gevolg van is gelden als een verrijking in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW. Stelt de gedaagde geen prijs op de verrijking, dan kan dit volgens de Raad een rol spelen in het kader van de redelijkheidstoets. Dit is met name het geval als de gedaagde dóór de verrijkingsaansprakelijkheid een bestedingspatroon opgedrongen zou krijgen.

Een ander arrest waarin een geobjectiveerd verrijkbingsbegrip naar voren komt is het arrest *Bedum/Huizingh*.¹⁹ Uit een aan Huizingh toebehorende tank stroomt een hoeveelheid benzine in een afvoerput, die – uiteindelijk – in de bodem van De Vries terecht is gekomen. De gemeente Bedum saneert de grond van De Vries en stelt tegen Huizingh – onder meer – een verrijkingsactie in. De gemeente voert aan dat Huizingh is verrijkt omdat hij door de sanering niet meer met vrucht aansprakelijk gesteld kan worden uit hoofde van onrechtmatige daad door De Vries. Diens schade is met de sanering immers weggenomen. Het hof wijst de verrijkingsactie af omdat de gemeente

16 HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928, NJ 2007/154, m.nt. J.B.M. Vranken (Koker/Cornelius).

17 In gelijke zin, maar kritisch daarover, Koolhoven 2011 p. 88.

18 R.o. 3.6.3

19 HR 25 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7348, NJ 2005/413, m.nt. C.J.H. Brunner (Bedum/Huizingh).

niet hard kan maken dat De Vries Huizingh daadwerkelijk zou aanspreken op grond van onrechtmatige daad. Het hiertegen gerichte cassatiemiddel is gegrond:²⁰

‘Een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking ontstaat [...] zodra aan alle daartoe in artikel 6:212 BW gestelde eisen is voldaan. Tot die eisen behoort niet dat de schuldenaar (Huizingh) die door toedoen van een derde die de onderhavige vordering instelt (de Gemeente) is bevrijd van zijn met die schade corresponderende schuld, daadwerkelijk is of wordt aansprakelijk gesteld door — in het onderhavige geval — degene die schade heeft geleden (De Vries). Het bestaan van de vordering van degene die de schade heeft geleden op hem die haar onrechtmatig veroorzaakte, is immers niet afhankelijk van de vraag of op vergoeding van die schade aanspraak is gemaakt.’

Dit oordeel²¹ past bij een objectief verrijkingbegrip. Als de verrijkingsschuldeiser een bestaande schuld van de verrijkingsschuldenaar voldoet, dan is de laatstgenoemde verrijkt omdat zijn schulden zijn afgenomen. Door de vermindering van de schuld is diens vermogen in waarde gestegen. Bijzondere omstandigheden, zoals het antwoord op de vraag of de eigenaar van de vervuilde grond wel van plan was Huizingh aan te spreken, doen niet ter zake. Kan Huizingh inderdaad hard maken dat De Vries niet van plan was hem aan te spreken uit hoofde van onrechtmatige daad, dan kan dit een rol spelen in de redelijkheidstoets. De keuzevrijheid van de grondeigenaar om de vervuiler – Huizingh – al dan niet aan te spreken, speelt geen rol bij de vaststelling van de verrijking.

In het *Subway*-arrest tenslotte, ging het – voor zover hier relevant – om het gebruik van een bedrijfspand door een onderhuurder na afloop van de huurperiode. De Hoge Raad overweegt:²²

‘Degene die het gebruik van de bedrijfsruimte voortzet is daardoor immers verrijkt, omdat het gebruik van andermans bedrijfsruimte in het maatschappelijk verkeer in de regel slechts tegen een vergoeding plaatsvindt, terwijl de onderhuurder is bevrijd van de met zijn wederpartij overeengekomen verplichting de huurprijs te voldoen, door de beëindiging van de overeenkomst van onderhuur.’

Omdat het gebruik van bedrijfsruimte in het maatschappelijke verkeer tegen een vergoeding plaatsvindt is een dergelijk gebruik, zo oordeelt de Hoge Raad, als een verrijking aan te merken. De waardering in het maatschappelijk verkeer – het feit dat er voor het gebruik van een bedrijfspand een markt bestaat – maakt dat er sprake is van een verrijking. De ‘wil’ van de gebruiker om het gebruik voort te zetten, is niet redengevend voor de aanname van diens verrijking.

20 R.o. 3.3.

21 De verrijkingssactie ketste op een andere echter grond af. Omdat de vervuiling niet ‘ernstig’ was in de zin van art. 75 Wbb was een verrijkingssactie – evenals aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad – uitgesloten.

22 HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782, NJ 2013/540, m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (Credit Suisse/Subway).

5.2.2.4 Jurisprudentie; subjectieve elementen in de verrijkingstoets?

Uit de voorgaande arresten komt een objectief verrijkingbegrip naar voren, hetgeen in overeenstemming is met de opvattingen zoals die in de literatuur naar voren komen. Toch zijn er twee arresten waarin – bedoeld of onbedoeld – rekening wordt gehouden met de voorkeur van de gedaagde.

Ik heb in de eerste plaats het oog op het arrest *Hulshof/De Haan*.²³ Hulshof sluit op 30 januari 1998 met De Haan een aannemingsovereenkomst. De Haan verbindt zich om voor f 250.000 een huis te bouwen. Vervolgens is de bouw níét in gang gezet door De Haan zélf maar door *De Haan B.V.* (hierna ‘de BV’). De BV schakelt Bouw ‘75 als hulppersoon in die aan de bouwwerkzaamheden begint. In december 1998 staakt Bouw ‘75 diens werkzaamheden omdat hij niet meer betaald kreeg van De Haan of diens BV. Hulshof ontbindt de overeenkomst met De Haan – zijn directe contractspartij – op een moment dat hij f 72.922,38 aan De Haan heeft voldaan. Na de ontbinding laat Hulshof het huis – tegen een hoger bedrag dan de contractprijs die Hulshof met de Haan was overeengekomen – afbouwen door een derde partij. De BV spreekt Hulshof aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking voor datgene wat zij heeft laten bouwen in het kader van de uitvoering van de overeenkomst tussen Hulshof en De Haan. Volgens de Hoge Raad is er van een verrijking geen sprake.²⁴

‘In dit geval van indirecte verrijking zou voor een op art. 6:212 BW gebaseerde vordering slechts plaats zijn tot ten hoogste het positieve saldo dat mogelijk resteert nadat de overeengekomen aanneemsom (f 250.000,—) is verminderd met hetgeen van die aanneemsom reeds is voldaan (f 72.922,38) en met hetgeen Hulshof nog aan De Haan verschuldigd mocht zijn in verband met de ontbinding van de overeenkomst, alsmede met de kosten die Hulshof als opdrachtgever aan een derde verschuldigd werd voor het voltooien van het huis. Van een zodanig positief saldo is evenwel geen sprake, nu in cassatie moet worden uitgegaan van de juistheid van het oordeel van het hof dat die kosten meer hebben bedragen dan de aanneemsom.’

Volgens de Hoge Raad kan de verrijking van Hulshof niet meer bedragen dan de aanneemsom die hij met De Haan is overeengekomen van in totaal f 250.000. Hoewel dit uitgangspunt *prima facie* voor de hand liggend is, lijkt de Hoge Raad hier – in afwijking van voornoemde jurisprudentie – een meer subjectief verrijkingbegrip te hanteren. De wilsovereenstemming tussen Hulshof en de Haan bepaalt in deze benadering immers het maximum van de verrijking.²⁵ Het kan echter heel wel zo zijn, dat het bouwwerk dat de BV heeft laten bouwen *de facto* méér waard is dan de overeengekomen f 250.000. Dit is het geval als de BV (of Bouw ‘75) – gevraagd of ongevraagd – meerwerk verricht heeft.²⁶

23 HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1519, NJ 2007/451 (Hulshof/De Haan B.V.).

24 R.o. 3.3.

25 Koolhoven 2011, p. 85-86.

26 Koolhoven 2011, p. 86.

Het had meer in de lijn met de hierboven besproken jurisprudentie gelegen, indien de Raad had geoordeeld dat de daadwerkelijke waarde van het door de BV gebouwde bouwwerk de maximale hoogte van de verrijking bepaalt. Voor de concrete uitkomst zal dit overigens waarschijnlijk niet veel uit maken. Ligt het bedrag hoger dan de door Hulshof overeengekomen contractprijs dan zal een verrijkingsactie voor dit meerdere – als er geen verdere omstandigheden zijn – niet redelijk zijn.²⁷ Het welslagen van een verrijkingsactie mag niet leiden tot een opgedrongen bestedingspatroon. Het mag niet zo zijn dat Hulshof aan een derde – De BV – méér zou moeten betalen uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, dan de prijs die hij met zijn contractuele wederpartij – De Haan – overeen was gekomen.

Ook in het *Winkelpand*-arrest zou een meer subjectieve invulling van het verrijkingsbegrip gelezen kunnen worden. Het ging om het volgende. Een man heeft gedurende een relatie met een vrouw verbouwingswerkzaamheden laten verrichten, en uitgaven gedaan, ten behoeve van een woning annex bedrijfspand van de vrouw.²⁸ Als de relatie over is, spreekt de man de vrouw aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Het hof wijst de verrijkingsactie af, omdat de man niet hard kan maken dat het pand door zijn verbouwingswerkzaamheden in waarde is gestegen. De Hoge Raad casseert:

“s Hofs motivering in rov. 3.5 is kennelijk gebaseerd op zijn oordeel dat de vordering van de man slechts toewijsbaar zou kunnen zijn indien het pand van de vrouw door de (mede door de man gefinancierde) verbouwing in waarde zou zijn gestegen. Dat oordeel geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Van een ongerechtvaardigde verrijking van de vrouw kan ook sprake zijn indien en voor zover de uitgaven ten behoeve van de verbouwing, ook al heeft die verbouwing niet tot een waardestijging van het pand geleid, voor rekening van de man zijn gekomen en de vrouw zich die uitgaven aldus heeft bespaard. De hierop gerichte klachten van de onderdelen 2.1 – 2.3 treffen derhalve doel.”

De verrijking van de vrouw hoeft, volgens de Hoge Raad, niet te bestaan uit een waardestijging van het pand, maar kan evenzeer bestaan uit de besparing van uitgaven. Dit is het springende punt. Zeker als de waarde van het pand door de werkzaamheden níét is gestegen zal er alleen van een besparing in de door de Hoge Raad bedoelde zin sprake kunnen zijn, als de vrouw ervan heeft blijk gegeven dat zij prijsstelt op de verrijking of indien dit anderszins komt vast te staan. Stelt zij geen prijs op de verrijking dan zal er – dunkt mij – van een besparing van uitgaven geen sprake kunnen zijn. De vraag of de vrouw is verrijkt hangt daarmee af van een gesubjectieerd criterium. Bijzonder daarbij is, dat het verrijkingsbegrip niet wordt gesubjectieerd om de aansprakelijkheid te beperken ter bescherming van de autonomie van de vrouw, maar juist om de mogelijke aansprakelijkheid breder

27 Vgl. HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3195, NJ 2015/448 (Muradin/Waaijer). Komt er geen overeenkomst tot stand, dan kan een verrijkingsvordering voor een hoger bedrag dan de gedaagde wenste te besteden *onredelijk* zijn. Zie over dit arrest par. 7.6.1.

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

te trekken. Het enkele feit dat het pand niet in waarde is gestegen, sluit een verrijksactie niet uit.

Hoewel een extensieve interpretatie van het verrijksbegrip past bij de aanvullende functie van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking, was zij hier niet nodig. De Hoge Raad had de mogelijkheid om een objectiever criterium te hanteren dan de subjectieve vraag of *dé* gedaagde uitgaven heeft bespaard. De verrijking bestaat in een geval als dit immers uit de ontvangst van een dienst en voorts uit verwerkte bouwmaterialen. De bouwactiviteiten en de gebruikte materialen vertegenwoordigen een waarde die objectief kan worden vastgesteld. Allerminst is uitgesloten dat de Hoge Raad iets dergelijks voor ogen heeft gestaan. Maar als dit inderdaad het geval is, verdient het de voorkeur om niet de omweg van de 'besparing' te kiezen. In dit verband trekt de vereiste besparing 'de voorkeur van de gedaagde' het verrijksbegrip binnen.

5.2.2.5 *Moet de gedaagde zijn gebaat?*

Koolhoven is een pleitbezorger voor een meer subjectieve benadering van het in artikel 6:212 lid 1 BW vereiste verrijksbegrip dan thans in de rechtspraak en de literatuur gebruikelijk is. Bestanddeel van de verrijkingseis moet volgens haar zijn, dat de gedaagde bij de verrijking is gebaat.²⁹ Als de eigenaar van een huis van plan is het huis te slopen, dan leidt een waardevermeerdering van dit huis niet zonder meer tot diens verrijking. De ratio van het baatcriterium als verrijksbestanddeel is dat niet alles afhangt van het 'onsicheren Kompas der redelijkheid'.³⁰

In een enkel arrest is er een aanknopingspunt voor deze zienswijze te vinden. Of de huurder met succes de verhuurder kan aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, hangt volgens de Hoge Raad mede af van het antwoord op de vraag in 'hoeverre de verhuurder *daadwerkelijk profijt* [curs. Tvdl] heeft van de aangebrachte verandering, bijvoorbeeld doordat hij het gehuurde voor een hogere prijs kan verkopen of van een opvolgend huurder een hogere huur kan bedingen dan wanneer de veranderingen niet zouden zijn aangebracht'.³¹ In dit arrest werd echter niet duidelijk of 'daadwerkelijk profijt' vereist is voor de vaststelling van de verrijking of dat het van invloed is op het antwoord op de vraag of schadevergoeding ter zake van de verrijking redelijk is. In het hiervoor behandelde *Groene Specht*-arrest kiest de Hoge Raad, zoals ook Koolhoven zelf aangeeft, voor de laatste optie en daarmee voor een objectief verrijksbegrip.³²

Behoort het baatcriterium bestanddeel te zijn van de verrijkingstoets? Een voordeel is dat er recht wordt gedaan aan omstandigheden aan de kant van de verrijkte gedaagde. Als iets een marktwaarde heeft, dan betekent dat

29 Koolhoven 2011, p. 88-89.

30 Ibid.

31 HR 25 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4373, NJ 2005/338 (Dupomex/Duijvelaar), r.o. 3.3.

32 Koolhoven 2011, p. 87.

niet *mutatis mutandis* dat het voordeel ook waarde heeft voor de specifieke gedaagde. Een dove zal er weinig aan hebben als in zijn auto een radio wordt ingebouwd. Het baatcriterium beschermt de autonomie van de gedaagde of – zoals het in Engeland wordt uitgedrukt – diens *freedom of choice*. Voorts sluit het door Koolhoven verdedigde baatcriterium, zoals zij zelf aangeeft, aan bij andere bepalingen waarin dit criterium wordt gehanteerd. Als de schuldenaar ten onrechte aan een ander dan de schuldeiser betaalt, dan is hij krachtens artikel 6:32 BW toch bevrijd voor zover de schuldeiser door de betaling is *gebaat*.

Toch is het baatcriterium als ‘deelvereiste’ van de verrijkingseis niet aanbevelenswaardig. Een eerste argument daartoe is dat een objectief verrijkingseis heersend is in de rechtspraak en de literatuur. Uiteraard hoeft een heersende leer niet doorslaggevend te zijn, maar voor afwijking daarvan moeten goede redenen bestaan. Reden voor een subjectief verrijkingseis zou erin gelegen kunnen zijn, dat met de omstandigheden van de gedaagde – en met name met diens autonomie – rekening gehouden kan worden. Daarvoor is echter een subjectieve invulling van het verrijkingseis niet nodig, omdat de vraag of de verrijkte door het verkregene is gebaat aan bod kan komen in het kader van de redelijkheidstoets. Schadevergoeding voor een objectieve verrijking die voor de gedaagde zelf niets oplevert zal – in de regel – niet redelijk zijn.

Een tweede argument is het volgende. Wordt de omstandigheid dat de gedaagde door het verkregene is gebaat bestanddeel van de verrijkingseis, dan is er soms een ‘truc’ nodig om tot een aanvaardbaar resultaat te komen. Als voorbeeld kunnen wij nemen de auto van een dove waarin een autoradio is gemonteerd die bestanddeel is geworden van de auto. Als wij de ietwat cynische vraag stellen of hij door de inbouw van de radio is gebaat, dan is de kans groot dat het antwoord ontkennend luidt. Wordt een subjectief verrijkingseis gehanteerd, dan is de eigenaar van de auto in dit geval niet verrijkt en is de verrijkingssactie uit het zicht verdwenen. De eiser staat met lege handen. Wordt daarentegen uitgegaan van een objectief verrijkingseis, dan geldt de dove als verrijkt omdat de autoradio in het economische verkeer een waarde vertegenwoordigt. Als het dan op de redelijkheidstoets aankomt, dan zal een schadevergoeding in geld in de regel geen haalbare kaart zijn. Maar dit zal anders zijn als het gaat om een schadevergoeding in natura ex artikel 6:103 BW.³³ Restitutie van de autoradio onder betaling van de kosten van demontage zal een goede kans van slagen hebben. Het gevaar van de eis dat de gedaagde is gebaat is dat deze mogelijkheid uit het zicht raakt. Het is mogelijk om dit probleem te ondervangen door het ervoor te houden dat de dove gedaagde door de autoradio is gebaat voor zover deze makkelijk kan worden uitgebouwd. Deze extra (op zich mogelijke) tournure strekt een subjectief verrijkingseisbestanddeel als het baatcriterium echter niet tot aanbeveling.

33 Zie over de mogelijkheid daarvan: HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3521, NJ 2012/88, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Van der Plas/JanssensMesdag II), r.o. 3.9.

Als bestanddeel van de verrijkingstoets is het door Koolhoven bepleite baatcriterium niet aantrekkelijk. Toch kan de gedachte van Koolhoven op een iets andere wijze worden ingepast. Ik heb het oog op de aanvaarding van het verweer van de gedaagde met de strekking dat hij – aantoonbaar – níét door het verkregene is gebaat.³⁴ Dit verweer zou zich dan aandienen als het verkregene normaliter een objectief vast te stellen waarde vertegenwoordigt, maar dat het dit in de omstandigheden van het geval voor de concrete gedaagde níét heeft. Het is de gedaagde die moet stellen, en zo nodig bewijzen, waarom hij door het verkregene niet is verrijkt, ondanks het feit dat het verkregene normaliter op geld gewaardeerd wordt.³⁵ Voordeel van de mogelijkheid van dit verweer is het argument van Koolhoven dat er minder druk komt op de redelijkheidstoets.³⁶ Het verweer is dan niet verscholen onder de mantel der redelijkheid. Bovendien leidt de aanvaarding van dit verweer ertoe, dat de eis van de verrijking dichter bij het normale spraakgebruik komt te liggen.

Als onderdeel van het verweer speelt de vraag of de gedaagde door het voordeel is gebaat een minder zware rol dan het geval zou zijn wanneer het *vereist* zou zijn dat de gedaagde door het verkregene is gebaat. Slechts feitelijke – objectief vast te stellen – omstandigheden kunnen met zich brengen dat de gedaagde bij het voordeel dat niet is gebaat met de objectieve waarde daarvan. In het geval dat aan het *Groene Specht* arrest ten grondslag ligt, zou dit bijvoorbeeld het geval kunnen zijn, als de eigenaar van het ‘verbeterde’ woonhuis, reeds met een aannemer heeft *gecontracteerd* om het gebouw te slopen. Dan is de conclusie gewettigd dat hij door de verbeteringen niet is verrijkt. Niet de voorkeur in het hoofd van de gedaagde maakt dat hij niet is verrijkt, maar objectief vast te stellen omstandigheden aan de kant van de gedaagde.

In de tweede plaats is een verweer altijd gericht tegen de specifieke vordering zoals die door de gedaagde is ingesteld. Als we het voorbeeld van de dove autobezitter nemen in wiens auto een radio is ingebouwd dan kan de eiser tweeërlei vorderen. Hij kan een schadevergoeding in geld vorderen. Als hij dit doet, dan zal de autobezitter – gelet op zijn lichamelijke gesteldheid – met succes kunnen betwisten dat hij door de verrijking is gebaat. Dit verweer kan hij niet voeren als de eiser restitutie van de autoradio (uitbouw tegen demontagevergoeding) vordert.

Verderop zullen wij zien dat er in de arresten van de Hoge Raad wel een aantal aanknopingspunten te vinden is voor de zienswijze dat de gedaagde zich soms met succes kan verweren met de stelling dat hij door de verrijking

34 Overigens lijkt het voorbeeld dat Koolhoven geeft, ook richting een verweer te gaan. Het ging om een geval waarin de schade tweemaal door een schade-expert wordt vastgesteld. Zie Koolhoven 2011, p. 89 met een verwijzing naar Rb Rotterdam, 1 september 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AX1271, S&S 2006/60.

35 Vgl. Damminga 2014, p. 244-245. Hij behandelt het devaluatieverweer – inclusief de bewijslast op de gedaagde – in het kader van het redelijkheidsvereiste.

36 Koolhoven 2011, p. 88.

niet is gebaat ook al heeft het voordeel een min of meer objectief vaststelbare waarde. Het verweer dat de gedaagde niet bij het voordeel gebaat is, is een verrijkingsgerelateerd verweer. De gedaagde ontkent dat *hij* door het verkregene, dat in het maatschappelijk verkeer een waarde heeft, is verrijkt. Dit verweer zal in de regel samenlopen met de redelijkheidstoets, omdat een verplichting tot het betalen van schadevergoeding voor een voordeel waar de gedaagde niets aan heeft gehad, in de regel niet redelijk zal zijn. De gedaagde kan voor meer dan één anker liggen.

5.2.3 Het verrijkingsbegrip

5.2.3.1 *Het paradigma*

In 1927 promoveerde Bregstein op een dissertatie met de titel *Ongegronde Vermogensvermeerdering* en zette daarmee de toen nog niet gecodificeerde verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking op de agenda.³⁷ De titel van diens dissertatie suggereert dat er sprake is van een verrijking indien er sprake is van een vermeerdering van het vermogen van de gedaagde. Het is een zienswijze die ook vandaag de dag sterk in de literatuur doorklinkt. Het paradigma is dat een verrijking gelijk staat aan een vermeerdering van het vermogen.³⁸ Iemand geldt in deze zienswijze als verrijkt als diens activa zijn toegenomen of als diens passiva zijn afgenomen.

Wie civielrechtelijk goed onderlegd, maar op het gebied van het verrijkingenrecht onbevangen, van deze definitie kennisneemt, zal snel op het verkeerde been staan. Van een verrijking is namelijk niet alleen sprake als het vermogen is toegenomen, maar óók als de gedaagde een dienst heeft ontvangen, andermans zaak heeft gebruikt of kosten heeft bespaard. Ja, zelfs het overnemen van andermans klantenbestand is in de rechtspraak als verrijking in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW aangemerkt.³⁹ In de literatuur wordt daarom direct na de kenschets van de verrijking als vermogensvermeerdering het begrip vermogen vrijwel in één en dezelfde adem genuanceerd. Het vermogen en de daarin aanwezige vermogensbestanddelen moeten, zo heet het, in de 'context' van het verrijkingenrecht 'ruim' worden uitgelegd.⁴⁰

³⁷ Bregstein 1927.

³⁸ PG Boek 6, p. 831; M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 3; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/461; Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 311; Van Maanen 2001, p. 15; Linssen 2002, p. 64; Koolhoven 2011, p. 68.

³⁹ HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2018, NJ 1997, 3, m.nt. E.J.H. Schrage (Van der Tuuk Adriani/Batelaan).

⁴⁰ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/463; M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 3; Linssen 2002, p. 64.; PG Boek 6, p. 831; Ook ikzelf heb mij tweemaal woorden van een dergelijke strekking laten ontvallen. Zie in vergelijkbare, en dus minder juiste zin: Van der Linden 2013, p. 12.

Ook Bregstein zelf relativeerde de eis dat er sprake moet zijn van een vermogensvermeerdering sterk:

‘Aan de toename van het actief moet men vooral niet té materiële eischen stellen: het verhoogen van de productiecapaciteit van het individu is reeds verhooging van diens actief: de opvoeding, aan kinderen verstrekt, verhoogt hun productiecapaciteit en vormt op deze wijze een verrijking [...]; hetzelfde geldt voor het herstel van gezondheid [...].’⁴¹

Enerzijds wordt, zowel door de thans heersende leer als door Bregstein, een verrijking omschreven als een vermogensvermeerdering terwijl – anderzijds – het begrip vermogen ruim wordt uitgelegd. Aldus wordt het begrip vermogen opgerekt, om de invulling van het verrijkingsbegrip als vermogenstoename kloppend te krijgen.

Dit maakt het paradigma om verschillende redenen niet aansprekend.⁴² In de eerste plaats kan het aanleiding geven tot misverstanden. Klassiek is het voorbeeld van de dief die een zaak steelt. Hij zou ‘per definitie’ niet verrijkt zijn, omdat de bestolene een revindicatie tot zijn beschikking heeft: de dief wordt door zijn daad geen eigenaar van de zaak zodat – goederenrechtelijk gezien – zijn vermogen niet is toegenomen. De dief kan echter heel wel verrijkt zijn met het bezit van de zaak en meer nog met het feitelijke gebruik daarvan. De ‘eis’ van de vermogenstoename suggereert een te eng verrijkingsbegrip.

In de tweede plaats brengt de genoemde invulling van het verrijkingsbegrip, zoals we verderop in dit hoofdstuk zullen zien, onjuiste consequenties mee voor de maatstaf om de omvang van de verrijking te bepalen. Alle verrijkingen worden door de heersende leer over één kam geschoren: steeds moet de verrijking worden vastgesteld door een vermogensvergelijking. Een dergelijke toets kan alleen werken als van een realistisch vermogensbegrip wordt uitgegaan.

De derde reden is de volgende. In het recht is het niet erg als er zo nu en dan een fictie wordt gebruikt, of als er een ruime uitleg voor een bepaald begrip wordt toegestaan. Dit is echter alleen de aangewezen weg als de fictie of de extensieve uitleg – hetzij op pragmatische gronden, hetzij op praktische gronden, hetzij op leerstellige gronden – nodig is. Het gelijkstellen van de verrijking met een vermogenstoename is echter, zoals we dadelijk zullen zien, allerm minst noodzakelijk.

41 Bregstein 1927, p. 202

42 Vgl. Damminga 2014, p. 203 die betoogt dat de heersende benadering niet ‘zonder problemen’ is.

5.2.3.2 Een pluriform verrijkingbegrip

Hoewel Koolhoven uit lijkt te gaan van het hierboven beschreven paradigma dat een verrijking een vermogensvermeerdering is,⁴³ kiest zij in haar proefschrift voor een aansprekende aanpak. Uit de hogere en lagere rechtspraak heeft zij verschillende verschijningsvormen van verrijkingen gedis-tilleerd. Een verrijking kan volgens haar onder meer⁴⁴ bestaan uit: (i) de aanwas (natrekking) of ontvangst van een zaak, (ii) de waardestijging van een zaak of een zakelijk recht, (iii) de verkrijging van een vermogensrecht, (iv) een waardestijging van een vermogensrecht, (v) de waardestijging van een afhankelijk recht door een waardestijging van het moederrecht, (vi) de verkrijging van een immaterieel voordeel, (vii) afwending van schade, (viii) het gebruik van zaken en (ix) kostenbesparingen.⁴⁵ Ook Damminga kiest voor een benadering waarin hij verschillende ‘verrijkingseisen’ onderscheidt, zij het dat ook hij als overkoepelende eis stelt dat er sprake moet zijn van een ‘vermogensverschuiving’.⁴⁶ Geïnspireerd op het Duitse onderscheid tussen *Leistungskonditionen* en *Nichtleistungskonditionen* onderscheidt hij een groep verrijkingseisen die zien op ‘presaties’ en een groep verrijkingseisen die bestaan uit ‘inbreuken van exclusieve rechtsposities’.⁴⁷ Beide benaderingen doen de definitie van de verrijking als vermogensvermeerdering naar de achtergrond verdwijnen, waarvoor in de plaats een veelkleurig verrijkingbegrip naar voren treedt. Wel blijft in beide benaderingen de verrijkingseis verknoopt aan het (ruim opgevatte) vermogensbegrip.

In de *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) wordt de verrijkingseis op een fundamenteel andere manier ingevuld. Artikel VII 3:101 DCFR luidt als volgt:

- ‘(1) A person is enriched by:
(a) an increase in assets or a decrease in liabilities;
(b) receiving a service or having work done; or
(c) use of another’s assets’

Een vermogenstoename – bestaande uit een toename van de activa of een afname van de passiva – is hier slechts één manier waarop de gedaagde kan zijn verrijkt. Daarnaast kan de verrijking bestaan uit de ontvangst van een

43 Koolhoven 2011, p. 68. Zij schrijft: ‘Bereicherungen im Sinne des Artikel 6:212 sind danach Vermögenszuwächse, die durch eine Zunahme von Aktiva (Geld oder Güter), eine Abnahme von Passiva (Schulden und andere Verpflichtungen), den Erhalt geldwerter Dienstleistungen oder den Gebrauch fremder Sachen entstehen. Ein bereicherungsrechtlich relevanter Vermögenszuwachs erfordert demnach nicht unbedingt den Übergang eines Vermögensbestandteils in das Vermögen des Bereicherten; die Tilgung der Schuld des Bereicherten bei seinem Gläubiger sowie die Wertänderung und der Werterhalt bereits im Vermögen vorhandener Bestandteile können eine Bereicherung darstellen.’

44 Zij spreekt van illustratieve voorbeelden.

45 Koolhoven 2011, p. 72-81 en de aldaar vermelde jurisprudentie.

46 Damminga 2014, p. 205.

47 Damminga 2014, p. 212-213.

dienst of het gebruik van andermans goed. Belangrijk is dat de verschillende verrijkingvormen niet hiërarchisch zijn geordend. Naast de vermogensvermeerdering worden het ontvangen van een dienst en het gebruik van een zaak als zelfstandige verrijkingseisen behandeld. Het vermogen en de vermogenstoename is in de DCFR, anders dan in Nederland wordt geleerd, niet het middelpunt waar de hele verrijkingseis om draait. De DCFR gaat uit van een *pluriform* verrijkingseisbegrip.

In mijn optiek is een pluriform verrijkingseisbegrip de juiste benadering om de verrijkingseis van artikel 6:212 lid 1 BW in te kleuren. Het verrijkingseisbegrip moet van het vermogensbegrip worden ontkoppeld. Aldus wordt van meet af aan voorkomen dat het vermogensbegrip te ruim wordt uitgelegd of dat – omgekeerd – het vermogensbegrip een ongewenste rem zet op de ontwikkeling van het verrijkingrecht. Dit laatste zou op gespannen voet staan met de aanvullende functie van de verrijkingssactie alsmede met het meer open karakter van het verbintenissenrecht ten opzichte van het goederenrecht. Voorts zijn mogelijke misverstanden van het type ‘de dief is nooit verrijkt want hij verkrijgt de eigendom niet’ bij de hantering van een pluriform verrijkingseisbegrip in de kiem gesmoord. Het ‘gebruik’ van een zaak kan immers ook als verrijking gelden.

Anders dan de DCFR zou ik de in aanmerking komende verrijkingvormen niet willen beperken tot i) gevallen waarin er sprake is van een vermogenstoename, ii) het gebruik van een zaak en iii) de ontvangst van een dienst. In dit boek wordt tot uitgangspunt genomen dat er géén *numerus clausus* van verrijkingvormen bestaat.⁴⁸ Aan de rechtspraak en de literatuur moet de ruimte worden gelaten voor het aanvaarden van nieuwe verrijkingvormen. Wel is er één eis waar – in beginsel – iedere verrijking aan moet beantwoorden. De verrijking moet tenminste op geld waardebaar zijn; beslissend is of de potentiële verrijking iets is waarvoor men in het economische verkeer bereid is om een vermogensoffer te brengen. Op deze eis geldt in mijn optiek één uitzondering: als schadevergoeding in natura ter zake van de verrijking mogelijk is ex artikel 6:103 BW dan geldt deze eis niet. Een haarlok – hoe waardeloos ook – zou het object kunnen zijn van een verrijkingssactie in natura, mits de eiser voldoende belang heeft bij de vordering en deze niet in strijd is met andersoortige rechtsbeginselen.

Aan welke verrijkingstypen kan zoal worden gedacht?

5.2.4 Verrijkingseisen

Als gezegd, is het verrijkingseisbegrip een open begrip dat niet in één of meerdere categorieën kan – of hoeft – te worden gevangen. Wel is het zinvol om verschillende situaties te onderscheiden waarin de gedaagde kan zijn verrijkt.

48 Of zoals Engelhard & Van Maanen het uitdrukken: alles wat voorwerp van een verbintenis kan zijn, kan voorwerp van verrijking zijn. Zie: Engelhard & Van Maanen 1998, p. 313. Zij verwijzen naar B.S. Markesins, W. Lorenz en G. Dannermann, *The Law of Contracts and Restitution*. Vol 1, Oxford: Clarendon Press 1997, p. 720.

Enerzijds verschilt, zoals we zullen zien, per verrijgingsfeit de maatstaf waarmee de omvang van de verrijking moet worden berekend. Anderzijds kunnen de verschillende verrijkingstypen aanleiding geven tot andersoortige verrijkingsgerelateerde verweren. Daarom worden in deze paragraaf verschillende verrijkingsvormen behandeld. Aandacht zal worden geschonken aan de categorieën die in de DCFR worden onderscheiden en aan enige andere in aanmerking komende verrijkingscategorieën.

Het is niet mijn doel om elke mogelijke verrijkingsvorm te behandelen. Er worden enkele veelvoorkomende besproken. Het gaat er hier om enig houvast te bieden bij de beantwoording van de vraag of de gedaagde in een concreet geval is verrijkt. Per besproken categorie staat steeds de vraag centraal (i) wat de aard van het verrijkingstype is, (ii) op welke wijze de omvang van de verrijking moet worden berekend en (iii) welke verrijkingsgerelateerde verweren de gedaagde zoal kan opwerpen tegen de vaststelling van diens verrijking. In de volgende paragraaf zullen specifieke vraagpunten aan de orde komen, die de omvang van de verrijking nader bepalen.

5.2.4.1 Een vermeerdering van het vermogen

De aard van de verrijking

Hoewel een vermogensvermeerdering, zoals betoogd, niet de enige manier is waarop een verrijking zich kan manifesteren, neemt deze verrijkingsvorm wel een belangrijke plaats in. Een vermogensvermeerdering kan zowel bestaan in een toename van de activa als een afname van de passiva.⁴⁹ De bouw van een huis op andermans grond (=toename activa) en de betaling van andermans schuld (=afname passiva) zijn gevallen die zonder meer onder dit verrijkingsebegrip gebracht kunnen worden. Steeds moet het gaan om gevallen waarin het vermogen daadwerkelijk is vermeerderd.

In het commentaar op de DCFR wordt één belangrijke beperking aan de categorie van de vermogenstoename gesteld. Volgens het commentaar is er alleen sprake van een verrijking als er 'iets' aan het vermogen is toegevoegd. De enkele waardevermeerdering van een vermogensbestanddeel geldt in de DCFR niet als een vermogensvermeerdering en daarmee ook niet als een verrijking.⁵⁰ Is er sprake van een blote waardevermeerdering van het vermogen, dan moet de gedaagde zijn toevlucht zoeken tot de andere in de DCFR genoemde verrijkingscategorieën. Is dit niet mogelijk, dan is er geen sprake van een '*enrichment*' als bedoeld in de DCFR.

Dit verdient geen navolging bij de invulling van het verrijkingsebegrip van artikel 6:212 lid 1 BW. Het is principieel onjuist om de verrijkingssactie in dit soort gevallen categorisch uit te sluiten. Dit is ook niet nodig omdat een

49 Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 311; Van Maanen 2001, p. 12; PG Boek 6, p. 831.

50 C. von Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Volume 4*, Munich: Sellier European Law Publishers 2009, p. 4004.

blote waardevermeerdering van *eigen* vermogen in de regel niet ongerechtvaardigd zal zijn. Dit zou echter, onder bijzondere omstandigheden, anders kunnen zijn. Het laten stranden van de verrijksactie op de verrijksklip is niet zuiver en staat op gespannen voet met de aanvullende functie van de verrijksactie. De waardevermeerdering van vermogensbestanddelen wordt naar Nederlands recht dan ook als verrijking in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW erkend.⁵¹ Als de waarde van de vermogensbestanddelen van de gedaagde is gestegen, zonder dat er 'iets' aan het vermogen is toegevoegd, dan geldt hij als verrijkt omdat zijn vermogen meer waard is geworden.

Dat een blote waardestijging als verrijking een plaats verdient in het verrijksrecht (en dat de mogelijkheid niets slechts van academisch belang is) leert de zogenoemde *Ontvanger/Hamm*-vordering. Als iemand als gevolg van een onmiskenbare vergissing aan iemand betaalt die reeds failliet is, dan kan hij het onverschuldigd betaalde bedrag van de curator terugvorderen óók als er sprake is van een negatieve boedel.⁵² De curator handelt in overeenstemming met de maatschappelijke betamelijkheid als hij zulks doet. Doet de curator dit niet – zo is de Hoge Raad van oordeel in het arrest *Ontvanger/Hamm* – dan zouden de boedelschuldeisers ongerechtvaardigd worden verrijkt ten koste van degene die per onmiskenbare vergissing aan de failliet heeft betaald.⁵³ Er is wel betoogd, dat de boedelschuldeisers niet verrijkt zouden zijn, omdat zij precies krijgen waar zij reeds recht op hebben: voldoening van hun vordering.⁵⁴ Dit is onjuist. Na de onverschuldigde betaling blijft inderdaad de nominale waarde van de vorderingen van de boedelschuldeisers gelijk. Maar, als de boedel negatief is, dat wil zeggen als er in de failliete boedel te weinig vermogen is om alle boedelschuldeisers te voldoen, dan stijgt door de betaling wél de economische waarde van de boedelvorderingen. Er is door de onverschuldigde betaling immers meer actief in de boedel. Het is deze waardestijging die de verrijking van de boedelschuldeiser constitueert: de boedelschuldeisers zien méér van hun vordering terug dan het geval zou zijn zonder de onverschuldigde betaling aan de gefailleerde. Hoewel de grondslag van de *Ontvanger/Hamm*-vordering wat hybride is – eigenlijk draait het arrest om het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt – toont het geval aan dat een blote waardestijging als verrijking een plaats in het verrijksrecht verdient.

51 Zie bijvoorbeeld. HR 5 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0155, NJ 2004/126, m.nt. W.M. Kleijn (Daams/Staat); HR 13 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3383, NJ 2003/400, m.nt. W.M. Kleijn (De Staat/Geveke) en impliciet ook: HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD4745, NJ 2008/481 (Winkelpand).

52 HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, NJ 1998/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (Ontvanger/Hamm); HR 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4569 NJ 2007/419, m.nt. P. van Schilfgaarde (Van der Werff q.q./BLG) en laatstelijk nog HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3080, NJ 2014/484 (CZ/Scholtes q.q.).

53 HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, NJ 1998/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (Ontvanger/Hamm), r.o. 3.4.

54 Zo: Zwolve 2002, p. 481.

Vaststelling en omvang

Bestaat de verrijking uit de toename van het vermogen van de gedaagde, dan kan de verrijking berekend worden door de vermogenspositie van de verrijkte te vergelijken met de omvang van het vermogen zoals die zonder het verrijkingsfeit zou zijn geweest.⁵⁵ Bezien moet in dit verband worden wat de waarde is van de toegevoegde vermogensbestanddelen of hoeveel een vermogensbestanddeel in waarde is toegenomen. De verrijking is het positieve resultaat van de vermogensvergelijking.

Bezien wij het geval waarin een te goeder trouw zijnde verkoper een zaak verkoopt die gestolen blijkt te zijn – en de bestolene vóór de verkoop een revindicatie tegen de verkoper in handen had – dan moet de verrijking ten koste van de bestolen eigenaar worden begroot op de ontvangen verkoopprijs. Als de gedaagde de zaak van de bestolene niet verkocht had, dan zou hij een revindicatie tegen zich moeten laten gelden. Anders gezegd, vóór de verkoop beschikt de verkoper over een vermogen waar de verkochte zaak géén deel van uitmaakt. Na de verkoop is de verkoopprijs, of een daartoe strekkende vordering, in diens vermogen gevloeid.

Reeds in dit voorbeeld ligt een complicatie besloten. Wat als de verkoper – door diens uitzonderlijke inspanningen en verdere verkoopkwaliteiten – een prijs weet te bedingen die hoger ligt dan de marktwaarde? De omvang van de verrijking is dan nog steeds de, in dat geval hogere, verkoopprijs. Toch zal hij dan niet voor de volledige verkoopprijs aansprakelijk zijn omdat de aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking slechts strekt tot dat deel van de verrijking, waarmee de gedaagde *ten koste van de eiser* is verrijkt.⁵⁶ De inspanningen van de verkoper om een hogere prijs te bedingen behoren niet de bestolen eiser toe, maar veeleer de verkoper: de extra winst is niet ten koste van de eiser gemaakt.⁵⁷ Overigens kan in dit specifieke voorbeeld een vergelijkbaar resultaat worden bereikt via het schadevereiste: de schade van de bestolen eiser zal bestaan uit de marktwaarde van de zaak.

Een lastige situatie doet zich voor, indien tegenover de verrijking een verplichting jegens een derde staat. Is de gedaagde, bijvoorbeeld, verrijkt indien hij van iemand een betaling ontvangt, die bedoeld was voor de eiser. Kan, met andere woorden, in een geval waarin iemand aan de verkeerde betaalt, de ware schuldeiser de ontvanger aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking? In een geval waarin eiser ITPS gedaagde Intertrust aanspreekt uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, omdat Intertrust

55 M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 3; Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 311; Schrage 2017, nr. 106; Koolhoven 2011, p. 82.

56 Zie daarover par. 5.4.6.

57 In vergelijkbare zin Brunner in zijn noot onder: HR 17 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0243, NJ 1992/668.

van Parelpark een betaling ontvangen heeft die voor ITPS bedoeld zou zijn, meent het Gerechtshof Den Haag van niet:⁵⁸

‘ITPS beroept zich op ongerechtvaardigde verrijking, maar hiervan is geen sprake. Voor zover Parelpark ten onrechte aan Intertrust heeft betaald wat zij aan ITPS moest voldoen, is Parelpark jegens ITPS niet gekwet en kan ITPS Parelpark aanspreken tot betaling. Dat dit van ITPS niet kan worden gevegd of dat Parelpark geen verhaal zou bieden, heeft ITPS niet onderbouwd. In zoverre is geen sprake van verarming. Voor zover Intertrust ten onrechte een bedrag heeft ontvangen van Parelpark dat Parelpark niet verschuldigd was kan Parelpark zich jegens Intertrust beroepen op onverschuldigde betaling en is Intertrust gehouden dit bedrag aan Parelpark terug te betalen. In zoverre is geen sprake van verrijking.’

Hoewel de juridische logica sluitend is – de gedaagde is niet verrijkt omdat hij met de ontvangst van de betaling aansprakelijk is op grond van onverschuldigde betaling jegens de solvent – moet voorzichtigheid worden betracht met het oordeel dat van een verrijking geen sprake is. Als uitgangspunt lijkt het mij juist dat er geen verrijking van C is als hij van A gelden ontvangt die voor B bedoeld zijn. Maar concrete feiten kunnen mogelijk tot een ander oordeel nopen.

Het kan bijvoorbeeld zo zijn, dat de schuldenaar die aan de verkeerde heeft betaald, een verstrooide gast in een restaurant is, die een andere gast voor de ober houdt (en hem daar niet voor mocht houden als bedoeld in artikel 6:34 BW) en hem diens gevolg € 20 toestopt als betaling voor het eten. In dit geval moet worden aangenomen dat de gast, die € 20 ontvangen heeft ten koste van het restaurant is verrijkt, zeker als degene die aan de verkeerde betaald heeft, in de anonimiteit van de stad is opgelost. Laatstgenoemde zal (omdat hij denkt aan het restaurant betaald te hebben) de ontvanger niet aanspreken uit hoofde van onverschuldigde betaling en het restaurant zal degene die met de noorderzon vertrokken is – praktisch, omdat hij verdwenen is – niet alsnog kunnen aanspreken voor het eten. Hier moet aangenomen worden dat de gast die de € 20 heeft aangenomen ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van het restaurant.

Een geval dat in de rechtspraak is voorgekomen is het volgende. De gemeente betaalt in het kader van onteigening een component onteigeningsvergoeding aan de gedaagde, waar eigenlijk de eiser recht op had. De gemeente was in de onjuiste veronderstelling, dat de gedaagde ook voor de eiser optrad. De verrijkingsactie van de eiser jegens de gedaagde slaagt.⁵⁹ Terecht in mijn optiek. De visie dat de gedaagde niet verrijkt is, omdat de gemeente de overeenkomst op grond waarvan zij de compensatie betaalde – mogelijk – kan vernietigen wegen (bijvoorbeeld) dwaling of bedrog spreekt niet erg aan.

58 Hof Den Haag 15 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3230, r.o. 2.23; Zie ook: Rb. Limburg 5 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6623, r.o. 4.3.

59 Rb Rotterdam 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY3287, NJF 2013/18.

Wanneer C gelden van A ontvangen heeft die voor B bedoeld zijn, dan is een verrijkingsactie B-C niet per definitie uitgesloten, ook in gevallen waarin A – in theorie – C kan aanspreken op grond van onverschuldigde betaling.⁶⁰

Iets soortgelijks als in voornoemde voorbeelden geldt in wezen bij het samenspel tussen artikel 6:34 BW en 6:36 BW. Heeft de schuldenaar aan een onbevoegde betaald omdat hij 'op redelijke gronden heeft aangenomen dat de ontvanger der betaling als schuldeiser tot de prestatie gerechtigd was of dat uit anderen hoofde aan hem moest worde betaald', dan kan hij dit aan de schuldeiser tegenwerpen. Deze heeft echter op de voet van artikel 6:36 BW verhaal op degene die de betaling ten onrechte in ontvangst heeft genomen. Het feit dat de schuldenaar die aan de verkeerde betaalt heeft een vordering op grond van onverschuldigde betaling heeft tegen de ontvanger doet – ook dan – daar niets aan af.

Verrijkingsgerelateerde verweren

De gedaagde zal in de regel door een toename van diens vermogen zijn verrijkt in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW. Toch zal hij in sommige gevallen niet bij de vermogenstoename gebaat zijn. In die gevallen kan hij zich verweren met de stelling dat hij ondanks de vermogenstoename niet is verrijkt. Al eerder is het voorbeeld aangestipt waarin iemands onroerende zaak is verbeterd terwijl hij reeds over de sloop van die onroerende zaak heeft gecontracteerd. In een dergelijk geval leidt de verbetering van de onroerende zaak niet zonder meer tot een verrijking van de eigenaar. In de jurisprudentie van de Hoge Raad zijn er voorbeelden te vinden waarin de gedaagde heeft kunnen aantonen dat hij niet is verrijkt ondanks het feit dat diens vermogen technisch is toegenomen. Het zijn steeds de bijzondere omstandigheden van het geval die het verweer doen slagen.

In het geval dat ten grondslag ligt aan het arrest *Staat/Meijer* leidt een betaling door de eiser aan de gedaagde niet tot diens verrijking.⁶¹ Het gaat om het volgende. De Staat betaalt een belastingteruggaaf op een rekening die door Meijer – bevoegd – is uitgesloten krachtens artikel 6:114 lid 1 BW. De reden hiervoor is dat Meijer een conflict had met diens bank. Vlak na de betaling van de belastingteruggaaf op de uitgesloten betaalrekening verlenen Meijer en de bank elkaar over en weer finale kwijting. De bank weigert daarom doorbetaling van de belastingteruggaaf, waarop Meijer de belastingdienst aanspreekt opnieuw te betalen. De ontvanger wenst het bedrag – onder andere op grond van ongerechtvaardigde verrijking – te verrekenen met het bedrag dat hij eerder op de uitgesloten rekening had betaald.

60 Wél zou een verrijkingsaanspraak onredelijk kunnen zijn vanwege de doorbreking van de paritas creditorum. Betaalt A vlak voor zijn faillissement aan C hetgeen hij aan B moest betalen, dan heeft A – vanaf de betaling – een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling in zijn vermogen op C. Zou B C aanspreken dan verschaft hij zich aldus een feitelijke preferentie ten opzichte van de overige schuldeisers van A.

61 HR 28 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7207, NJ 1998/218, m.nt. H.J. Snijders (De Staat/Meijer).

De Hoge Raad laat het oordeel van het hof, inhoudende dat Meijer door de betaling niet is verrijkt, in stand omdat het betaalde – door diens conflict met de bank – ‘in het geheel niet tot’ Meijers beschikking is gekomen.⁶² Ondanks het feit dat het vermogen van Meijer, technisch gezien, is vermeerderd leidt de storting van de belastingteruggaaf niet tot een verrijking. Het conflict van Meijer met zijn bank, de wederzijdse finale kwijting en het feit dat de belastingteruggaaf geen rol heeft gespeeld bij de finale kwijting, maken dat Meijer door de storting van de belastingteruggaaf op diens betaalrekening niet is verrijkt.

Het arrest *Standard/ING* geeft aanleiding tot een tweede voorbeeld van een verrijkingssgerelateerd verweer dat de gedaagde zou kunnen voeren.⁶³ Als de eiser de schuld van de gedaagde betaalt, dan hoeft dit niet *mutatis mutandis* tot een verrijking van gelijke hoogte te leiden. In het arrest *Standard/ING* ging het om een geval waarin een bank, zonder een daartoe strekkende opdracht, schulden van haar cliënt voldoet. De bank vordert betaling ten belope van de door de bank betaalde schulden. De Hoge Raad overweegt:⁶⁴

‘In zodanig geval zal de bank niet kunnen verlangen dat de rekeninghouder zonder meer het op de rekening van de begunstigde bijgeschreven bedrag aan de bank vergoedt. Wel zal de bank op de voet van art. 6:212 BW, voor zover dit redelijk is, vergoeding kunnen verlangen van de schade die zij daardoor heeft geleden, tot het bedrag waarmee de rekeninghouder is verrijkt.’

De betaling van de schuld van de gedaagde door de eiser, zal in de regel een verrijking met een gelijk bedrag met zich brengen. Toch zal de gedaagde in bepaalde gevallen kunnen betwisten dat hij door de schulddelging is verrijkt.

Dit is bijvoorbeeld het geval als het voortbestaan van de schuld die de verarmde eiser heeft voldaan, afhankelijk is van de uitoefening van een wilsrecht van de gedaagde. Vloeit de verbintenis – de gedelgde schuld – voort uit een overeenkomst die zijdens de gedaagde vernietigbaar is, dan hangt het van de verdere omstandigheden van het geval af of de gedaagde is verrijkt. De gedaagde zal in een dergelijk geval soms met succes kunnen betwisten dat hij door de delging van diens schuld is gebaat. Mogelijk is ook, zoals Zwolve heeft betoogd, dat de schuldeiser van de gedaagde (aan wie de eiser de schuld van de gedaagde heeft betaald) failliet is gegaan en dat de gedaagde – door de betaling van de eiser – de mogelijkheid heeft verloren om zijn schuld aan de failliete schuldeiser met een eigen vordering op de failliete schuldeiser te verrekenen.⁶⁵ Moet de gedaagde in plaats daarvan aan de

62 R.o. 4.2.2.

63 HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6100, NJ 2002/118, m.nt. Jac. Hijma (Standard/ING).

64 HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6100, NJ 2002/118, m.nt. Jac. Hijma (Standard/ING), r.o. 3.4.1.

65 Zie Zwolve 2002, p. 607. Hij schrijft daar over de zaakwaarnemer die andermans schuld betaalt onder het Romeinse recht, maar de casus zou ook in het hedendaagse verrijkingsecht kunnen spelen.

eiser betalen uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, dan blijft hij met een concurrente vordering zitten op de failliete schuldeiser. Ten slotte merkt Snijders – terecht – op dat de ene crediteur de andere niet is: sommigen hanteren een agressieve inningspolitiek, met anderen valt te praten.⁶⁶ Ook dan zal de gedaagde een verweer kunnen voeren met de strekking dat hij niet is verrijkt met het nominale bedrag van de voldane schuld, al zal dit verweer ook in het kader van het redelijkheidsvereiste gevoerd kunnen worden.

5.2.4.2 De ontvangst van een dienst

De aard van de verrijking

In het Nederlandse recht wordt de dienst als verrijgingsfeit aanvaard, zij het dat de ontvangst van een dienst als een vermogenstoename wordt gezien. De inbedding verschilt. Enerzijds zijn er schrijvers die de dienst *zélf* als vermogenstoename aan (lijken te) merken,⁶⁷ anderzijds wordt de dienst (kenne)lijk geschaard onder uitgaven die de gedaagde zich heeft bespaard.⁶⁸ In de DCFR wordt het ontvangen van een dienst als een zelfstandig verrijgingsfeit gezien naast de vermogenstoename en het gebruik van andermans zaak. Het commentaar op de DCFR zegt erover:⁶⁹

‘The rationale for treating the receipt of a service as an enrichment is that whenever the market recognises a certain type of performance as valuable, the provider of that performance has necessarily rendered something valuable to the recipient and a transfer of value has taken place.’

De in Nederland gebruikelijke zienswijze dat het ontvangen van een dienst gelijk staat aan een vermogenstoename is onjuist. Uiteraard kan de ontvangst van een dienst *de facto* resulteren in een vermogensvermeerdering. Dit is bijvoorbeeld het geval als de eiser de auto van de gedaagde restaureert of als een aannemer een huis bouwt op de grond van de gedaagde (de bouwactiviteit is als dienst te kwalificeren). Maar een dienst hoeft geenszins tot een vermogensvermeerdering te leiden. Dit is het geval als de dienst bestaat uit – bijvoorbeeld – het geven van een cursus. Met name bij de dienst van de laatste soort ontstaan er problemen als deze worden gelijkgesteld met een vermogenstoename. Wordt namelijk het vermogen van de gedaagde zoals dat na de cursus is, vergeleken met het vermogen van de gedaagde zoals het zonder de cursus zou zijn, dan rolt er geen tastbare verrijking uit de bus.

⁶⁶ Snijders 2001, p. 14.

⁶⁷ Zie bijvoorbeeld: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/463; M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 3; Koolhoven 2011, p. 68.

⁶⁸ Zie bijvoorbeeld: *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding* (Vriesendorp), nr. 311; Van Maanen 2001, p. 15.

⁶⁹ C. von Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Volume 4*, Munich: Sellier European Law Publishers 2009, p. 4007.

Om dit dogmatische probleem te ondervangen wordt de dienst in dit soort gevallen wel als een besparing van uitgaven aangemerkt.

Dit is het geval in het *Winkelpand*-arrest.⁷⁰ Het hof wijst in deze zaak de verrijksaansprakelijkheid van de vrouw af, omdat niet vast is komen te staan dat het winkelpand door de verbouwingswerkzaamheden van de man in waarde is gestegen. De Hoge Raad casseert omdat de vrouw ook verrijkt kan zijn als zij zich, dankzij de verbouwingswerkzaamheden van de man, uitgaven ter zake van de verbouwing heeft bespaard. Hetzelfde doet de Hoge Raad in het *Oldtimers*-arrest.⁷¹ In dit arrest worden kosten van stalling van een drietal oldtimers in een garage als een verrijking in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW aangemerkt. Het ging om een geval waarin gedurende een aantal jaren de oldtimers gestald stonden. De gedaagde is volgens de Hoge Raad door de stalling verrijkt doordat de gedaagde stallingskosten heeft bespaard.

In mijn optiek is het zuiverder om niet de *besparing van uitgaven* als de relevante verrijking te zien maar de ontvangst van de dienst zelf. Het is de dienst die in het economische verkeer een waarde vertegenwoordigt, evenals een ingebouwde autoradio dat doet. Het is niet nodig de besparing als een soort ‘tussenbepaling’ te nemen als er in het concrete geval een dienst voorligt. De besparing als verrijkcategorie kan dan worden gereserveerd voor andersoortige verrijksgevallen.

De omvang van de verrijking

Als de verrijking bestaat uit de ontvangst van een dienst, dan zal de waarde van die verrijking, zoals we hebben gezien, niet goed met een vermogensvergelijking kunnen worden vastgesteld. Het krijgen van een cursus Frans of een knipbeurt bij de kapper levert geen vermogenstoename op. De berekening van de omvang van de verrijking zal geënt moeten zijn op het ontvangen van de dienst zelf zodat de marktwaarde van de dienst het aangewezen criterium is.⁷² Hoewel de Hoge Raad geen uitdrukkelijke begrotingsregel geeft, lijkt de Hoge Raad in het *Oldtimer*-arrest inderdaad aan te sluiten bij de marktwaarde van de dienst omdat de Hoge Raad – de zaak zelf afdoende – de verrijksactie ter zake van de stallingskosten toewijst voor een bedrag dat gelijk staat met de kosten die de eiser in rekening heeft gebracht.⁷³

⁷⁰ HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD4745, NJ 2008/481 (Winkelpand).

⁷¹ HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO4936, NJ 2011/422, m.nt. H.B. Krans (Oldtimers), r.o. 3.5. Daarnaast gaat het in dit arrest om een restauratie, maar dit is minder spannend omdat de restauratie in dit geval heeft geleid tot een waardestijging van de gerestaureerde auto's.

⁷² Damminga 2014, p. 215. Voor het Engelse recht betoogt Lodder dat de markt de waarde van de dienst bepaald. Lodder 2012, p. 87 en de aldaar aangehaalde vindplaatsen voor tegenwerpingen.; Vgl. C. von Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Volume 4*, Munich: Sellier European Law Publishers 2009, p. 4007.

⁷³ Opmerking verdient dat de eiser de gedaagde een familiekorting van 30% heeft toegekend.

Verrijkingsgerelateerde verweren

Als de gedaagde een op geld waardeerbare dienst ontvangt, dan is het mogelijk dat de concrete gedaagde niet door de dienst is verrijkt. Dit kan het geval zijn als in de concrete omstandigheden van het geval blijkt, dat hij geen prijs stelt op de dienst. In de casus die ten grondslag ligt aan het hierboven aangehaalde *Oldtimer*-arrest, waar het ging om een verrijking door de stalling van enkele oldtimers, zou dat het geval kunnen zijn als de gedaagde de auto's elders om niet of tegen lagere kosten had kunnen onderbrengen. Dit zou bijvoorbeeld het geval zijn als de gedaagde zelf stallingsruimte heeft. Kan de gedaagde dit hard maken, dan kan hij met vrucht betwisten dat hij door de desbetreffende dienst is verrijkt.⁷⁴

*5.2.4.3 Het gebruik van andermans goed**De aard van de verrijking*

Een verrijking kan bestaan in het onbevoegde gebruik van andermans zaak. Het is een type verrijking dat in de parlementaire geschiedenis, de literatuur en het DCFR zodanig is aanvaard.⁷⁵ Het gebruik van andermans zaak wordt wel aangemerkt als een besparing van uitgaven aan de kant van de gedaagde.⁷⁶ Dit is onzuiver omdat datgene wat centraal staat steeds het gebruik van andermans zaak of goed is. Het gebruik markeert en kenmerkt de verrijking; een mogelijke kostenbesparing die uit het gebruik volgt is slechts een afgeleide. 'Gebruik van andermans goed' is alleen besparing omdat dit gebruik van waarde is.

Een goed voorbeeld van een geval waarin het onbevoegde gebruik van een zaak een verrijking in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW oplevert is het *Subway*-arrest.⁷⁷ In dit arrest gaat het om een geval waarin Subway een tijdlang als onderhuurder een deel van een bedrijfspand huurt van Easy, die het (gehele) pand op haar beurt huurt van Credit Suisse. Als de huurovereenkomst tussen Easy en Credit Suisse wordt beëindigd, treedt Credit Suisse in onderhandeling met Subway over de verhuur van het pand onder vergelijkbare voorwaarden; gedurende deze onderhandelingen blijft Subway, met toestemming van Credit Suisse, het pand gebruiken. Na een jaar ketsen de onderhandelingen af: Subway wil niet meer betalen voor het pand dan zij eerder aan Easy deed. Credit Suisse vordert, onder andere op grond van ongerechtvaardigde verrijking, een gebruiksvergoeding. De Hoge Raad wijst de vordering toe. Omtrent de verrijking overweegt het rechtscollege het volgende:⁷⁸

74 HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO4936, *NJ* 2011/422, m.nt. H.B. Krans (*Oldtimers*), r.o. 3.5

75 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/463; M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 3; Koolhoven 2011, p. 78; PG Boek 6 p. 831; Damminga 2014, p. 203 en p. 217-218; Linssen 2001, p. 474.

76 Zie bijvoorbeeld: Koolhoven 2011, p. 78-79.

77 HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782, *NJ* 2013/540, m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (*Credit Suisse/Subway*).

78 R.o. 3.3.

‘Onder zodanige omstandigheden is voor dit voortgezet gebruik in beginsel een gebruiksvergoeding verschuldigd op de voet van art. 6:212 BW. Degene die het gebruik van de bedrijfsruimte voortzet is daardoor immers verrijkt, omdat het gebruik van andermans bedrijfsruimte in het maatschappelijk verkeer in de regel slechts tegen een vergoeding plaatsvindt, terwijl de onderhuurder is bevrijd van de met zijn wederpartij overeengekomen verplichting de huurprijs te voldoen, door de beëindiging van de overeenkomst van onderhuur.’

Het gebruik van het bedrijfspand geldt als een verrijking in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW. Dat de gebruiker is bevrijd van de betaling van huurpenningen met diens voormalige (onder)verhuurder is – in mijn optiek – niet redengevend voor het oordeel dat het gebruik als verrijking geldt.⁷⁹

De omvang van de verrijking

Hoe moet de waarde van het gebruik van andermans goed of zaak worden bepaald? In het *Subway*-arrest merkt de Hoge Raad het voortgezette gebruik van het bedrijfspand als verrijking aan omdat dit gebruik ‘in het maatschappelijk verkeer in de regel slechts tegen een vergoeding plaatsvindt’. Hierbij zou het passen om de verrijking dan ook in beginsel te stellen op de *marktwaarde* van een dergelijk gebruik. Dit is ook de berekeningsmaatstaf die in de DCFR gekozen wordt:⁸⁰

‘The use of an asset is an enrichment independent of whether this has produced any specific monetary gain or saving for the enriched person. Such matters may be relevant in the context of Art. VII-5:102 (Non-transferable enrichment), in determining the extent of the enriched person’s liability if the enriched person is in good faith. Conversely, if the enrichment is in bad faith, the market value of a right to use (and not the actual benefit extracted from it) will provide a benchmark for the quantum of liability.’

De marktwaarde van het gebruik is in mijn optiek de juiste maatstaf om de omvang van de verrijking te bepalen.⁸¹ In de *Subway*-zaak is Subway verrijkt met de marktwaarde van het gebruik van het bedrijfspand. De aansprakelijkheid gaat echter niet verder dan de schade aan de kant van Credit Suisse

79 Zie echter: Hof Arnhem-Leeuwarden 21 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1531, r.o. 6.6. (Adelaar/Meubelhal De Snuffelschuur). De gedaagde gebruikt een loods met toestemming van eigenaar X om niet. Nadat X de eigendom op de eiser heeft overgedragen blijft de gedaagde de loods vier jaar lang gebruiken terwijl de eiser stil zit. Het hof overweegt in r.o. 6.6.: ‘Allereerst is onduidelijk gebleven waarin de verrijking van Meubelhal c.s. is gelegen. Meubelhal heeft de loods weliswaar om niet kunnen gebruiken, maar zij had de huur van de loods al opgezegd en had de loods al enige tijd met toestemming van de eigenaar om niet gebruikt.’ M.i. ten onrechte trekt het hof de verrijking in twijfel. Het hof had – en vond – andere redenen om de verrijkingsaanspraak af te wijzen.

80 C. von Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Volume 4*, Munich: Sellier European Law Publishers 2009, p. 4012.

81 Een zelfde maatstaf hanteert Damminga, zie: Damminga 2014, p. 240-241. Volgens Linsen moet de verrijking worden begroot op ‘een redelijke gebruiksvergoeding, zie: Linsen 2001, p. 589-590.

en zal ook niet verder gaan dan de huur die Subway gedurende de huurperiode aan Easy betaald heeft. Een hoger bedrag dan dit laatste bedrag zou neerkomen op een opgedrongen bestedingspatroon en in deze zaak heeft Credit Suisse – terecht – geen hoger bedrag gevorderd.

Verrijkingsgerelateerde verweren

Als de verrijking bestaat uit het gebruik van andermans zaak, dan zal de gedaagde soms met succes het verweer kunnen voeren dat hij door het gebruik niet is verrijkt. Dit zal het geval zijn als hij aannemelijk maakt dat hij om niet of tegen een lagere prijs een vergelijkbare zaak had kunnen gebruiken.⁸² Ook is denkbaar dat hij zich – met succes – op het standpunt stelt, dat hij niets aan het gebruik heeft gehad. In dit laatste geval leidt het gebruik van een zaak niet tot een verrijking in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW.

5.2.4.4 Overname klantenbestand

Aard van de verrijking

Dat een verrijking niet hoeft te bestaan uit een vermogensvermeerdering, blijkt uit de jurisprudentie over huisartsen wier apothekersvergunning is ingetrokken als gevolg van de vestiging van een ‘reguliere’ apotheker. Deze jurisprudentie is een aanwijzing, dat een toeloop van klanten van de eiser naar de gedaagde, een verrijking van de gedaagde in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW kan opleveren.

In het *Van der Tuuk Adriani/Batelaan*-arrest gaat het om een geval, waarin de komst van een apotheker bewerkstelligt dat een apotheekhoudend huisarts zijn apothekersvergunning verliest, waardoor de klanten van de huisartsenapotheek min of meer zijn gedwongen hun medicijnen te betrekken bij de genoemde apotheker.⁸³ De verrijkingsactie van de huisarts is toegewezen. Opmerking verdient echter dat het uitgangspunt van het hof, dat de apotheker is verrijkt en de apotheekhoudend huisarts verarmd, in cassatie niet is bestreden. De Hoge Raad merkt dit uitdrukkelijk op.⁸⁴ Tegelijkertijd laat de Hoge Raad het oordeel van het hof, dat de verrijking van de apotheker een redelijke grond ontbeert, in stand, hetgeen niet goed denkbaar is indien de overgang van klanten per definitie geen verrijking kan zijn. In de *follow-up* van dit arrest, het arrest *Hulsman/Van der Graaf*,⁸⁵ werd de verrijking van Van der Graaf slechts veronderstellenderwijs aangenomen. Maar ook daaruit kan – voorzichtig – worden afgeleid dat een toeloop aan klanten een verrijking kan constitueren. De verrijkingsactie werd in deze zaak overigens afge-

82 Zie: Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch 10 april 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1510, r.o. 7.14.

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

84 R.o. 3.2.

85 HR 2 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9765, NJ 2001, 319, m.nt. J.B.M. Vranken (Hulsman/Van der Graaf).

wezen. De Hoge Raad liet het oordeel van het hof, dat de (veronderstelde) verrijking van Van der Graaf níét ongerechtvaardigd was, in stand.⁸⁶

Het is mogelijk om niet zozeer de toeloop van de klanten als de verrijking te zien, maar de daaruit voortvloeiende extra winst. Nadeel is dat het verrijgingsfeit dan in de tijd verplaatst wordt van het moment van ‘de toeloop’ naar het moment dat de apotheker in kwestie daadwerkelijk ‘winst’ maakt. Het gebeuren dat tot de winst leidt – het verkopen van medicijnen – is niet datgene wat de verrijking mogelijk ongerechtvaardigd maakt (de winst wordt gerechtvaardigd door het contract tussen de apotheker en de patiënt); de angel van de casus zit in de fase daarvoor: de ‘overloop’ van de klanten.

De overloop van klanten is een atypisch verrijgingsfeit. Van een daadwerkelijke verschuiving van vermogensbestanddelen is geen sprake: er is niet iets uit het vermogen van de eiser in het vermogen van de gedaagde gevloeid.⁸⁷ Is het juist dat de overloop van klanten wordt aangemerkt als een verrijking in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW? In mijn optiek is er veel voor te zeggen, omdat een toeloop van klanten voor de meeste ondernemingen van waarde is. Bedacht moet worden dat de vaststelling van de verrijking een neutraal feit is dat het feitelijke toepassingsbereik van de actie bepaalt. Bij een actie die als sluitstuk van het verbintenissenrecht dient past een toepassingsgebied dat niet op voorhand te veel is beknot. De verrijgingsactie zal, in een geval waarin de verrijking bestaat uit een toestroom van klanten, in de regel niet slagen. In een markteconomie waarin vrije concurrentie het uitgangspunt is, zal een verrijking die bestaat uit de toestroom van klanten niet snel – bijna nooit – ongerechtvaardigd zijn. Voor het winnen van andermans klanten is, zoals we in het volgende hoofdstuk zullen zien, geen rechtvaardigingsgrond nodig in de vorm van wilsovereenstemming of een wettelijke bepaling die dit expliciet toelaat. Een dergelijke verrijking is alleen ongerechtvaardigd als er een bijzondere omstandigheid is die de verrijking ongerechtvaardigd doet zijn. In het *Van der Tuuk Adriani/Batelaan*-arrest werd vastgesteld dat het in de branche gebruikelijk was dat apothekers aan door hen verdrongen apotheekhoudende huisartsen vergoedingen betaalden. De rechter heeft met de verrijgingsactie de mogelijkheid om aan zulke omstandigheden recht te doen. Dit kan door het ruime verrijkingsbegrip.

De omvang van de verrijking

De omvang van de verrijking is lastig te bepalen, als het gaat om de *de facto* overname van een klantenbestand. Een klantenbestand zal een zekere marktwaarde hebben. In de zaak *Van der Tuuk Adriani/Batelaan* was er bijvoorbeeld een door apothekers en artsen vastgesteld BACO tarief voorhanden. Dit – na deze zaak afgeschafte – tarief was neergelegd in een overeenkomst tussen de Koninklijke Maatschappij tot bevordering der geneeskunst

⁸⁶ R.o. 3.5.

⁸⁷ In deze zin ook Schoordijk: Schoordijk 1996c, p. 250.

en de Koninklijke Maatschappij ter bevordering der pharmacie.⁸⁸ In een geval als dit zou hierop aangesloten kunnen worden. Het geval toont slechts aan, dat de begroting afhankelijk is van de specifieke feiten. Een vermogensvergelijking is in dit verband in ieder geval niet altijd informatief; een toeloop van klanten zal niet altijd terugslaan op de waarde van de losse vermogensbestanddelen. Soms zullen er investeringen nodig zijn om de extra klanten te kunnen bedienen. Wellicht dat de rechter hier zijn toevlucht moet zoeken door een analogische toepassing van artikel 6:97 BW: de rechter moet de omvang van de verrijking schatten.

Verrijkingsgerelateerde verweren

Welke verrijkingsgerelateerde verweren zouden kunnen worden aangevoerd? Bestaat de verrijking uit de overloop van klanten dan is in de eerste plaats denkbaar dat de onderneming van de gedaagde de toeloop van klanten niet aankan. Dit is het geval als de onderneming niet berekend is op (veel) meer klanten. Is dit het geval dan kan de gedaagde in mijn optiek met succes betwisten dat hij is verrijkt door de klantentoevoer. Voorts is denkbaar dat de gedaagde zich met succes verweert tegen de verrijkingsactie met de tegenwerping dat hij bezig is met de opheffing van zijn onderneming (zonder de onderneming over te willen dragen). De genoemde verweren tasten de verrijking steeds in de kern aan. Soortgelijke (en andere) verweren kunnen ook een rol spelen in het kader van de aanvullende redelijkheidstoets.

5.2.4.5 Besparing van kosten of uitgaven

Een besparing van uitgaven of kosten kan een verrijking in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW opleveren.⁸⁹ In rechtspraak en literatuur wordt vaak aan deze verrijkingsvorm gerefereerd, soms ook – zoals we hierboven zagen – als het in wezen veeleer gaat om de ontvangst van een dienst of het gebruik van andermans goed. In die laatste twee gevallen is de term ‘besparing’ eerder afleidend dan dat de term aangeeft waar het om gaat. Daarnaast zijn er gevallen waarin de term besparing daadwerkelijk de kern van de verrijking raakt. Het gaat dan om gevallen waarin de gedaagde in de omstandigheden van het geval wordt bevrijd van noodzakelijke uitgaven.

Klassiek is het voorbeeld, waarin de bovenbuurman stookkosten bespaart, doordat de benedenbuurman zijn appartement flink opstookt. De besparing zal als een verrijking gelden,⁹⁰ zij het dat deze niet ongerechtvaardigd zal zijn. Gedacht kan ook worden aan de inwoner van een bungalowpark die weigert om – net als het merendeel van de parkbewoners – deel te

⁸⁸ Zie r.o. 3.1. onder iv.

⁸⁹ Zie: HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD4745, NJ 2008/481 (Winkelpand); HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2329, NJ 2010/498 (Proav/Ava); HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO4936, NJ 2011/422, m.nt. H.B. Krans (Oldtimers).

⁹⁰ Kennelijk anders: Schrage 2017, nr. 109.

nemen aan de VvE maar wél profiteert van aangelegde wegen en nutsvoorzieningen.⁹¹ Het kan gaan om de besparing van begrafeniskosten.⁹² Gedacht kan voorts worden aan een geval waarin een saneerder en passant een stuk gemeentegrond meepakt, zodat de gemeente zich – in het kader van de herinrichting – in zoverre saneringskosten bespaart.⁹³ Iets soortgelijks geldt, indien de eiser vervuilde grond afkomstig van de gedaagde verwerkt indien vast staat dat de gedaagde die grond zelf moet verwerken.⁹⁴ Als laatste voorbeeld noem ik de constellatie die aan de orde is in het eerder besproken arrest *Bedum/Huizingh*.⁹⁵ De sanering van de overheid van de grond van de gelaedeerde neemt diens schade weg, zodat de gelaedeerde de vervuiler van de grond – Huizingh (de laedens) – niet aan hoeft te spreken uit onrechtmatige daad. Hierdoor bespaart Huizingh kosten.

In een geval als het laatstgenoemde is wel vereist dat de aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad bestaat. Illustratief is de zaak *Staat/August de Meijer*.⁹⁶ De staat bergt een op de bodem van de Westerschelde gelegen hijskraan die afkomstig is van een rechtsvoorganger van August de Meijer (hierna AdM). De staat vordert de bergingskosten van AdM op grond van onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking. De vordering op grond van onrechtmatige daad slaagt niet omdat AdM alleen jegens de beheerder van de vaarweg (de Staat) verplicht is het wrak te bergen indien ‘de gevaren verbonden aan het niet verwijderen van dat voorwerp zo groot zijn dat zij hem redelijkerwijs tot verwijdering noopten’. Dit laatste is in rechte niet vast komen te staan. Volgens de Hoge Raad deelt de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking hetzelfde lot:⁹⁷

‘[I]n een geval als het onderhavige kan ongerechtvaardigde verrijking niet dienen als een zelfstandige grondslag, naast onrechtmatige daad. Van een “verrijking” van AdM, die kan worden aangemerkt als “ongerechtvaardigd”, zou immers slechts sprake kunnen zijn als AdM kosten had bespaard doordat zij, hoewel gehouden tot opruiming van het wrak, dit zou hebben nagelaten en eveneens zou hebben nagelaten de vervolgens door de Staat gemaakte kosten te vergoeden. Zou daarentegen geen gehoudenheid van AdM tot opruiming hebben bestaan, dan kan ook geen sprake zijn van kosten die AdM had moeten maken, als de Staat het wrak niet had opgeruimd.’

91 Zie over dit soort zaken: Hof Arnhem 2 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX9890, *NJF* 2012/475; Rb. Midden-Nederland 4 maart 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:1377, *NJF* 2015/187. De aanspraak wordt ook wel geënt op de redelijkheid en billijkheid. Zie: Hof Den Haag 6 november 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY2904, *NJF* 2012/517; Hof Den Bosch 9 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2084, *NJF* 2015/338. Waarover par. 8.4.3.4

92 Rb. Amsterdam 14 december 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:8458.

93 Hof Arnhem-Leeuwarden 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7896, *JBO* 2016/74, m.nt. H.J. Bos.

94 Hof Den Bosch 20 januari 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BJ3091, *NJF* 2009/284. Waarover par. 8.4.3.3.

95 HR 25 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7348, *NJ* 2005/413, m.nt. C.J.H. Brunner (*Bedum/Huizingh*).

96 HR 14 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1482, *NJ* 1995/720, m.nt. M.W. Scheltema (De Staat/AdM).

97 R.o. 3.5.

Doordat in rechte niet is vast komen te staan dat AdM verplicht was om de hijskraan te bergen, staat evenmin vast dat zij kosten bespaard heeft doordat de Staat dat heeft gedaan: AdM is niet bevrijd van 'noodzakelijke' uitgaven. In dit geval kan de verrijkingsactie de onrechtmatige daad niet aanvullen. Zou AdM wel verplicht zijn geweest de hijskraan te bergen, dan zou zij op grond van onrechtmatige daad kunnen worden aangesproken. Maar de feiten hoeven maar iets anders te liggen of een verrijkingsactie komt wel in zicht. Dit zou het geval zijn als (i) AdM jegens de waterwegbeheerder verplicht is de hijskraan te bergen en (ii) een derde de hijskraan bergt. Niet uitgesloten is dan, dat deze derde een verrijkingsactie kan instellen tegen AdM: deze is verrijkt doordat zij bergingskosten heeft bespaard die ze jegens de waterwegbeheerder verplicht zou zijn te maken.

Als de gedaagde bevrijd is van noodzakelijke uitgaven, dan is het niet uitgesloten dat de verrijking evenzeer onder een andere verrijkingscategorie kan worden gebracht. Dit laatste is het geval in het arrest *Proav/Ava*.⁹⁸ De gedaagde huurt een loods van eiser. Na wanprestatie van de eiser ontbindt de gedaagde de huurovereenkomst. In deze zaak werd een verrijking van de gedaagde aangenomen omdat in de huurpenningen een bedrag aan verliescompensatie was begrepen. Door de ontbinding was de gedaagde *en passant* bevrijd van de verplichting tot de betaling van de genoemde, in de huurprijs verdisconteerde, verliescompensatie. De Hoge Raad spreekt van een 'besparing'. Dit geval kan evenzeer in één van de andere verrijkingscategorieën gebracht worden. De gedaagde is immers bevrijd van een schuld zodat er sprake is van een toename van de waarde van diens vermogen.

5.2.5 Knelpunten bij de begroting van de verrijking

Bij de bespreking van de verschillende verrijkingstypen is al een begin gemaakt van de beantwoording van de vraag op welke wijze de omvang van de verrijking in een concreet geval moet worden bepaald. Per verrijkingstype is – voor zover mogelijk – een maatstaf geformuleerd waarmee de verrijking in een geldsom kan worden uitgedrukt. Voorts is er bij sommige verrijkingsfeiten een aantal mogelijke verrijkingsverweren geschetst die de gedaagde zou kunnen voeren indien hij niet door de verrijking is gebaat. Toch zijn er met betrekking tot de omvang van de verrijking nog een aantal concrete problemen die tot enige hoofdbrekens aanleiding kunnen geven. In deze paragraaf worden deze knelpunten thematisch behandeld. In de *slipstream* van de bespreking van de verrijkingseis zal voorts aandacht worden gegeven aan de vermindering van de verrijking.

98 HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2329, NJ 2010/498 (Proav / Ava).

5.2.5.1 Samenloop verschillende verrijkingstypen

Wordt een verrijking als een toename van het vermogen gedefinieerd, dan is er – althans in theorie⁹⁹ – slechts één relevante begrotingsmaatstaf: de omvang van de verrijking moet worden bepaald aan de hand van een vermogensvergelijking. Een probleem is dat de maatstaf, doordat hij leunt op het ruime vermogensbegrip, niet altijd even zuiver is. Het inzicht dat een verrijking in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW, naast de vermogensvermeerdering, andere vormen kan aannemen en dat de verrijking telkens op een andere manier moet worden berekend ondervangt deze onzuiverheid. Een pluriform verrijkingsbegrip leidt echter tot een andersoortige moeilijkheid. Het kan voorkomen dat een specifieke verrijking onder meerdere categorieën valt, zodat verschillende begrotingsmaatstaven voor toepassing in aanmerking komen. Een dienst – de reparatie van een auto, het schilderen van andermans huis, een verbouwing – heeft een marktwaarde, maar kan tegelijkertijd tot een vermogensvermeerdering leiden. Moet de verrijking dan worden begroot op de marktwaarde van de dienst of is de vermogensvermeerdering die het gevolg is van de dienst leidend?¹⁰⁰

Uit het *Winkelpand*-arrest valt af te leiden dat de stijging van de waarde van het bewerkte goed niet doorslaggevend is als het goed in het geheel niet in waarde is gestegen maar de gedaagde – in de woorden van de Hoge Raad – wél kosten heeft bespaard.¹⁰¹ Nu de besparing in een geval als dit materiaal en arbeidsloon behelst, impliceert dit arrest dat de omvang van de verrijking gesteld kan worden op de waarde van het verwerkte materiaal en de verkregen dienst. Meer in het algemeen lijkt het mij een goed uitgangspunt dat, als één verrijkingsfeit beantwoordt aan meerdere verrijkingscategorieën, de maatstaf moet worden toegepast die de hoogste verrijking oplevert. Dit hoeft niet problematisch te zijn. Bedacht moet namelijk worden dat de verrijking niet meer dan de *maximale* omvang van de aansprakelijkheid markeert. De daadwerkelijke aansprakelijkheid kan – als de omstandigheden van het geval daar naar zijn – heel wel lager uitvallen.

Een voorbeeld. Als een huis wordt verbouwd, en daardoor de waarde van het huis stijgt met € 50.000 terwijl de waarde van de verbouwingswerkzaamheden € 20.000 bedraagt dan is de verrijking – bestaande uit de waardestijging van het pand – € 50.000. Van hieruit zijn er tenminste drie manieren waarop de aansprakelijkheid op de juiste maat kan worden gesneden. In de eerste plaats gaat de aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking nooit verder dan de schade van de verarmde; in dit voorbeeld zal die rond de € 20.000 liggen. In de tweede plaats moet de verrijking ongerechtvaardigd zijn; voor zover de waardestijging – de verrijking – eerder het gevolg is van de intrinsieke kwaliteit van het gebouw dan van de

99 Vgl. Damminga 2014, p. 204.

100 Vgl. Damminga 2014, p. 203-204.

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

verbouwing, dan is dat deel van de verrijking niet ongerechtvaardigd. In de derde plaats is de gedaagde slechts aansprakelijk *voor zover* dit redelijk is; de rechter kan oordelen dat de redelijkheid met zich brengt dat de gedaagde slechts schadevergoeding behoeft te betalen ten belope van de marktwaarde van de verrichte dienst.

5.2.5.2 Voordeel anders dan om niet verkregen; overige nadelen

Het is mogelijk dat tegenover de ontvangst van een voordeel een nadeel staat. Het kan zijn dat het voordeel anders dan om niet is verkregen.¹⁰² Het kan ook zijn dat de verrijgingsgebeurtenis meer in het algemeen nadelige gevolgen met zich brengt.

Is de verrijking anders dan om niet verkregen, dan moet het geval waarin de gedaagde een tegenprestatie heeft verricht *jegens de verarmde* worden onderscheiden van de situatie waarin de gedaagde een tegenprestatie heeft verricht *jegens een ander dan de verarmde*. Is er een 'tegenprestatie' verricht jegens de verarmde dan zal de waarde daarvan in beginsel in mindering op de verrijking gebracht mogen worden. Als – bijvoorbeeld – een man en een vrouw ongehuwd samenwonen en de man geld en arbeidsuren steekt in de verbouwing van het huis van de vrouw dan is – onder omstandigheden – een verrijkingsactie denkbaar ter zake van deze verbouwing na de beëindiging van de relatie.¹⁰³ In een dergelijk geval is het evenzeer denkbaar dat een mogelijk stilzwijgende tegenprestatie van de vrouw – bijvoorbeeld: het verschaffen van kost en inwoning – op de verrijking in mindering gebracht mag worden.¹⁰⁴

Ook als de tegenprestatie is verricht jegens een derde (d.w.z. een ander dan de verarmde) zal de waarde van deze prestatie in beginsel op de verrijking in mindering gebracht mogen worden. Dit is af te leiden uit het arrest *Hulshof/De Haan*.¹⁰⁵ Het ging in dit arrest om een verrijking in de vorm van een op de grond van Hulshof gebouwd vakantiehuis. De Hoge Raad oordeelde dat er alleen plaats voor een verrijkingsvordering is, als er na aftrek van betalingen aan derden nog iets van de verrijking over is. Toch is een pas op de plaats geboden. Is er een tegenprestatie verricht jegens een derde, dan zal de gedaagde die alleen in mindering op de verrijking mogen brengen, als hij op het moment van de tegenprestatie met een verrijkingsactie van de gedaagde geen rekening behoeft te houden.¹⁰⁶ Hoewel dit arrest niet één op één op deze situatie van toepassing is, leid ik dit af uit het arrest *Vermobo/*

102 Koolhoven 2011, p. 82.

103 Zie daarover par. 8.4.6.

104 Overigens is er ook een andere constructie denkbaar. De vrouw heeft in het geschetste geval wellicht een eigen verrijkingsactie ter zake 'van kost en inwoning' die ze met de vordering van de man kan verrekenen.

105 HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1519, NJ 2007/451 (Hulshof/De Haan B.V.), r.o. 3.3.

106 Vgl. Koolhoven 2011, p. 82 en p. 241.

Van Rijswijk.¹⁰⁷ In dit arrest mocht de man na het ontstaan van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking, niet de op de varkensstal betrekking hebbende betaling aan zijn zoon in mindering brengen omdat hij met een verrijkingssactie van de aannemer rekening behoorde te houden.¹⁰⁸ Het gaat er mijns inziens om dat i) de gedaagde wist of behoorde te weten dat er een verrijkingssactie in de lucht hing en ii) deze kennis hem van de tegenprestatie behoorde te weerhouden (zie volgende deelparagraaf). Als aan deze twee eisen voldaan is, dan maakt het – mijns inziens – niet uit of de tegenprestatie vóór of na het verrijkingfeit gedaan is.

Brengt de verrijkinggebeurtenis naast voordelen ook nadelen met zich, dan moet daar rekening mee worden gehouden bij de begroting van de verrijking. De gedaagde mag door de verrijkingaansprakelijkheid niet slechter af zijn, dan het geval zou zijn als de verrijking niet had plaats gevonden.¹⁰⁹ Loopt de gedaagde door de verrijking een schenking mis, dan kan de waarde daarvan in beginsel in mindering op de verrijking worden gebracht. Ook kan worden gedacht aan de situatie waarin de gedaagde door de verrijking méér vermogensbelasting heeft betaald, terwijl hij niet meer de mogelijkheid heeft om bezwaar tegen de belastingaanslag in te dienen. De grondslag voor deze nadeeltoerekening kan gevonden worden in een analoge (spiegelbeeldige) toepassing van artikel 6:100 BW.¹¹⁰ Dit brengt met zich dat – voor zover dit redelijk is – eventuele met de verrijking samenhangende nadelen op de verrijking in mindering gebracht mogen worden.

5.2.5.3 Vermindering van de verrijking

De verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking ontstaat op het moment dat de gedaagde ten koste van de eiser ongerechtvaardigd is verrijkt.¹¹¹ Het kan gebeuren dat de verrijking nadien vermindert. Dit is bijvoorbeeld het geval als het verkregene in waarde is gedaald of als de verrijking niet meer in het vermogen van de gedaagde aanwezig is. Zou de gedaagde nu onverkort aansprakelijk zijn, dan zou hij in een slechtere positie komen dan het geval zou zijn geweest zonder de verrijkinggebeurtenis. Dit is problematisch omdat de verrijkingaansprakelijkheid geen schuldaansprakelijkheid is. Daarom mag aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking er – in beginsel – niet toe leiden dat de gedaagde er slechter van wordt dan het geval zou zijn als de verrijkinggebeurtenis niet had plaats gevonden.¹¹²

107 HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, NJ 1994/172, m.nt. P. van Schilfgaarde (Vermobo/Van Rijswijk). Technisch gaat het in dit arrest om een vermindering van de verrijking nadat de verrijkingverbintenis al is ontstaan.

108 HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, NJ 1994/172, m.nt. P. van Schilfgaarde (Vermobo/Van Rijswijk), r.o. 3.6.

109 Sagaert 2001, nr. 24.

110 Koolhoven 2011, p. 84.

111 Zie over deze problematiek ook Schrage 2017, nr. 118.

112 Sagaert 2001, nr. 24.

Het uitgangspunt is te vinden in artikel 6:212 lid 2 BW. Een vermindering van de verrijking wordt buiten beschouwing gelaten als de vermindering het gevolg is van een omstandigheid die niet aan de verrijkte kan worden toegerekend. Lid 3 stelt buiten twijfel dat het de verrijkte niet wordt toegerekend als de verrijking is verminderd in een periode waarin hij géén rekening met een verrijkingsactie behoeft te houden. De ratio van deze regel is te vinden in artikel 5:1 lid 2 BW waarin het beginsel tot uitdrukking komt, dat eenieder mag doen met zijn vermogen wat hij wil. Bij de toepassing van artikel 6:212 lid 3 BW moet voorts rekening gehouden worden met uitgaven die de gedaagde zonder diens verrijking niet zou hebben gedaan.

Bij de toepassing van lid 2 en 3 van artikel 6:212 lid 1 BW is vereist dat de verrijking *daadwerkelijk* is verminderd. Als een nagetrokken gebouw door een verzekering is gedekt, dan wordt wel geleerd dat artikel 6:78 BW analogisch moet worden toegepast.¹¹³ Dit artikel regelt het geval waarin een niet toerekenbare tekortkoming de wanprestant een voordeel oplevert die hij niet zou hebben gehad als hij niet in een overmachtssituatie terecht zou zijn gekomen. In mijn optiek is het niet nodig om op artikel 6:78 terug te vallen omdat de vordering op de verzekering (en later de uitkering van de verzekeringspenningen) een verrijking is in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW. De verrijking is niet verminderd, de vorm is veranderd.

Een vermindering van de verrijking kan overigens tot complexe vraagstukken leiden. Wat een 'verminderende omstandigheid' met de omvang van de verrijking doet, hangt sterk af van de aard van de verrijking en de overige omstandigheden van het geval. Bestaat de verrijking uit een gebouw dat door de grond wordt nagetrokken, dan is de situatie betrekkelijk overzichtelijk. Vermindert de waarde van het gebouw met een x-bedrag, dan zal in de regel ook de verrijking met een x-bedrag verminderen. Maar zodra de verrijking een complexere vorm aanneemt, en zodra schadevergoeding in natura mogelijk is, wordt het minder eenduidig. Om dit te illustreren geef ik een casus van Vriesendorp en diens uitwerking daarvan weer:¹¹⁴

'Stel dat de verrijking het gevolg is van vermenging van twee partijen chemicaliën, toebehorend aan A en B, waarvan de ene als bestanddeel kan worden aangemerkt (art. 5:15 jo. 5:14 lid 1). De ene partij (van A) had op de dag van vermenging een waarde van € 1000, de andere (van B) een waarde van € 75.000. De waarde van de nieuwe zaak van B bedraagt € 100.000. Hoewel de verrijking van B als gevolg van de vermenging kan worden gesteld op € 25.000, is de schade van A slechts € 1000. Dientengevolge is B gehouden A een bedrag van € 1000 te betalen. Dit wordt niet anders indien de partij van A op een later tijdstip veel meer (bijvoorbeeld € 10.000) waard zou zijn geweest. Dit verandert evenmin als de vermengde partij later een veel grotere waarde krijgt. Als de vermengde partij daarentegen minder waard wordt dan € 75.000 is de verrijking van B verdwenen. In beginsel behoudt A toch zijn schadeclaim van € 1000, tenzij de vermindering niet aan B kan worden toegerekend. Wanneer die partij door bijvoorbeeld het instorten van de markt nog maar € 60.000 waard is, brengt art. 6:212 lid 2 mee dat de oorspronkelijke verrijking van B van € 25.000 geheel buiten beschouwing blijft. In dit geval is er van een schadevergoedingsverplichting voor B jegens A geen sprake.'

113 M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 11.

114 Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 321.

Indien de vermengde partij € 60.000 waard is dan blijft volgens Vriesendorp schadevergoeding geheel achterwege omdat de partij chemicaliën minder waard is dan de partij chemicaliën die B oorspronkelijk had (tenzij de vermindering aan de gedaagde kan worden toegerekend). Hier kan anders over worden gedacht. Voorop staat dat het steeds om een partij chemicaliën van B gaat. Vóór de vermenging heeft hij een onvermengde partij die € 75.000 waard is; na de vermenging heeft hij een vermengde partij die – uiteindelijk, na het instorten van de markt – nog maar € 60.000 waard is. Hier kan niet zonder meer worden gezegd dat de verrijking tot ‘nul’ gereduceerd is. De vraag wat er na de waardedaling van de partij chemicaliën van de verrijking van B over is, hangt af van de waarde die de onvermengde partij – na het instorten van de markt – zou hebben gehad. Zou die partij € 60.000 of meer waard zijn, dan zou B inderdaad niet verrijkt zijn. Maar als de onvermengde partij chemicaliën in dat geval slechts € 50.000 waard zou zijn, dan is diens verrijking € 10.000 en is hij verplicht de schade van A te vergoeden. Het springende punt is dat B in het laatste geval nog steeds voordeel heeft van de partij chemicaliën die voorheen aan A toekwam. Maar ook in het eerste geval, waarin B niet verrijkt is door de chemicaliën van A, is schadevergoeding nog niet geheel uit zicht. A kan – indien dit technisch mogelijk is – ontmenging en restitutie van ‘zijn’ chemicaliën vorderen tegen betaling van de kosten van ontmenging. De rechter heeft een discretionaire bevoegdheid om deze vordering toe te wijzen op de voet van de redelijkheidstournure in artikel 6:212 lid 1 BW in combinatie met artikel 6:103 BW.¹¹⁵

5.2.5.4 Vermeerdering van de verrijking

In de literatuur wordt terecht opgemerkt dat een verrijking in de loop van de tijd niet alleen kan verminderen, maar evenzeer kan vermeerderen.¹¹⁶ Aangenomen wordt dat die vermeerdering dan in wezen een nieuwe verrijking is die naar de regel van artikel 6:212 lid 1 BW tot een nieuwe verrijkingsaansprakelijkheid kan leiden.¹¹⁷ Hoewel deze zienswijze in abstracto juist is, kan deze in concreto tot dogmatische moeilijkheden leiden omdat een verrijking lang niet altijd in één ondeelbaar tijdsmoment ontstaat. Integendeel. Het gebruik van een zaak bijvoorbeeld, strekt zich over een langere periode uit: elk uur neemt de verrijking toe. Maar ook een klassiek natrekkingsgeval kan aan een vergelijkbaar euvel lijden. Een huis komt niet bij toverslag op de grond te staan. Op het moment dat het onvoltooide bouwwerk door de grond wordt nage trokken kan de grondeigenaar reeds ongerechtvaardigd zijn verrijkt met het onvoltooide bouwwerk. Diens verrijking wordt vervol-

¹¹⁵ Zie par. 5.3.9.

¹¹⁶ T&C Burgerlijk Wetboek, commentaar op artikel 212 Boek 6 BW (Jac. Hijma), nr. 6.; M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 11.

¹¹⁷ T&C Burgerlijk Wetboek, commentaar op artikel 212 Boek 6 BW (Jac. Hijma), nr. 6.; M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 11.

gens per nagetrokken baksteen groter. Nu lijkt het mij niet aansprekend om in het geval van 'gebruik' en in het geval van 'natrekking' aan te nemen dat er talloze kleine verrijkingsverbintenissen ontstaan (met elk een andere verjaringstermijn). Het zal er in mijn optiek voor moeten worden gehouden dat er ter zake van één verrijkingsgebeurtenis één verrijkingsverbintenis ontstaat. Wanneer een gebeurtenis als één gebeurtenis te gelden heeft, is een kwestie van waardering. Treedt er een nieuwe gebeurtenis in, dan is dat een nieuw verrijgingsfeit dat op artikel 6:212 lid 1 BW moet worden getoetst. Eén en ander lijkt mij overigens ook de strekking van de voormelde opvatting in de literatuur.

5.3 SCHADE

5.3.1 Inleiding

Anders dan de verbintenis uit onverschuldigde betaling, die op grond van artikel 6:203 BW strekt tot ongedaanmaking, strekt de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking primair tot *schadevergoeding*.¹¹⁸ De ongerechtvaardigd verrijkte gedaagde moet, voor zover dit redelijk is, de schade van de verarmde eiser vergoeden tot maximaal het bedrag waarmee hij ten koste van de eiser ongerechtvaardigd is verrijkt. Dit betekent dat de gedaagde alleen op de voet van artikel 6:212 lid 1 BW aansprakelijk is, als door de eiser schade is geleden die in verband met de ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde kan worden gebracht. Schade is daarmee een van de vereisten voor aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking. In deze paragraaf staat de vraag centraal, hoe het schadevereiste uit artikel 6:212 lid 1 BW moet worden opgevat. Daarbij zullen we zien, dat er in de literatuur kritiek is geformuleerd op dit schadevereiste. De grief is met name, dat een algemene verrijkingsactie in het teken behoort te staan van de ongedaanmaking van een ongerechtvaardigde verrijking, in plaats van het vergoeden van de door de eiser geleden schade. En passant zal op deze kritiek worden ingegaan.

118 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/462; M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 7; Hartlief 2012, nr. 16; Wissink 2002, p. 40. Verderop zullen we echter zien, dat de strekking van de schadevergoedingsverbintenis, is gelegen in het ongedaan maken van een ongerechtvaardigde verrijking. Zie par. 5.3.

5.3.2 De vereiste schade

5.3.2.1 Algemeen

De eiser moet *schade* hebben geleden. Ditzelfde wordt ook wel zo aangeduid dat de eiser verarmd moet zijn.¹¹⁹ Hier zien we eigenlijk al een zekere spanning. Vanuit een wettelijk oogpunt is het het meest zuiver om van *schade* te spreken, omdat dit een kernbegrip in het vermogensrecht is waar een afzonderlijke regeling aan is gewijd. Vanuit een meer teleologisch/taalkundig oogpunt is het wellicht zuiverder om van verarming te spreken, omdat verarming het tegenovergestelde – de keerzijde – van de opgetreden verrijking is.

Helemaal neutraal is de aanduiding van het vereiste ondertussen niet. Schade is een juridisch geladen begrip. Zou de wet het woord ‘verarming’ hebben gebruikt, dan zou het schadevergoedingsrecht niet, of slechts naar analogie, op de verrijkingsactie van toepassing zijn. Nu is de verrijkingsactie – hoe we dat ook waarderen – tevens een schadevergoedingsactie. Anders dan in de rest van het boek (waar ook de term verarming gebruik wordt) zal hier dan ook consequent over schade gesproken worden omdat hier de juridisch-technische vraag centraal staat, wat schade in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW betekent.

Waaraan kan worden gedacht bij schade in een verrijkingsrechtelijke context? In mijn optiek zijn de schadeposten die in het verrijkingsrecht voor vergoeding in aanmerking komen dezelfde als voor andere aansprakelijkheidsgronden (zij het dat de verrijking als limiet geldt).¹²⁰ In de literatuur wordt met name de vermogensvermindering (vermogensschade) genoemd als schadepost.¹²¹ Dit zal inderdaad het vaakst voorkomen. Daarbij wordt gedacht aan de afname van de activa – het verlies van geld en goed – of een toename van schulden.¹²² Vermogensschade kan voorts bestaan uit gedeelde winst (dat niet noodzakelijk met een afname van de activa of een toename van de passiva hoeft samen te vallen).

119 Zie bijvoorbeeld: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/463; Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 312, M.W. Scheltema, in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 4; Schrage 2017, nr. 122 e.v.; Van Maanen 2001, p. 13-15; Witsink 2002, p. 13 (en op verschillende andere plaatsen in het preadvies).

120 Iets anders is dat letsel- of overlijdensschade niet of nauwelijks zal voorkomen, maar als het voorkomt, dan komt in mijn optiek ook zulke andersoortige schade dan vermogensschade voor vergoeding in aanmerking. In dit verband kan met name gedacht worden, aan de in hoofdstuk 10 besproken delictuele verrijkingsaansprakelijkheid op grond waarvan de gedaagde – in het verlengde van de in de wet geregelde risicoaansprakelijkheden – aansprakelijk kan zijn voor een rechtmatige gevaarzetting.

121 Scheltema, in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 4; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/463; Hartlief 2012, nr. 19.

122 Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 312; Van Maanen 2001, p. 12. Hartlief 2012, nr. 19; zie voor een nader overzicht van concrete schadeposten Koolhoven 2011, p. 48-60.

Geregeld zal de schade als te nemen horde geen moeilijkheden van theoretische aard opleveren (qua stelplicht en bewijslast kan het schadevereiste uiteraard wél een lastige klip zijn).¹²³ Verbouwt een huurder het huis van de verhuurder, dan komen de verbouwingskosten als schadepost in aanmerking. Betaalt de eiser de schuld van de gedaagde en wenst hij de gedaagde aan te spreken op grond van ongerechtvaardigde verrijking, dan is het door de eiser betaalde bedrag zijn schade.

In sommige gevallen levert het schadevereiste meer moeilijkheden op. Heeft de eiser schade geleden die veel vrije tijd heeft gestoken in de verbouwing van de woning van de gedaagde waarmee hij of zij voorheen samen heeft gewoond? In de rechtspraak is uitgemaakt, dat dit alleen zo is, indien de eiser de uren te gelde had kunnen maken met betaald werk elders.¹²⁴ In de lagere rechtspraak is het omstreden of deze ‘strengere’ toets óók geldt, indien de eiser – feitelijk – heeft gewerkt in de onderneming van de eiser in het kader van een affectieve relatie.¹²⁵ In mijn optiek verdient het de voorkeur in een dergelijk geval wél schade aan te nemen. Als de eiser in het bedrijf van de levenspartner werkt, moet – onder normale omstandigheden – worden aangenomen dat hij ook terecht zou hebben gekund op de arbeidsmarkt.¹²⁶ Bovendien kan – zoals we hieronder zullen zien – meer fundamentele kritiek worden geuit op het criterium van de alternatieve aanwendbaarheid.

5.3.2.2 Meerpartijenverhouding

Van Maanen heeft nog op het volgende probleem gewezen.¹²⁷ Heeft de eiser schade als hij op een ander dan de verrijkte gedaagde een vordering heeft? Kan aannemer Quint, bijvoorbeeld, Heinrich te Poel aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking voor een winkelpand dat hij op diens grond heeft gebouwd, wanneer hij een vordering op zijn contractuele

123 Zie bijvoorbeeld. Rb. Zutphen 11 april 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW9378, r.o. 3.4. Een verrijkingsaanspraak van een energieleverancier wordt afgewezen, omdat de maatschappij niet inzichtelijk wilde maken wat de kostprijs van de geleverde energie is en aldus – volgens de rechtbank – onvoldoende had gesteld. De eiser had er overigens beter aan gedaan een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling in te stellen, op grond waarvan schade géén vereiste is. Zie bijvoorbeeld: Hof Den Bosch 27 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4293. Zie over samenloop ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling: par. 8.3.1.

124 HR 11 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC1957, NJ 1986/622, m.nt. W.C.L. van der Grinten (Baartman/Huijbers); Hof Leeuwarden 27 maart 2002, ECLI:NL:GHLEE:2002:AF3668, NJ 2002/575.

125 Wél schade is aangenomen in: Hof Den Bosch 3 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW0990, JPF 2013/29, m.nt. B.E. Reinhartz. Zie echter: Rb. Assen 20 juni 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BW9881 die van oordeel is, dat de vrouw die jarenlang in het boerenbedrijf van haar wederhelft heeft gewerkt geen schade heeft geleden. Zie daarover: par. 8.4.6.

126 Zie Schrage 2017, nr. 122 en het aldaar vermelde Franse precedent.

127 Van Maanen 2001, p. 13-15; Engelhard & Van Maanen 1998, p. 13; Van Maanen 2001b, p. 490-491. Zie voor een toepassing: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1991

wederpartij – Hubertus te Poel – heeft?¹²⁸ Van Maanen heeft betoogd dat dit niet het geval is omdat aannemer Quint geen schade heeft geleden: voor de bouw van het winkelpand heeft hij immers een vorderingsrecht verkregen op Hubertus te Poel, zodat hij er – althans in beginsel – per saldo niet op achteruit is gegaan.¹²⁹

Wissink heeft Van Maanen – in mijn optiek overtuigend – bestreden.¹³⁰ De door Van Maanen verdedigde zienswijze is volgens Wissink alleen mogelijk als aan de verrijksactie een andere – meer subsidiaire – status wordt toegeschreven dan aan de overige bronnen van verbintenissen.¹³¹ In het kader van de onrechtmatige daad kan evenmin worden gezegd, dat iemand geen schade heeft omdat hij voor dezelfde schade een aanspraak heeft uit ongerechtvaardigde verrijking tegenover een derde. Waarom zou dit omgekeerd dan wel mogelijk zijn? De Hoge Raad geeft er in het *Setz/Brunings*-arrest blijk van, dat het enkele feit dat de eiser ook een vordering uit wanprestatie tegenover een derde heeft, niet noodzakelijk aan de verrijksaansprakelijkheid van de gedaagde in de weg hoeft te staan.¹³²

Een vergelijkbaar oordeel gaf de Hoge Raad in *Prowi Project en Winkelinterieurs/Doli beheer – Lido beheer c.s.*¹³³ Wanneer de gedaagde ten onrechte vorderingen int, die aan de eiser toebehoren, dan is – ook als de schuldenaren niet bevrijdend aan de gedaagde hebben betaald en de eiser dus een vordering op hen behoudt – niet uitgesloten dat de eiser schade heeft geleden. ‘Het feit’, zo overweegt de Hoge Raad, ‘dat die schuldenaren reeds betalingen hebben verricht, doet immers dusdanig voor de hand liggen dat de curator moeilijkheden zal ondervinden bij het alsnog innen van de vorderingen, met de kans dat die vorderingen niet meer (volledig) kunnen worden geïnd, dat een andersluidend oordeel motivering behoeft.’¹³⁴

Zoals bij de bespreking van artikel 6:100 BW echter zal blijken, kan er wel enige betekenis worden toegekend aan het feit, dat de eisende partij een vordering heeft op een ander dan de gedaagde verrijkte.

5.3.2.3 Problematische gevallen

Er zijn gevallen, waarin het schadevereiste aan aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking in de weg ligt of waarin het schadevereiste (op het eerste gezicht) aan aansprakelijkheid in de weg lijkt te liggen.

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

129 Deze redenering wordt toegepast in: Rb. Arnhem 15 juli 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ6227, NJF 2009/410, r.o. 4.5.

130 Wissink 2002, p. 33-36.

131 Zie over de subsidiariteit: par. 4.3.3.

132 HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7249, NJ 1997/719, m.nt. Jac Hijma (Setz/Brunings), r.o. 3.4.2.

133 HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ0517, RvdW 2013/480 (Prowi Project/Doli beheer).

134 Zie r.o. 3.6.

Zonder de pretentie van volledigheid, kan gedacht worden aan de volgende gevallen.

(i) Kwestieus is, of de eiser schade heeft geleden indien de gedaagde onbevoegd gebruik heeft gemaakt van een zaak of recht van de eiser, in een geval waarin de eiser níet van plan was de zaak of het recht te gebruiken of te exploiteren. Als de waarde van de zaak of het recht niet verminderd is, dan lijkt er *prima facie* geen schade te zijn. Het vermogen van de eiser is dan immers niet verminderd. Artikel 6:104 BW – op grond waarvan de schade bij onrechtmatige daad en wanprestatie kan worden begroot op de winst – biedt geen remedie omdat voor die bepaling vereist is, dat er in ieder geval enige schade moet zijn aan de kant van de eiser.¹³⁵ Illustratief is het geval waarin de eigenaar van een aantal meerpalen moest meemaken dat de gedaagde jarenlang – bedrijfsmatig – diens duwbakken aan zijn meerpalen had aangemeerd. Zowel de vordering op grond van onrechtmatige daad als die op grond van ongerechtvaardigde verrijking slaagde niet. De eigenaar van de meerpalen kon niet aantonen dat hij schade had geleden.¹³⁶

(ii) Iets soortgelijks geldt, indien de eiser een inbreuk maakt op het recht van de gedaagde en de eiser daardoor winst maakt die in geen verhouding staat met de schade die de eiser door de inbreuk heeft geleden. Een boulevardblad schendt het portretrecht van de eiser en ziet – dankzij de bijdrage over de eiser – de oplage stijgen en daarmee de winst.¹³⁷ De verrijkingsactie (of de onrechtmatige daad) slaagt hier slechts voor zover de eiser schade hard kan maken. De schade kan in het kader van artikel 6:104 BW (bij de vordering uit hoofde van onrechtmatige daad) niet altijd worden begroot op de volle winst, omdat de winst de schade niet in aanmerkelijke mate mag overtreffen.

(iii) Een ander geval is een casus waarin op de eiser tegen een ‘aan-neemsom’ van € 100.000 een moordaanslag is gepleegd.¹³⁸ Uiteraard zal de gedaagde aansprakelijk zijn voor het door de eiser geleden letsel. Ook smartengeld zal dan in beeld zijn. Maar daarbovenop zal de eiser geen verrijkingsactie hebben ter zake van de door de gedaagde ontvangen premie. Die claim stuit af op het schadevereiste. Hier zal artikel 6:104 BW in het geheel geen soelaas bieden om naast de letselschade de winst af te romen.

Dit soort gevallen, waarin verrijkingsaansprakelijkheid door de vereiste schade níet of moeilijk kan worden geconstrueerd, hebben ertoe geleid dat verschillende auteurs hun vraagtekens hebben geplaatst bij de legitimiteit

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

136 Rb. Oost-Brabant 8 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:2854, *NJF* 2016/348, r.o. 4.3.

137 Daarover: Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 312; Schoordijk 1977, p. 32; Linssen 2001, p. 595 e.v.

138 Voorbeeld gevonden bij Van Boom 2002, p. 106.

van het schadevereiste. Voordat de vraag zal worden beantwoord wat de verrijkingsactie ex artikel 6:212 BW (en het overige vermogensrecht) voor de zojuist aangestipte gevallen te bieden heeft, wordt eerst aandacht geschonken aan deze kritiek.¹³⁹

5.3.3 Een omstreden vereiste

In een zeer erudiete, breed opgezette rechtsvergelijkende beschouwing, betoogt Linssen dat het schadevereiste geschrapt zou moeten worden.¹⁴⁰ Volgens hem zou het verrijkingsrecht niet om schadevergoeding moeten draaien. Linssen schrijft:

‘Door de schade-eis wordt [...] ten onrechte voorbij gegaan aan de volstrekt verschillende functies van het verrijkings- en het schadevergoedingsrecht. In het schadevergoedingsrecht gaat het om de vermogenspositie van de schuldeiser. Zijn nadeel dient gecompenseerd te worden. In het verrijkingsrecht gaat het niet om het nadeel van de schuldeiser, maar om het voordeel aan de zijde van de schuldenaar. Dit voordeel dient aan de schuldeiser te worden terug- en/ of afgegeven, omdat het objectief bezien aan hem en niet aan de schuldenaar toebehoort.’¹⁴¹

Het komt er volgens hem op aan of de gedaagde – *sine causa* – rechten of bevoegdheden heeft verkregen, gebruikt, uitgeoefend of geëxploiteerd die exclusief toebehoren of voorheen toebehoorden aan de rechthebbende (de eiser).¹⁴² Is dat het geval, dan behoort de eiser een aanspraak te hebben uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, ongeacht het antwoord op de vraag of hij ook schade heeft geleden. Daarbij denkt hij niet alleen aan het onbevoegde gebruik van andermans zaak,¹⁴³ maar ook aan de schending van persoonlijkheidsrechten,¹⁴⁴ het oneigenlijk gebruik van bedrijfsgeheimen,¹⁴⁵ sommige gevallen van contractsbreuk,¹⁴⁶ enzovoorts.¹⁴⁷ Thans staat het schadevereiste volgens Linssen aan een deugdelijk systeem van voordeelsafgifte in de weg. In de huidige staat van artikel 6:212 lid 1 BW, kan er in de visie van Linssen (zoals we nog zullen zien) – door het schadevereiste – in geen van de hierboven als problematisch opgevoerde gevallen verrijkingsaansprakelijkheid worden aangenomen.¹⁴⁸

139 Zie over deze discussie ook Schrage 2017, nr. 124.

140 Linssen 2001, p. 494 en p. 536-537.

141 Linssen 2002, p. 66-67.

142 Linssen 2001, p. 494 en p. 544-545.

143 Linssen 2001, p. 589-591.

144 Linssen 2001, p. 595-601.

145 Linssen 2001, p. 591-595.

146 Linssen 2001, p. 606 e.v.

147 Zie voor een schat aan verdere voorbeelden: p. 585-628.

148 Zie daarover par. 5.3.5.

Van Boom schat de mogelijkheden van het schadevergoedingsrecht ruimer in dan Linssen,¹⁴⁹ maar ook hij is van mening dat er soms – afhankelijk van de strekking van de geschonden norm – behoefte kan bestaan aan wat hij noemt ‘verarmingsoverstijgende’ verrijkingsafdracht.¹⁵⁰ Met name als de gedaagde opzettelijk een norm schendt. Van Boom noemt – naast vele andere voorbeelden – het geval waarin iemand in de boulevardpers zodanig beledigd is, dat dit een onrechtmatige daad van ‘het blad’ oplevert.¹⁵¹ Het is dan kiezen tussen twee kwaden: of de eiser krijgt een groter bedrag dan zijn daadwerkelijke geleden schade, of de gedaagde – de dader – houdt iets aan zijn afkeurenswaardige gedrag over.¹⁵² Van Boom kiest voor het eerste alternatief.

Verder is verarmingsoverstijgende verrijkingsafdracht volgens Van Boom soms ‘verkieslijker’ uit het oogpunt van preventie. In gevallen waarin de gedaagde een zaak van een ander gebruikt, acht hij het – zoals we nog zullen zien (en anders dan Linssen) – mogelijk dat de schade wordt begroot op een redelijke gebruiksvergoeding. Alleen dit gaat niet altijd ver genoeg. Als de gedaagde slechts een gebruiksvergoeding boven het hoofd hangt, dan is het voor hem voordelig om niet te contracteren en stiekem andersmans zaak of recht te gebruiken. In het slechtste geval moet hij immers de reguliere prijs betalen en in het voor hem beste geval helemaal niets. Een vergoeding van de gemaakte winst kan vanuit een oogpunt van preventie aangewezen zijn, aldus nog steeds Van Boom.¹⁵³

De argumenten die Linssen en Van Boom aanvoeren voor de schrapping van het schadevereiste zijn aansprekend. Daar komt bij, dat schrapping van het schadevereiste past bij de aanvullende functie van de verrijkingssactie. Thans is het mogelijk, dat iemand ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander in omstandigheden waarin ongedaanmaking van die verrijking op zichzelf redelijk zou zijn als bedoeld in artikel 6:212 lid 1 BW, zonder dat de eiser daadwerkelijk een verrijkingaanspraak toekomt vanwege het feit dat hij géén schade heeft geleden. Een bepaalde inpassingstechniek van de wetgever – de aansluiting bij het schadevergoedingsrecht bij de vormgeving van de verrijkingssactie – leidt goed bezien tot een potentiële verrijkingssrechtelijke leemte, in die zin dat het vermogensrecht in bepaalde gevallen een ongerechtvaardigde verrijking van de een ten koste van de ander laat voortbestaan. In mijn optiek zou de wetgever het schadevereiste daarom uit het BW kunnen schrappen.

Het is echter een rechtspolitieke keuze, die aan de wetgever is voorbehouden.¹⁵⁴ Niet kan met Damminga worden gezegd, dat artikel 6:212 lid 1 BW zo gelezen kan worden, dat het schadevereiste er vooral toe dient om

149 Van Boom 2002, p. 80-81.

150 Van Boom 2002, p. 76 e.v.

151 Van Boom 2002, p. 109.

152 Van Boom 2002, p. 81.

153 Van Boom 2002, p. 105.

154 Van een echte weeffout kan niet gesproken worden. Zie Van der Linden 2017, p. 253.

aan te wijzen wie als eisende partij op kan treden, zonder dat de eis enige echte schade vereist.¹⁵⁵ Zodra het voordeel, zoals dat door de gedaagde is behaald, afkomstig is uit het vermogen van de eiser, is volgens Damminga aan het schadevereiste voldaan ongeacht het werkelijk geleden nadeel. Dit is niet goed verdedigbaar,¹⁵⁶ ook niet als het toepassingsbereik van de actie, zoals Damminga bepleit, wordt beperkt tot schending van exclusieve rechtsposities. De wetgever laat niet per ongeluk en zonder verdere betekenis het woord 'schade' vallen, nu dit één van de kernbegrippen van het burgerlijk recht is, waar bovendien een eigen regeling (6:95-6:110 BW) aan is gewijd.¹⁵⁷

Dat ongerechtvaardigde verrijking als bron van verbintenissen is geplaatst binnen het schadevergoedingsrecht heeft ondertussen ook aantrekkelijke kanten. Enerzijds bieden de bijzondere regels van het schadevergoedingsrecht de gedaagde een aantal concretere – meer gearticuleerde – aanknopingspunten om zich tegen een verrijkingsaanspraak van de eiser te verweren dan het – abstracte – redelijkheidsevereiste dat doet.¹⁵⁸ Anderzijds biedt artikel 6:103 BW de rechter ruime mogelijkheden om de aansprakelijkheid zo vorm te geven, dat zowel recht wordt gedaan aan het belang van de eiser, als dat van de gedaagde. Verderop zal op deze punten nader worden ingegaan.¹⁵⁹

5.3.4 Strekking verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis

Thans maakt het schadevereiste deel uit van de verrijkingsregeling en zullen we moeten omgaan met de grenzen die deze eis stelt. De vraag kan echter worden gesteld, waar deze grenzen precies lopen. Hier is het niet vruchtbaar om, met Linssen, de tegenstelling tussen het verrijkingsrecht en het schadevergoedingsrecht te onderstrepen.¹⁶⁰ Bedacht moet namelijk worden, dat de aard van de aansprakelijkheid, van invloed kan zijn op de wijze waarop de regels en beginselen van het schadevergoedingsrecht moeten worden toegepast.¹⁶¹ Voordat de opgesomde moeilijke gevallen besproken worden,¹⁶² is het goed stil te staan bij de strekking van de verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis.

Doorgaans strekt een schadevergoedingsverbintenis ertoe om de benadeelde zoveel mogelijk in de situatie te brengen, waarin hij zou verkeren als de normschending nooit zou hebben plaatsgevonden.¹⁶³ Daarom heeft de

¹⁵⁵ Damminga 2014, p. 210-211.

¹⁵⁶ In gelijke zin: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/462.

¹⁵⁷ De wetgever verklaart de regels van het schadevergoedingsrecht expliciet op de verrijkingsverbintenis van toepassing, zie: PG Boek 6, p. 831.

¹⁵⁸ Zie par. 5.3.6-5.3.10

¹⁵⁹ Zie par. 5.3.9.

¹⁶⁰ Zie het begin van de vorige paragraaf.

¹⁶¹ Asser/Sieburgh 6-II 2017/6; Lindenbergh 2014, nr. 24.

¹⁶² Zie par. 5.3.5.

¹⁶³ Asser/Sieburgh 6-II 2017/31; Lindenbergh 2014, nr. 10.

benadeelde in de regel recht op *volledige* schadevergoeding.¹⁶⁴ Het is een vertrekpunt dat vervolgens door de regels van artikel 6:95 BW tot en met 6:110 BW op punten wordt genuanceerd. De verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking heeft echter van meet af aan een andere strekking. De aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking berust, zoals Hartkamp uiteen heeft gezet, niet – althans niet per definitie – op een gebeurtenis waarin er een norm is geschonden die tot de schade heeft geleid, maar op de toestand dat de gedaagde ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de eiser.¹⁶⁵ De verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis strekt ertoe, die toestand – de ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser – ongedaan te maken. Schadevergoeding is het middel, ongedaanmaking van de ongerechtvaardigde verrijking – restitutie – het doel.¹⁶⁶ Het beginsel van volledige vergoeding geldt daarom *niet* voor de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking.¹⁶⁷ Enerzijds gaat de schadevergoedingsplicht nimmer de omvang van de verrijking te boven. Anderzijds wordt de ongerechtvaardigd verrijkte gedaagde slechts veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding voor zover dit redelijk is.

Naast dit normatieve verschil, is er een meer feitelijk verschil tussen aansprakelijkheid op grond van (bijvoorbeeld) artikel 6:162 BW en artikel 6:212 BW. In een doorsnee geval uit het aansprakelijkheidsrecht is er in de regel sprake van schade in absolute zin. Er is een huis ingestort. Eén van de twee, de eiser óf de gedaagde, draagt de schade (of zij moeten elk een gedeelte dragen in het kader van – bijvoorbeeld – eigen schuld). Bij een geval van ongerechtvaardigde verrijking is er echter niet alleen sprake van ‘een min’ (schade) aan de kant van de eiser, maar – per definitie – ook van ‘een plus’ (een verrijking) aan de kant van de gedaagde. De eiser bouwt een woning op de grond van de gedaagde; de gedaagde lijdt schade (hij verliest ‘een huis’) maar de eiser is erop vooruitgegaan (hij is eigenaar geworden van het huis dat de eiser ‘verloren’ heeft). De vraag is hoe het schadevergoedingsrecht met deze ‘plus’ moet omgaan en wat de betekenis is van het doel van de verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis (ongedaan maken van een ongerechtvaardigde verrijking) voor de leerstukken van het schadevergoedingsrecht. Deze vragen komen nu aan de orde.

164 Asser/Sieburgh 6-II 2017/32; Lindenberg 2014, nr. 11; Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding (Hartlief), nr. 196; Klaassen 2017, nr. 6.

165 Hartkamp 2001, p. 314-315.

166 Vgl. Hartkamp 2001, p. 315: ‘Het a-typisch karakter van die schadevergoedingsgrond is waarschijnlijk gelegen in het feit dat de ongerechtvaardigde verrijking “eigenlijk” geen grond voor schadevergoeding, maar voor ongedaanmaking van een verrijking is; in geen ander land dan Nederland (óók niet in Frankrijk, waar men wél een verarming eist) wordt zij als een schadevergoedingsregeling gezien.’.

167 Lindenberg 2014, nr. 12.

5.3.5 Vaststelling en begroting van schade

Over het algemeen zullen gevallen van ongerechtvaardigde verrijking niet anders behandeld hoeven te worden dan andere gevallen van zuivere vermogensschade. Zoals we hebben gezien, zijn er echter verschillende gevallen van ongerechtvaardigde verrijking, waarin het schadevereiste in ieder geval *prima facie* in de weg lijkt te staan aan een bevredigende oplossing. Het is nu tijd om deze gevallen te analyseren. Daarbij kan rekening worden gehouden met het doel en het bijzondere karakter van de verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis.

5.3.5.1 Gebruik andermans zaak of recht

De eerste groep gevallen betreft de situatie, waarin de gedaagde onbevoegd een zaak of recht van de eiser heeft gebruikt of geëxploiteerd. Hoe moet het oordeel van de Rechtbank Oost-Brabant worden gewaardeerd, dat de eigenaar van de meerpalen geen aanspraak op grond van ongerechtvaardigde verrijking (of onrechtmatige daad) heeft jegens degene die een tijdlang – ongevraagd – diens duwbakken op zijn meerpalen heeft aangemeerd, vanwege de omstandigheid dat de eigenaar door het onbevoegde gebruik geen schade heeft geleden?¹⁶⁸ En wat, als de gedaagde een vakantiehuis van de eiser heeft gekraakt en het huis in keurige staat heeft achtergelaten en de eiser niet van plan was het te exploiteren of anderszins te gebruiken?¹⁶⁹ Moet dan worden gezegd dat de eiser geen schade heeft geleden en dat hem een verrijkingsaanspraak moet worden ontzegd? Hoe moet, meer in het algemeen, worden omgegaan met gevallen, waarin de gedaagde onbevoegd en ongevraagd gebruik heeft gemaakt van de zaak of het recht van de eiser?

In de literatuur is er een stroming, die leert dat de schade in dit soort gevallen op een abstracte wijze mag worden begroot.¹⁷⁰ De stroming sluit aan bij de in artikel 6:97 BW neergelegde regel, op grond waarvan de rechter de schade moet begroten op een wijze die met de aard van de schade in overeenstemming is. De rechter is daarbij de vrijheid toegekend, om de schade abstract vast te stellen als dit passend is.¹⁷¹ Geabstraheerd wordt dan van de omstandigheid dat iemand zijn zaak of recht niet kón exploiteren (bijvoorbeeld vanwege een slechte markt) of van de omstandigheid dat de rechthebbende (om wat voor reden dan ook) de zaak of het recht niet wilde exploiteren. De rechthebbende wordt de vergoeding gegund die hij zou hebben ontvangen indien de gedaagde met hem zou hebben gecontracteerd.

168 Rb. Oost-Brabant 8 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:2854, *N/JF* 2016/348, r.o. 4.3.

169 Voorbeeld ook gebruikt door Damminga. Zie Damminga 2014, p. 178.

170 De nu volgende passages over het gebruik van andermans zaak of recht zijn grotendeels ontleend aan een eerdere publicatie van mijn hand. Zie: Van der Linden 2017, p. 248-252. Op zijn beurt was dit artikel overigens geïnspireerd op het manuscript van dit boek.

171 Klaassen 2017, nr. 10.2; S.D. Lindenbergh in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:97 BW, aant. 27; Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding (Hartlief), nr. 206.

Dat er in wezen geen concrete schade is, wordt op de koop toegenomen. Het is een oplossing die door Schoordijk is aangedragen,¹⁷² al lijkt ook de geestelijk vader van de Nederlandse algemene verrijkingsactie – Bregstein, die in 1927 op ‘Ongegronde vermogensvermeerdering’ promoveerde – van hetzelfde gevoelen.¹⁷³

In zijn preadvies heeft Van Boom deze zienswijze indringend voor het voetlicht gebracht:¹⁷⁴

‘Een autohuurder die de gehuurde auto zonder toestemming nog een dag langer onder zich houdt, is in die opvatting (ten minste) een gebruikelijke vergoeding verschuldigd. Gesteld dat de huurder betaling daarvan weigert met het verweer dat de auto toch niet zou zijn verhuurd en er in zoverre dus geen inkomsten zijn misgelopen, dan zeggen we – zelfs als dit verweer feitelijk juist is – toch niet tegen de verhuurder: “inderdaad, u heeft geen schade, en ontvangt dus niets”? Integendeel, dan abstraheren we van dat gegeven en stellen we de schade op het redelijke huurtarief. Enerzijds omdat de schade wordt vastgesteld aan de hand van vergelijking met de situatie waarin de profiteur wél had gecontracteerd en anderzijds omdat we binnen art. 6:95 BW e.v. mogen abstraheren van dergelijke omstandigheden.’

Enkele jaren geleden is er een arrest gewezen dat in de verte aan het voorbeeld van Van Boom doet denken. Het gaat om het *Subway*-arrest, waarin een Subway-filiaal met Credit Suisse onderhandelde over een huurovereenkomst met betrekking tot een aan Credit Suisse toebehorend pand. Tijdens de onderhandelingen maakte Subway al gebruik van het pand, doordat Subway eerder onderhuurder van Easy was, die het pand op haar beurt van Credit Suisse huurde. Toen de onderhandelingen tussen Credit Suisse en Subway na circa elf maanden afketsten en de laatste het pand moest verlaten, stelde Credit Suisse een verrijkingsactie in voor het gebruik van het pand tijdens de onderhandeling. Het hof wees de vordering af omdat Credit Suisse geen concrete schadeposten had aangedragen. De Hoge Raad casseerde:¹⁷⁵

‘De eigenaar van de bedrijfsruimte lijdt door dat voortgezet gebruik schade, ook als hij niet elders vervangende bedrijfsruimte hoeft te huren en hij niet door dat gebruik is verhinderd de ruimte aan een derde te verhuren. Gelet op de analogie met de gevallen die zijn geregeld in de art. 7:225 en 7:230a BW, past het immers in het stelsel van de wet de schade van de eigenaar in het onderhavige geval naar objectieve maatstaven te berekenen.’

In *Subway* was Credit Suisse van plan om het pand te verhuren. De bank lijdt schade indien de onderhandelingen zonder resultaat voortduren en de wederpartij ondertussen het pand bezet houdt. De vraag is of de abstracte

172 Schoordijk 1977, p. 32; Schoordijk 1986, p. 13.

173 Bregstein 1927, p. 217. Hij is er kort over: ‘Echter moeten wij in het kosteloos bewonen van een huis door een derde weer een zuivere vermogensvermindering zien voor den eigenaar: dus ook hier behoort een verrijkingsactie te slagen, ook al had de eigenaar anders toch niet elders verhuurd.’

174 Van Boom 2002, p. 103-104.

175 HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782, NJ 2013/540, m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (Credit Suisse/Subway), r.o. 3.3.

schadeberekening, zoals gehanteerd in dit arrest, óók is toegestaan, indien de gedaagde de zaak of het recht van de eiser heeft gebruikt, terwijl de eiser de zaak op het moment van de inbreuk *niet* van plan was te gebruiken of te exploiteren.

Linssen zou daar vermoedelijk geen voorstander van zijn. Abstracte schadebegroting is volgens hem, in een geval waarin de rechthebbende niet van plan was zijn recht te exploiteren 'dogmatisch niet te onderbouwen resultaatsvoetbal' die de 'bandbreedtes' van het schadevergoedingsrecht te buiten zou gaan.¹⁷⁶ Er wordt immers van uitgegaan dat zowel de eiser als de gedaagde, bereid zouden zijn geweest om over het gebruik te contracteren. Is aantoonbaar dat de eiser dit niet wilde, dan is er sprake van een fictie.¹⁷⁷ Anderzijds is zijn bezwaar dat een dergelijke abstracte begroting in strijd is met het uitgangspunt dat er alleen ruimte is voor een abstracte schadebegroting als er daadwerkelijk schade is.¹⁷⁸ Als de eiser niet van plan was de zaak te gebruiken of te exploiteren dan lijdt hij, aldus Linssen, geen schade. 'Abstraheren' mag, volgens Linssen, niet neerkomen op het 'ecarteren' van het schadevereiste.¹⁷⁹ Volgens Linssen moet de gewenste oplossing, zoals we hebben gezien, niet worden gezocht in een abstracte begrotingswijze, maar in de *schrapping* van het schadevereiste door de wetgever.¹⁸⁰

5.3.5.2 Begrotingsmaatstaf bij onbevoegd gebruik

Heeft Linssen gelijk en gaat de abstracte schadebegroting in de gevallen waar wij het oog op hebben de bandbreedtes van het schadevergoedingsrecht te buiten?

De vraag moet mijns inziens ontkennend worden beantwoord. Bedacht moet worden, dat de wijze waarop de regels en beginselen van het schadevergoedingsrecht moeten worden toegepast, zoals eerder opgemerkt, mede afhankelijk is van de aard van de aansprakelijkheid.¹⁸¹ Anders dan het geval is bij onrechtmatige daad of wanprestatie, gaat het bij de verrijkingsaansprakelijkheid niet om de vergoeding van onrechtmatig veroorzaakte schade. Doel van de verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis is het ongedaan maken van de ongerechtvaardigde verrijking.¹⁸² Dit werkt door in de wijze waarop de schade moet worden vastgesteld.

¹⁷⁶ Linssen 2001, p. 535.

¹⁷⁷ Linssen 2001, p. 482.

¹⁷⁸ Linssen 2001, p. 482 en p. 330-332 en de aldaar geciteerde rechtspraak. Kritisch op dit punt: Van Boom 2002, p. 81, noot 26 en de aldaar vermelde rechtspraak.

¹⁷⁹ Zie Linssen 2001, p. 330, titel tussenkopje.

¹⁸⁰ Linssen 2001, p. 536 e.v.

¹⁸¹ Asser/Sieburgh 6-II 2017/6; Lindenbergh 2014, nr. 24.

¹⁸² Vgl. Hartkamp 2001, p. 315: 'Het a-typisch karakter van die schadevergoedingsgrond is waarschijnlijk gelegen in het feit dat de ongerechtvaardigde verrijking "eigenlijk" geen grond voor schadevergoeding, maar voor ongedaanmaking van een verrijking is; in geen ander land dan Nederland (óók niet in Frankrijk, waar men wèl een verarming eist) wordt zij als een schadevergoedingsregeling gezien.'

Ik doel op het volgende. Om de schade vast te stellen moet de werkelijke situatie waarin de eiser zich bevindt, vergeleken worden met de hypothetische situatie waarin de eiser zich zou bevinden, wanneer de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust zich niet zou hebben voorgedaan.¹⁸³ Het is in dit verband verhelderend de vaststelling van de schade bij gedeerd gebruik door zaaksbeschadiging te vergelijken met de wijze waarop in het aanvullende verrijgingsrecht met het schadevereiste om kan worden gegaan.

Gaat het om gedeerd gebruik bij *onrechtmatige zaaksbeschadiging*, dan moet worden gezien hoe de situatie van de gelaedeerde zou zijn geweest, als de onrechtmatige daad niet zou hebben plaatsgevonden. Is de zaak van de eiser een tijd lang beschadigd geweest door een onrechtmatige gedraging van de gedaagde, dan moet de werkelijke toestand van de eiser vergeleken worden met de situatie waarin de onrechtmatige gedraging niet zou hebben plaatsgevonden. Was de eiser niet van plan zijn zaak te gebruiken of te exploiteren, dan lijdt hij geen extra schade door het gedeerde gebruik.¹⁸⁴ De onrechtmatige gedraging laat zich op één manier wegdenken. Gaat het echter om een situatie waarin de gedaagde *ongerechtvaardigd is verrijkt* doordat hij onbevoegd het vakantiehuis van de eiser heeft gebruikt, dan zijn er in potentie twee hypothetische situaties waarmee de werkelijke situatie van de eiser vergeleken kan worden.

We kunnen de werkelijke situatie van de eiser vergelijken met de situatie waarin de zaak of het recht in het geheel niet zou zijn gebruikt. Dan is er geen schade aanwijsbaar: zowel in de (werkelijke) situatie, waarin de gedaagde het vakantiehuis van de eiser gebruikt heeft, als in de hypothetische situatie, waarin dit niet het geval is, ziet het vakantiehuis er hetzelfde uit. Was de eiser niet van plan om het huisje te verhuren dan heeft hij geen schade.

Maar de ongerechtvaardigde verrijking kan ook op een andere manier worden weggedacht. In de hypothetische situatie, waarmee de werkelijke situatie van de eiser vergeleken wordt, kan ook het ongerechtvaardigde karakter van de verrijking worden weggedacht. De situatie waarin de eiser zich na het onbevoegde gebruik bevindt, wordt dan vergeleken met de situatie, waarin de eiser zich zou bevinden indien de gedaagde over het gebruik zou hebben gecontracteerd.¹⁸⁵ Vanuit dit perspectief is de schade van de eiser de contractprijs die hij van de gedaagde had kunnen bedingen.

183 Asser/Sieburgh 6-II 2017/31. En zie bijvoorbeeld: HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830, NJ 2013/48 (Griffioen/De Groot), r.o. 3.5.

184 Gebruiksderiving door zaaksschade pleegt concreet te worden begroot, zie: Salomons 1993, nr. 21 onder b. Zie verder S.D. Lindenberg in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:96 BW, aant. 2.4.2 en 2.4.8 en de aldaar vermelde rechtspraak en literatuur.

185 Dit is de hypothetische situatie waarmee Van Boom de werkelijke positie van de eiser vergelijkt. Zie Van Boom 2002, p. 106.

In het licht van het doel van de verrijktingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis – het ongedaan maken van een ongerechtvaardigde verrijking – verdient de laatste methode de voorkeur.¹⁸⁶ Bovendien ligt de hypothetische situatie waarmee de werkelijke situatie van de eiser vergeleken wordt, dicht bij de werkelijke situatie. De gedaagde heeft de zaak of het recht van de eiser gebruikt.

Maar moet niet met Linssen (en kennelijk de rechtbank Oost-Brabant) worden gezegd, dat het een fictie is om aan te nemen dat de eiser schade geleden heeft? Dit is niet het geval. Kraakt de gedaagde ten behoeve van zijn vakantie het vakantiehuis van de eiser, dan toont dit in ieder geval aan dat er in ieder geval één persoon interesse had in het vakantiehuis. Het verweer dat de eiser het huis vanwege een slechte markt niet kon verhuren zou daarom niet sterk zijn. Hetzelfde geldt voor het verweer dat de eiser zijn huis voorheen nooit heeft willen verhuren. Nog los van het feit dat de eiser de kans om erover na te denken is ontnomen, zou het feit dat hij zijn huis niet zou willen verhuren, betekenen dat het exclusieve privégebruik van zijn vakantiewoning hem méér waard is dan de eventuele huurpenningen. Wanneer de eiser kennisneemt van het onbevoegde gebruik, dan wordt hij geconfronteerd met het feit dat de gedaagde gebruik heeft gemaakt van zijn zaak, hetgeen iets is waar normaal gesproken voor betaald wordt. Goed bezien derft de eiser winst.

Er is bovendien een zekere analogie te trekken met het arrest *Plas/Valburg* waarin de Hoge Raad uitmaakte, dat de onderhandelingen – in uitzonderlijke omstandigheden – zo ver gevorderd kunnen zijn, dat de wederpartij van de afbrekende partij recht heeft op het positieve contractsbelang vanwege het totstandkomingsvertrouwen.¹⁸⁷ In het geval van onbevoegd gebruik is er, uiteraard, geen totstandkomingsvertrouwen. Maar er doet zich wel een situatie voor waarin de gedaagde, had behoren te contracteren voor het gebruiksgenot dat hij ontvangen heeft. Waarom zou iemand die totstandkomingsvertrouwen bij zijn wederpartij in het leven heeft geroepen wel een vergoeding van het positieve contractsbelang verschuldigd kunnen zijn en iemand die willens en wetens een overeenkomst vermijdt door gebruik te maken van andermans goed niet?

186 Zou een gebruiksgeval kwalificeren als een onverschuldigde betaling – dit zou het geval kunnen zijn als er sprake is van een vernietigde huurovereenkomst – dan kan er op grond van art. 6:203 lid 3 jo. 6:210 lid 2 een verplichting tot waardevergoeding ontstaan zonder dat vereist is dat de betaler schade heeft geleden. Zie daarover: Boeve 2016, p. 332-333. Een geval van onbevoegd gebruik, kwalificeert echter lang niet altijd als een onverschuldigde betaling. Het voorbeeld van de meerpalen illustreert dit.

187 HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405, NJ 1983/723, m.nt. C.J.H. Brunner (*Plas/Valburg*); HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, NJ 2005/467 (CBB/JPO).

5.3.5.3 Abstracte begroting niet altijd toelaatbaar

Heeft de Hoge Raad met *Subway* ruim baan gegeven aan een abstracte schadebegroting voor alle gevallen van ongerechtvaardigde verrijking?¹⁸⁸ Die vraag moet ontkennend worden beantwoord. De Hoge Raad geeft een begrotingsregel voor het geval dat daar aan de orde is en zoekt expliciet aansluiting bij artikel 7:225 en 7:230a BW. Die bepalingen gaan over de situatie dat de huurder na de huurperiode gebruik maakt van de door hem gehuurde zaak. De Hoge Raad veralgemeniseert, zo blijkt uit latere rechtspraak, de ruimhartige begrotingswijze niet. In *Van de Booren-/Grenkefinance* is de Hoge Raad namelijk van oordeel, dat het geval waarin een LCD-scherm een aantal jaren bij de 'lessee' blijft nadat de leaseovereenkomst (toch) niet tot stand gekomen is, wezenlijk verschilt van *Subway* en op eigen merites moet worden beoordeeld. Voor een analogie met artikel 7:225 BW is dan geen plaats.¹⁸⁹

Dat de Hoge Raad de abstracte schadeberekening niet veralgemeniseert is terecht. Hiervoor is weliswaar betoogd, dat de abstracte schadebegroting óók verdedigbaar is in een geval waarin de gedaagde onbevoegd en ongevraagd de zaak of het recht van de eiser gebruikt, maar er zijn grenzen. Het spreekt bijvoorbeeld niet aan om de situatie waarin de totstandkoming van een koopovereenkomst niet gelukt is (de werkelijke situatie), te vergelijken met de situatie waarin de verkoper zich zou bevinden indien de koper over het gebruik zou hebben gecontracteerd (de hypothetische situatie). Het is de gedaagde immers nooit om het enkele gebruik gegaan, maar om de eigendomsverkrijging.¹⁹⁰ In dat geval is de hypothetische situatie, waarmee de werkelijke situatie van de verkoper wordt vergeleken, een zuivere fictie. De verkoper zal op een andere manier moeten aantonen dat hij schade heeft geleden als hij inderdaad schade geleden heeft. Voor vernietiging of ontbinding zal iets vergelijkbaars gelden. De verkoper kan alleen een vergoeding voor het gebruik vragen, indien hij concrete schade geleden heeft (en indien daarnaast – uiteraard – aan de overige vereisten van artikel 6:212 lid 1 BW voldaan is).

Zelfs in een geval van onbevoegd gebruik, kan een abstracte schadeberekening niet passend zijn. In een geval waarin de gedaagde – met toestemming van eigenaar X – om niet een loods gebruikt en dit blijft doen nadat X de eigendom heeft overgedragen aan de eiser wijst het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden een abstracte schadeberekening terecht af.¹⁹¹ Enerzijds is de gedaagde de loods gaan gebruiken met toestemming van de toenmalige eigenaar, terwijl de opvolgend eigenaar van het gebruik wist of behoorde te

188 Damminga denkt van wel, zie: Damminga 2014, p. 210.

189 HR 27 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:996, NJ, 2017/312, m.nt. Jac. Hijma (Van de Booren/Grenkefinance), r.o. 3.4.2-3.4.3.

190 De schade van de verkoper moet begroot worden, door de totstandkoming van de later vernietigde koopovereenkomst weg te denken.

191 Zie: Hof Arnhem-Leeuwarden 21 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1531, r.o. 6.6. Wél kiest het hof deels andere gronden de schade af te wijzen.

weten. Anderzijds was de eiser een projectontwikkelaar die de loods wenste te slopen. Een shadeberekening waarbij bezien wordt, hoeveel de gedaagde voor het gebruik zou moeten contracteren indien hij met de eiser zou hebben gecontracteerd is in een dergelijk geval een ontoelaatbare fictie.

5.3.5.4 Abstracte shadebegroting bij verrichte arbeid

Zoals we hebben gezien hanteert de Hoge Raad bij de vraag of iemand door het verrichten van arbeid shade heeft geleden (vanwege het verlies aan tijd) het criterium van de alternatieve aanwendbaarheid. In het bekende arrest *Baartman/Huijberts* werd de vordering van de eiser die het huis van de gedaagde verbouwd had, door het hof afgewezen omdat hij niet kon aantonen dat hij shade had geleden. Volgens het hof leidt het verlies van vrije tijd alleen tot shade, als de eiser kan aantonen dat hij in dezelfde tijd elders betaald werk had kunnen verrichten. Dit was in deze zaak niet het geval, omdat de eiser een uitkering trok. Dit oordeel geeft, aldus de Hoge Raad, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.¹⁹²

De Hoge Raad kiest in het arrest voor een *concrete* shadeberekening.¹⁹³ bezien is hoeveel shade de eiser daadwerkelijk in zijn vermogen heeft geleden door de verbouwingswerkzaamheden. Het verlies aan vrije tijd leidt zo bezien alleen tot een shadepost, als hij in de geïnvesteerde tijd betaald werk had kunnen doen. Dit subjectieve criterium van de 'alternatieve aanwendbaarheid' is in de literatuur – met name door Breedveld-de Voogd en Van Duijvendijk-Brand – bestreden.¹⁹⁴ Met recht in mijn optiek. Bij de strekking van de verrijkingsrechtelijke shadevergoedingsverbintenis – waarin de shadevergoeding het middel is om een ongerechtvaardigde verrijking ongedaan te maken – past een meer objectieve begrotingswijze.

In mijn optiek hoeft het criterium van de alternatieve aanwendbaarheid niet geheel losgelaten te worden. Het criterium kan worden geobjectiveerd. Bij de vraag of de eiser shade heeft geleden, moet niet naar de persoon van de eiser worden gekeken, maar naar de aard van de werkzaamheden. Bregstein schrijft:¹⁹⁵

'Volgens heersende maatschappelijke opvattingen vormt arbeidskracht een element van ons vermogen, d.w.z. vertegenwoordigt economische waarde. Zij staat in dat opzicht volkomen gelijk met de eigendom van 100 ton tarwe. Hieruit volgt naar mijn mening, dat het enkele bewijzen van diensten, die normaliter beloning verdienen, reeds een actie uit verrijking rechtvaardigt, ongedacht de vraag of men, indien die diensten verricht waren, deze wel elders productief had gemaakt.'

192 HR 11 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC1957, NJ 1986/622, m.nt. W.C.L. van der Grinten (Baartman/Huijberts), r.o. 3.2.

193 C.G. Breedveld-de Voogd 1987, p. 891; Van Duijvendijk-Brand 1990, p. 67.

194 C.G. Breedveld-de Voogd 1987, p. 891; Van Duijvendijk-Brand 1990, p. 69.

195 Bregstein 1927, p. 216. Ook aangehaald door: C.G. Breedveld-de Voogd 1987, p. 891; Van Duijvendijk-Brand 1990, p. 69. Zie ook Mellema-Kranenburg 2009, p. 112.

Zouden vergelijkbare werkzaamheden gewoonlijk tegen betaling geschieden, dan moet aangenomen worden dat de eiser in zoverre schade heeft. De hobbyklusser die voor een bouwklus van één werkweek drie maanden (of langer) nodig heeft, zal – als het op verlies aan vrije tijd aankomt – een schadepost kunnen opvoeren van één werkweek op basis van een redelijk loon. Een hogere schade kan alleen worden aangenomen als de eiser concreet meer schade heeft geleden, bijvoorbeeld doordat hij onbetaald verlof heeft opgenomen om het huis van de gedaagde onderhanden te nemen. In dit laatste geval gaat het om een subjectieve toepassing van het criterium van de alternatieve aanwendbaarheid.

Aan het criterium van de alternatieve aanwendbaarheid is zonder meer voldaan als de eiser structureel werkzaam is geweest in het bedrijf van de gedaagde, zoals in het geval dat voor het Gerechtshof 's Hertogenbosch is gekomen.¹⁹⁶ In mijn optiek is het bewijs dat de eiser zijn arbeid elders te gelde had kunnen maken – behoudens bijzondere omstandigheden – met de werkzaamheden in het bedrijf van de gedaagde gegeven.¹⁹⁷

5.3.5.5 De resterende gevallen

Zoals hierboven is betoogd, kan bij de invulling van het schadevereiste rekening worden gehouden met de aard van de verrijkingsaansprakelijkheid. Dit betekent niet dat het schadevereiste steeds naar bevind van zaken kan worden opgerekt. Soms staat het schadevereiste daadwerkelijk in de weg aan verrijkingsaansprakelijkheid op de voet van artikel 6:212 lid 1 BW.

Een geval dat in de literatuur verschillende malen aan de orde is gekomen, is dat waarin de gedaagde – een boulevardblad – het portretrecht van de eiser schendt, terwijl als gevolg van de reportage de afzet van het gewraakte nummer de normale verkoop aanzienlijk overtreft hetgeen tot een extra omzet van, zeg, € 100.000 leidt.¹⁹⁸ Hier kan niet worden gezegd dat de schade van de eiser € 100.000 is.¹⁹⁹ De eiser zal genoeg moeten nemen met een abstract te berekenen gebruiksvergoeding voor het gebruiken van het portret, dat – vermoedelijk – veel lager zal liggen dan € 100.000. De maatstaf is zojuist aan de orde gekomen. Daarbij zou een onverwacht hoge winst meegenomen mogen worden bij de vaststelling van de gebruiksvergoeding; hoe beter de verkoop, des te meer zou het blad over hebben gehad voor het portret indien zij met de gerechtigde had gecontracteerd. Indien het handelen van het boulevardblad tevens eiser onrechtmatig is, dan is het

196 Hof Den Bosch 3 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW0990, *JPF* 2013/29, m.nt. B.E. Reinhartz. Zie echter: Rb. Assen 20 juni 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BW9881. In dit laatste vonnis wordt de verrijkingsvordering van de vrouw, die een tijdlang in het boerenbedrijf van de man heeft gewerkt, afgewezen.

197 Het hof schat in het bovengenoemde arrest *ex aequo et bono*. Zie r.o. 7.11.

198 Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 312; Schoordijk 1977, p. 32; Linssen 2001, p. 595 e.v.

199 Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 312.

onder omstandigheden mogelijk om de schade te begroten op de genoten winst op de voet van artikel 6:104 BW. Maar ook dan zijn er grenzen.

In het geval waarin een huurmoordenaar een € 100.000 krijgt om de eiser uit te schakelen, kan de eiser dit bedrag niet met succes uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking vorderen.²⁰⁰ Als de aanslag wordt vrijdeld lijdt hij in het geheel geen schade. Wordt de aanslag uitgevoerd en raakt de eiser daarbij gewond dan moet diens letselschade ter zake van de aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad concreet worden berekend; de door de huurmoordenaar ontvangen € 100.000 speelt daarbij geen rol van betekenis. Hetzelfde geldt voor de billijke vergoeding voor immateriële schade op de voet van artikel 6:106 BW. Lijdt de gedaagde minder schade dan € 100.000 dan blijft de gedaagde in zoverre ongerechtvaardigd verrijkt achter. Een abstracte verrijkingsrechtelijk georiënteerde schadeberekening kan hier in het geheel geen uitkomst bieden.

De spion die zijn memoires schrijft en daarbij staatsgeheimen prijsgeeft kan, naar Nederlands recht, niet worden aangesproken op grond van artikel 6:212 lid 1 BW indien de staat géén concreet aantoonbare schade lijdt.²⁰¹

Hetzelfde heeft te gelden voor een gedaagde (werknemer) die bij de gunning van een opdracht steekpenningen aanneemt.²⁰² Als de werkgever geen schade lijdt, dan kan de werkgever die steekpenningen niet op grond van ongerechtvaardigde verrijking opvorderen.

Het recht biedt in deze gevallen, zoals in het hoofdstuk over het verrijkingsbeginsel is betoogd,²⁰³ echter een zekere ruimte om de gevallen tot een bevredigende oplossing te brengen. Heeft het verrijkingsfeit zich voorgedaan in het kader van een overeenkomst tussen de eiser en de gedaagde, zoals het geval is bij de geheim agent en de werknemer die steekpenningen aanneemt, dan kan in mijn optiek uit de aanvullende redelijkheid en billijkheid ex 6:248 lid 1 BW, de verplichting voortvloeien dat de gedaagde het voordeel moet afdragen aan de eiser. Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt – het principe dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag – kleurt de redelijkheid en billijkheid dan in. In mijn optiek is dit een alleszins begaanbare weg, temeer omdat het schadevereiste – wellicht – als een minder juiste keuze van de wetgever gezien kan worden.

Heeft het verrijkingsfeit zich niet voorgedaan in het kader van een overeenkomst tussen de eiser en de gedaagde, dan biedt, zoals Damminga reeds eerder heeft betoogd,²⁰⁴ artikel 6:1 BW in relatie tot de *Quint/Te Poel*-formule een mogelijke uitkomst. De verrijkingsaanspraak moet dan – net als andere verbintenissen die geen grondslag hebben in de wet- passen in het stelsel

200 Voorbeeld gevonden bij: Van Boom 2002, p. 106.

201 Vrij naar: House of Lords, 27 juli 2000, Attorney General v Blake, 2000 WL 989475. Zie over deze zaak o.a. Linssen 2001, p. 606; Van Boom 2002, p. 107.

202 Vrij naar: HR 25 maart 1926, NJ 1926/777. Daarover: Damminga 2014, p. 198.

203 Zie par. 2.8.4.

204 Damminga 2014, p. 195-200.

van de wet en aansluiten bij wel in de wet geregelde gevallen.²⁰⁵ In de meest krasse gevallen zal deze weg begaanbaar zijn. Zeker omdat, zoals Linsen heeft opgemerkt, de wetgever niet heeft gemotiveerd waarom schade een grens van verrijkingsaansprakelijkheid behoort te zijn.²⁰⁶ Hoe groot die ruimte is, zal echter afhangen van het antwoord op de vraag, hoe ver de rechter hier zou willen gaan. De weg van *Quint/Te Poel* zal ongetwijfeld nauwer zijn, dan de weg die artikel 6:212 lid 1 BW zou bieden, als de bepaling geen schade zou vereisen. In mijn optiek mag de rechter ruimhartig zijn, vanwege de gedachte dat iemand niet zomaar mag profiteren van zijn onrechtmatige gedrag.²⁰⁷

5.3.6 Redelijke toerekening

De vaststelling en begroting van de schade in een verrijgingsrechtelijke context is nu behandeld. Thans wordt bezien hoe enkele andere leerstukken uit het schadevergoedingsrecht moeten worden toegepast in het kader van artikel 6:212 lid 1 BW. Op bepaalde punten zullen de bijzondere regels meerwaarde hebben. Soms ligt die meerwaarde in de nadere articulatie van de norm, soms is de meerwaarde fundamenteeler van aard.

Een belangrijk leerstuk op het kruispunt van het schadevergoedingsrecht en het aansprakelijkheidsrecht is de leer van de redelijke toerekening van artikel 6:98 BW. De laedens is alleen aansprakelijk voor de schade van de gelaedeerde, als deze schade in een oorzakelijk verband staat met de gebeurtenis waarop diens aansprakelijkheid berust. Vereist is (de waarschijnlijkheid van) een *condicio sine qua non* verband. Zou de schade ook zijn ontstaan zonder de gewraakte gebeurtenis? Is het antwoord bevestigend, dan ontbreekt het *condicio sine qua non* verband; is het antwoord ontkennend, dan is het *condicio sine qua non* verband aanwezig. Probleem is, dat het *condicio sine qua non* verband een *feitelijk* en verder niet gedifferentieerd criterium is, dat (meestal) te ruim is: elke gebeurtenis heeft in de regel een oneindige keten van gebeurtenissen tot gevolg, zodat het gevaar dreigt dat de omvang van de aansprakelijkheid te ruim wordt getrokken.²⁰⁸ Artikel 6:98 BW – de toerekening naar redelijkheid – biedt een normatieve toets, waarmee als het ware de schadelijke gevolgen kunnen worden geselecteerd die redelijkerwijs aan de aansprakelijke persoon kunnen worden toegerekend.²⁰⁹ Artikel 6:98 BW luidt als volgt:

‘Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.’

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

206 Linssen merkt fijntjes op, dat hij de ratio legis van het schadevereiste van art. 6:212 lid 1 BW nergens heeft kunnen aantreffen. Zie: Linssen 2002, p. 66.

207 Zie Schrage 2017, nr. 123 en de aldaar vermelde Engelse rechtspraak.

208 Asser/Sieburgh 6-II 2017/50.

209 Asser/Sieburgh 6-II 2017/50; Klaassen 2017, nr. 18-19; Lindenberg 2014, nr. 13.

Kort gezegd vormt artikel 6:98 BW de noodzakelijke brug van een grof feitelijk causaal verband (het CSQN-verband) naar een genuanceerd juridisch causaal verband. De vraag kan worden gesteld of deze ‘brug’ ook nodig is voor de aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking.

Die vraag kan voor de meeste gevallen van ongerechtvaardigde verrijking ontkennend worden beantwoord. Artikel 6:212 lid 1 BW eist geen *condicio sine qua non* verband tussen de verrijking en de schade, zodat de nuancering van artikel 6:98 BW niet steeds mogelijk en/of nodig is.²¹⁰ Hartkamp verwoordt het aldus – zoals we eerder hebben gezien – dat de aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking niet zozeer de aansprakelijkheid voor de nadelige gevolgen van een bepaalde gebeurtenis is (waar het CSQN-verband het startpunt is); de aansprakelijkheid betreft veeleer de toestand dat de aansprakelijke persoon ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de eiser.²¹¹

Toch kan artikel 6:98 BW soms ook op een geval van ongerechtvaardigde verrijking van toepassing zijn. Wij kunnen denken aan het geval waarin de gedaagde ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de eiser doordat hij een wettelijke norm heeft geschonden,²¹² aan een geval waarin de gedaagde ongerechtvaardigd is verrijkt omdat hij heeft geprofiteerd van andermans wanprestatie²¹³ en aan het geval dat de gedaagde uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking aansprakelijk is voor een rechtmatige gevaarstelling.²¹⁴ In dit soort gevallen kan artikel 6:98 BW worden toegepast zoals de bepaling wordt toegepast in het overige buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.

5.3.7 Voordeelstoerekening

‘Heeft’, zo bepaalt artikel 6:100 BW, ‘een zelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel opgeleverd, dan moet, voor zover dit redelijk is, dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening worden gebracht.’²¹⁵ In het verrijkingsrecht is deze bepaling met name interessant in meerpartijenverhoudingen.²¹⁶

210 Hartkamp 2001, p. 314-315, anders Koohoven 2011, p. 99.

211 Hartkamp 2001, p. 314-315.

212 Zie par. 10.6.2.

213 Zie par. 10.6.3.

214 Zie par. 10.6.4.

215 Zie daarover: Asser/Sieburgh 6-II 2017/99 .e.v. Het is volgens Lindenberg één van de beginselen van het schadevergoedingsrecht, zie: Lindenberg 2014, nr. 14. Zie voor een voorbeeld in verrijkingsrechtelijke context (al wordt 6:100 niet genoemd): Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch 1 mei 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1832.

216 Hartkamp wijst op artikel 6:100 BW als hij stelt dat nader onderzoek naar de verrijkingsrechtelijke invulling van het schadevergoedingsrecht wenselijk is, zie: Hartkamp 2001, p. 315; Koohoven stipt de bepaling aan, zie Koohoven 2011, p. 64-65.

Zoals we hiervoor hebben gezien,²¹⁷ doet het feit dat de verrijkings-schuldeiser een vordering heeft tegen een ander dan de verrijkte, niet noodzakelijk af aan het feit dat de eiser schade heeft geleden. Het volgt uit het *Setz/Brunings*-arrest.²¹⁸ De omstandigheid dat een aannemer een vordering heeft op zijn contractuele wederpartij, staat niet per definitie in de weg aan een verrijkingssactie van de aannemer op de grondeigenaar op wiens grond hij het bouwwerk geplaatst heeft. Wordt de weg van de verrijkingssactie in dit soort gevallen met behulp van de door Van Maanen bepleite verarmingstechniek categorisch afgesloten,²¹⁹ dan dreigt het kind met het badwater te worden weggespoeld omdat de verrijkingssactie dan steeds – los van de concrete omstandigheden van het geval – wordt afgewezen. Dat past niet bij een bron van verbintenissen die het vermogensrecht aan beoogt te vullen om onvoorziene gevallen van een oplossing te voorzien.

Wat in mijn optiek wél kan, is dat de vordering van de aannemer op contractspartij A meegenomen wordt in het kader van de voordeelsverrekening op de voet van artikel 6:100 BW. Op basis van dit artikel kan de waarde van de vordering in mindering worden gebracht op het schadebedrag, maar alleen *voor zover dit redelijk* is. In het kader van deze redelijkheidstoets kan wél rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval. Zijn er, in het gegeven voorbeeld, géén bijzonderheden in de verhouding tussen de aannemer en diens contractuele wederpartij, dan is goed verdedigbaar dat op grond van artikel 6:100 BW aangenomen moet worden dat de aannemer geen schade heeft, omdat hij een vordering heeft op zijn contractuele wederpartij die de schade dekt. Een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt via het redelijkheidsvereiste uit art. 6:212 lid 1 BW. Als er geen bijzonderheden zijn, zou betoogd kunnen worden, dat het onredelijk is indien de aannemer de grondeigenaar aanspreekt.

5.3.8 Eigen schuld

5.3.8.1 Algemeen

Op grond van artikel 6:101 BW lid 1 BW wordt van het uitgangspunt afgeveken dat de benadeelde de schade van de benadeelde volledig moet vergoeden indien de schade mede het gevolg is van omstandigheden die aan de benadeelde kunnen worden toegerekend. Zijn dergelijke omstandigheden aanwezig, dan wordt de schade over de benadeelde en de aansprakelijke persoon verdeeld op de voet van een tweeledige maatstaf.²²⁰ Eerst (in de

²¹⁷ Zie par. 5.3.2.2.

²¹⁸ HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7249, NJ 1997/719, m.nt. Jac Hijma (*Setz/Brunings*), r.o. 3.4.2.

²¹⁹ Zie daarover par. 5.3.2.2.

²²⁰ Zie bijvoorbeeld: Asser/Sieburgh 6-II 2017/114; J. Spier, *Schadevergoeding: algemeen, deel 3* (*Mon. NBW B36*), Deventer: Kluwer 1992, nr. 6-7; *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding* (Hartlief), nr. 227.

1^e fase) wordt gekeken naar de wederzijdse causaliteit; de schade wordt verdeeld in 'evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen'; dit vormt het uitgangspunt. Daarna (in de 2^e fase) wordt bezien of de billijkheid tot een andere verdeling noopt vanwege de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden; op basis hiervan kan de schadevergoedingsverbinding geheel in stand blijven, geheel vervallen of uitkomen op elke procentuele verdeling die daar tussenin zit.

De vraag is of de verrijkte gedaagde zich met vrucht op eigen schuld van de eiser kan beroepen. Los van de vraag of naast het redelijkheidsvereiste behoefte is aan een bepaling als artikel 6:101 lid 1 BW, is de vraag gerezen of de eigen schuld-regeling überhaupt bij een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking van toepassing is.

Hartkamp wijst erop dat een letterlijke toepassing van artikel 6:101 lid 1 BW tot onjuiste resultaten leidt omdat de bepaling een causale maatstaf bevat (de primaire maatstaf is de zogenoemde wederzijdse causaliteit).²²¹ Niet zelden zal de verarmde eiser zelf, zij het ongewild, zijn verarming hebben bewerkstelligd terwijl de verrijkte gedaagde alleen maar 'ontvangen' heeft zonder dat daar zijn doen of nalaten aan ten grondslag ligt. Hartkamp wijst op het voorbeeld waarin de bank, zonder opdracht daartoe, een schuld van zijn cliënt voldoet. Als artikel 6:101 lid 1 BW in dit soort gevallen woordelijk wordt toegepast dan, zo merkt Hartkamp op, leidt de wederzijdse causaliteit tot een verdeling waarin de eiser zijn schade zelf te dragen heeft. Volgens Hartkamp is een correctie op grond van de billijkheid mogelijk, maar kunstmatig omdat de behoefte aan correctie niet zozeer besloten liggen in de omstandigheden van het geval als wel in de aard van de aansprakelijkheid. Het alternatief is volgens Hartkamp om artikel 6:101 lid 1 buiten toepassing te laten als het gaat om verrijkingsgevallen.²²²

In mijn optiek kan artikel 6:101 lid 1 BW niet zomaar buiten toepassing worden gelaten, omdat dit nu eenmaal een geldende regel van het schadevergoedingsrecht is. Doet de gedaagde er een beroep op ter afwering van diens aansprakelijkheid, dan moet dit verweer op zijn merites worden beoordeeld. Het zou onaanvaardbaar zijn als hij zijn verweer heeft aangekleed als een eigen schuld-verweer en hij vanwege de bijzondere aard van de verrijkingsaansprakelijkheid nul op het rekest krijgt.²²³ Wél is het zo, dat het verweer niet snel zal slagen omdat het vaak zal afstuiten op de billijkheidscorrectie. Hartkamp noemt dit 'kunstmatig'. In mijn optiek is het de consequentie van het gegeven dat het burgerlijk wetboek één uniform, maar flexibel, schadevergoedingsrecht kent, dat van toepassing is op de atypisch

221 Hartkamp 2001, p. 315.

222 Hartkamp 2001, p. 315.

223 Overigens zal de soep niet altijd zo heet worden gegeten, het is mogelijk om het beginsel van art. 6:101 lid 1 BW toe te passen in het kader van het redelijkheidsvereiste van art. 6:212 lid 1 BW. Zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem 4 mei 2010, *NJF* 2010/227.

verrijkingsactie (de billijkheidscorrectie van artikel 6:101 is één van de verschijningsvormen van deze flexibiliteit). Het doel van de verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis is anders dan de andere verbintenissen die strekken tot schadevergoeding. Het eigen schuld-leerstuk is normaliter een uitzondering op de regel dat de eenmaal aansprakelijke persoon de volledige schade moet vergoeden. Wordt dit leerstuk daarentegen toegepast op ongerechtvaardigde verrijking, dan vormt het een uitzondering op de ongedaanmaking van de ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde.

Het grote gewicht van de billijkheidscorrectie is daarom goed verklaarbaar (en niet direct kunstmatig). De primaire verdelingsmaatstaf (de wederzijdse causaliteit) werkt inderdaad niet goed in een geval van ongerechtvaardigde verrijking, dat is duidelijk. Niet zelden zal de eiser diens verarming geheel aan zichzelf te wijten hebben (100%) terwijl de verrijkte gedaagde er geen hand in gehad heeft (0%). Dat op die enkele grond de eiser de schade moet dragen is niet aansprekend.²²⁴ Dit kan aan de hand van de ratio van artikel 6:101 lid 1 BW worden verhelderd. De ratio van de eigen schuldregel is volgens Hartkamp & Sieburgh dat de schade die iemand door eigen schuld veroorzaakt zélf moet dragen en dat de door de dader onrechtmatig veroorzaakte schade door hem moet worden vergoed.²²⁵ De *nadelige gevolgen* van een gebeurtenis worden over de eiser en de gedaagde verdeeld.

Zoals wij echter eerder hebben gezien, verschilt een geval van ongerechtvaardigde verrijking van een geval van het reguliere aansprakelijkheidsrecht doordat er in een verrijkingsgeval vanuit een partijneutraal perspectief vaak geen schade is. De schade van de benadeelde die voor vergoeding in aanmerking komt, bevindt zich als verrijking in het vermogen van de bevoordeelde zodat er in de regel geen last is die over beide partijen moet worden verdeeld. Daarom zal de verdeling die in de eerste fase uit de wederzijdse causaliteit voortvloeit – 100% (eiser) om 0% (gedaagde) – in de tweede fase krachtens de billijkheidscorrectie helemaal omgedraaid kunnen worden en in de regel omgedraaid moeten worden. Dit past ook bij het doel van de verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis. Die is, als gezegd, niet gericht op volledige schadevergoeding, maar slechts op de ongedaanmaking van de ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde.²²⁶ Daarom zal een beroep op eigen schuld van de verrijkte gedaagde niet zomaar slagen.

224 Zie bijvoorbeeld: Hof Den Haag 17 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3088 (Gemeente Haarlemmermeer/Stichting ICTU).

225 Asser/Sieburgh 6-II 2017/110; Spier 1992, nr. 2.

226 Art. 6:101 is niet van toepassing op de ongedaanmakingsverbintenis n.a.v. een onverschuldigde betaling. Zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem-Leeuwarden 30 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4823.

5.3.8.2 Drie typen gevallen

Het bovenstaande betekent niet dat een beroep op eigen schuld van de gedaagde nimmer kans van slagen heeft. Met name in drie typen gevallen van ongerechtvaardigde verrijking is er potentieel een effectieve rol weggelegd voor het eigen schuld-verweer.

Dit is in de eerste plaats het geval als de eiser willens en wetens de gedaagde een voordeel toewerpt dat hij naderhand op grond van ongerechtvaardigde verrijking terugvordert. Gedacht kan worden aan een energiebedrijf dat na het moment van opzegging een tijdlang energie blijft leveren.²²⁷ Of aan een bank die, tegen de uitdrukkelijke wil van haar cliënt, een aantal rekeningen van de cliënt betaalt.²²⁸ In dit soort gevallen, waarin de schuldeiser wel heel slordig handelt, zou het verweer met succes naar voren gebracht kunnen worden, óók als er geen sprake is van een opgedrongen bestedingspatroon. Wie welbewust zichzelf schade toebrengt, heeft ook van het verrijktingsrecht geen heil te verwachten.

In de tweede plaats kan gedacht worden aan gevallen waarin de gedaagde wel degelijk nadeel ondervindt indien hij met succes aangesproken zou worden uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Wanneer de gedaagde schadevergoeding in geld moet betalen voor een door hem niet gewenst voordeel, wordt hem een bestedingspatroon opgedrongen. Moet de gedaagde daarvoor schadevergoeding in geld betalen, dan kan de gedaagde in een (althans in zijn optiek) nadeliger positie komen. Gedacht kan worden aan een geval waarin de man (een echte klusser), er bij de vrouw waarmee hij samenwoont op heeft aangedrongen om haar woning een flinke opknappbeurt te geven. In een dergelijk geval komt een geslaagd beroep op eigen schuld mogelijk in beeld.

In de derde plaats kan gedacht worden aan gevallen, die in het verlengde liggen van het onrechtmatigedaadsrecht. Gedacht kan worden aan een vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking vanwege een rechtmatige gevaarstelling.²²⁹ Een rechtsfiguur die verderop in dit boek zal worden geïntroduceerd en toegelicht. Artikel 6:101 is dan op gelijke wijze van toepassing als het geval zou zijn bij een normaal geval van buitencontractuele aansprakelijkheid.

Uiteraard is het mogelijk dat er buiten deze drie groepen een geval van ongerechtvaardigde verrijking rijst, waarbij een beroep op eigen schuld wordt gehonoreerd. Het volgende voorbeeld is illustratief. De NMB-bank

227 Rb. Haarlem 28 december 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BV0329, *Prg* 2012/51. De kantonrechter had aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking afgewezen omdat het niet redelijk is; een consument mag er niet de dupe van worden dat Oxxio zijn administratie niet op orde heeft. Ditzelfde ook in de sleutel van art. 6:101 lid 1 BW gezet kunnen worden.

228 Vrij naar het geval uit: HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6100, *NJ* 2002/118, m.nt. Jac. Hijma (Standard/ING). Ook Hartkamp noemt dit geval als mogelijke casus waarop art. 6:101 lid 1 BW kan worden toegepast. Zie: Hartkamp 2001, p. 315.

229 Zie par. 10.6.4.

(eisende partij) betaalt op grond van een bankgarantie de contractuele boete die gedaagden aan de verkoper moeten betalen in het kader van (de mislukte afwikkeling van) de koop van een huis.²³⁰ De bankgarantie is echter verstrekt doordat de tussenpersoon verkeerde gegevens aan de bank had doorgegeven en valselijk de handtekeningen van de gedaagden op 'de bankgarantie' had gezet. Bij gebrek aan een contractuele grondslag vordert de bank van gedaagden de aan de verkoper betaalde boete op grond van ongerechtvaardigde verrijking: de bank heeft immers de schuld (de boete) van gedaagden voldaan. Het beroep op eigen schuld slaagt, in die zin dat het beginsel in de redelijkheidstoets van artikel 6:212 lid 1 BW wordt ingelezen. De gedaagden hoeven slechts 25% van de strop te dragen. De bank had (kort gezegd) door eigen onderzoek de fraude eerder aan het licht kunnen brengen, waardoor de schade aan de kant van de gedaagden – mogelijk – nihil zou zijn geweest.

Opgemerkt moet worden, dat het verminderen van de aansprakelijkheid op grond van eigen schuld op de voet van artikel 6:101 BW meer in het algemeen evenzeer kan worden bereikt via het redelijkheidsvereiste van de algemene verrijkingsactie. Voordeel van de figuur van de eigen schuld is echter, dat het verweer als concrete bepaling gearticuleerd en wel in de wet ligt.

5.3.9 Vorm van schadevergoeding

5.3.9.1 Algemeen

Artikel 6:103 BW bepaalt dat de eenmaal verschuldigde schadevergoeding in beginsel in geld voldaan moet worden.²³¹ Krachtens ditzelfde wetsartikel kan de rechter een schadevergoeding in een andere vorm dan geld toekennen, maar dit kan hij alleen als de benadeelde dit vordert. De gedachte is, dat de benadeelde niet tegen zijn wil schadevergoeding in een andere vorm dan geld opgedrongen moet kunnen krijgen.²³² Schadevergoeding in natura is daarmee een *discretionaire* bevoegdheid van de rechter die hij enkel op vordering van de benadeelde kan uitoefenen. Heeft de eiser recht op schadevergoeding, dan kan de eiser normaal gesproken kiezen of hij dit in geld wil hebben of dat hij de rechter vraagt om zijn discretionaire bevoegdheid te gebruiken.

Als het gaat om een geval van ongerechtvaardigde verrijking, kan worden afgevraagd of deze uitgangspunten onverkort gelden. Deze twijfel wordt ingegeven door het feit dat schadevergoeding in natura in sommige gevallen het best past bij het doel van de verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis: het ongedaan maken van een ongerechtvaardigde

230 Hof Arnhem 4 mei 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM3282, NJF 2010/227.

231 Zie bijvoorbeeld: Asser/Sieburgh 6-II 2017/21; Tigelaar, *GS Schadevergoeding*, art. 6:103 BW, aant. 1; Spier 1992 nr. 21

232 Asser/Sieburgh 6-II 2017/21; Spier 1992, nr. 24; Tigelaar, *GS Schadevergoeding*, art. 6:103 BW, aant. 3.

verrijking. Is een partij dakpannen die aan de eiser toebehoorde op het dak van de gedaagde terechtgekomen, dan zal in veel gevallen schadevergoeding in natura – restitutie van de dakpannen – de aangewezen vorm van schadevergoeding zijn, óók als de eiser dit niet met zoveel woorden vordert. Het is goed denkbaar dat in een geval als dit schadevergoeding in geld in het geheel niet mogelijk is omdat de gedaagde dan een bestedingspatroon opgedrongen zou krijgen.²³³

Is die bevoegdheid van de rechter wel in te passen in het schadevergoedingsrecht? In mijn optiek wel. In weerwil van de bewoordingen van artikel 6:103 BW kan worden beargumenteerd, dat de rechter die bevoegdheid heeft, ook zonder dat de eiser dit gevorderd heeft omdat de aansprakelijke persoon slechts schadevergoeding verschuldigd is 'voor zover dit redelijk is'.²³⁴ Geld zit er – als gezegd – soms niet in. Het is ook de vraag of de bevoegdheid in het dakpan-voorbeeld wel zo discretionair is omdat schadevergoeding in natura in dat geval wel erg voor de hand ligt, temeer omdat het geval erg lijkt op het geval waarin aan iemand zonder rechtsgrond een goed wordt gegeven. Artikel 6:203 lid 1 BW strekt dan tot teruggave van dit goed.

Meer in het algemeen is het zo, dat schadevergoeding in natura in het verrijksrecht een aantrekkelijke kaart kan zijn omdat de gedaagde bij een geldelijke schadevergoeding geregeld zal kunnen tegenwerpen dat hem bij toewijzing een ongewenst bestedingspatroon opgedrongen zou worden. De rechter kan bij het kiezen van een alternatieve vorm van schadevergoeding – in mijn optiek – creatief te werk gaan omdat hij in het kader van artikel 6:103 BW een grote mate van vrijheid heeft. Daarmee kan hij een oplossing kiezen die past bij de aard van het voorliggende verrijkingsgeval.

5.3.9.2 Een algemeen verrijkingsrechtelijk wegneemrecht

In dit verband kan worden gedacht aan een casuspositie die ik in een artikel in *Ars Aequi* heb geschetst:²³⁵

'Eén van de klassieke, maar in de Nederlandse literatuur ietwat onderbelichte verrijkingsrechtelijke thema's is de problematiek van de opgedrongen verrijking. Men denke aan een geval als het volgende. A bouwt in de veronderstelling op zijn eigen grond te bouwen een huis op de grond van de afwezige B, waardoor de laatste door middel van natrekking eigenaar van het huis wordt. B – civilist in hart en nieren – komt terug van vakantie en ontdekt tot zijn vreugde dat hij thans de eigenaar is van een villa met zicht op zee. Deze en soortgelijke casusposities bezorgen civilisten een ongemakkelijk gevoel. Zowel een toe- als afwijzing van de verrijkingsactie heeft in dit geval iets onbevredigends. Als de verrijkingsactie zonder meer wordt toegelaten, dan moet B een gigantisch vermogen betalen voor een bouwwerk waar hij niet om heeft gevraagd. Als een beroep op de verrijkingsactie wordt afgewezen, dan lijdt A een grote financiële strop terwijl B aanzienlijk is verrijkt.'

233 Zie daarover: Van der Linden 2013, p. 11-20.

234 In gelijke zin: Asser/Sieburgh 6-II 2017/21; Tigelaar, *GS Schadevergoeding*, art. 6:103 BW, aant. 3.

235 Van der Linden 2013, p. 11.

In het bewuste artikel betoogde ik dat uit het aan het systeem van het vermogensrecht ten grondslag liggende autonomiebeginsel voortvloeit dat een opgedrongen verrijking – zoals de villa met zicht op zee uit bovenstaand voorbeeld – in beginsel níet voor schadevergoeding in aanmerking komt omdat dit zou leiden tot een opgedrongen bestedingspatroon. Dit zou alleen anders kunnen zijn als de verplichting tot schadevergoeding geen wezenlijke aantasting van de autonomie van de gedaagde zou zijn. Ik dacht aan het geval dat het object van de verrijking liquide geworden zou zijn of als (kort gezegd) de wijze waarop de verarming en de verrijking ontstaan zijn, aan de gedaagde zou kunnen worden toegerekend.²³⁶

Een echte oplossing voor de door A op de grond van B gebouwde villa – die recht doet aan het belang van beiden partijen – gaf ik helaas niet. Ik denk dat artikel 6:103 BW hier echter van dienst kan zijn. In mijn optiek zou de rechter bij wijze van schadevergoeding op de voet van artikel 6:103 jo. 6:212 lid 1 BW aan A een wegneemrecht kunnen toekennen zoals een huurder (7:216 lid 1 BW), een hypotheekgever (3:266 BW) en een bezitter (3:123 BW) een wegneemrecht hebben.²³⁷ Dat wil zeggen, dat A de villa weg mag nemen mits hij B schadeloosstelt voor de eventuele schade die hij als gevolg van het wegbreken lijdt. Weliswaar zal een gesloopte villa niets of weinig opleveren, maar een wegneemrecht verschaft degene die een dergelijk recht heeft, zoals Mijnsen al eens heeft opgemerkt,²³⁸ een *onderhandelingspositie*. Wat A door het wegneemrecht *de facto* verkrijgt is een positie waarmee hij met B in onderhandeling kan treden. Slagen de onderhandelingen – en sluiten de partijen over het object van de verrijking een overeenkomst – dan heeft A een deel van de bouwkosten terug, terwijl B's verrijking vanaf dat moment wordt gerechtvaardigd door diens overeenkomst met A.

Met enige nadruk moet erop worden gewezen, dat de bevoegdheid om een wegneemrecht toe te kennen een *discretionaire* bevoegdheid is, waarvan alleen na ampel beraad gebruik gemaakt moet worden. Het is een salomonsoordeel. De oplossing leidt in het uiterste geval tot een wel heel rigoureuze wijze van ongedaanmaking van de ongerechtvaardigde verrijking: fysieke vernietiging van de verrijking. Maar het is ook een oplossing waarbij partijen naar de onderhandelingstafel geleid kunnen worden.

5.3.10 Matiging

Op grond van artikel 6:109 lid 1 BW heeft de rechter de bevoegdheid om de verplichting tot 'volledige schadevergoeding' te matigen indien deze verplichting voor de aansprakelijke persoon tot kennelijk onaanvaardbare

236 Van der Linden 2013, p. 20.

237 In het huurrecht strekt dit wegneemrecht ertoe een ongerechtvaardigde verrijking van de verhuurder te voorkomen. Zie: HR 25 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4373, NJ 2005/338 (Dupomex/Duijvelaar), r.o. 3.3.

238 Mijnsen 2006, nr. 3.

gevolgen zou leiden. Deze op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde bevoegdheid van de rechter wordt in de literatuur gepositioneerd als de uitzondering op de regel dat de aansprakelijke persoon de schade *volledig* moet vergoeden.²³⁹ Gebruikt de rechter de bedoelde bevoegdheid in een geval van ongerechtvaardigde verrijking, dan vormt de matiging een uitzondering op het uitgangspunt dat de verrijking (binnen de grenzen van het schadevergoedingsrecht) ongedaan moet worden gemaakt. Matigt de rechter de schadevergoeding, dan mag de gedaagde de ongerechtvaardigde verrijking die hem is toegevallen (deels) behouden. Dit zou althans de consequentie zijn als de rechter de matigingsbevoegdheid ten gunste van de gedaagde toepast. Is er bij de verrijgingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis ruimte voor matiging, en zo ja, welke omstandigheden zijn van belang voor de toepassing ervan?

Het is goed om vast te stellen dat de matigingsbevoegdheid meerwaarde heeft ten opzichte van het redelijkheidsvereiste. Het redelijkheidsvereiste is objectief van karakter. In het kader van de matigingsbevoegdheid ex artikel 6:109 lid 1 BW moet veeleer worden gekeken naar de omstandigheden waarin de verrijkingsschuldenaar en -schuldeiser zich bevinden. Hierbij is aan de onderlinge draagkracht te denken, en dan met name aan de beperkte draagkracht van de gedaagde.²⁴⁰

Bij de toepassing van artikel 6:109 lid 1 BW moet de rechter rekening houden met alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de rechtsverhouding tussen partijen en de onderlinge draagkracht.²⁴¹ Bezieet men het eerste punt – de aard van de aansprakelijkheid – dan kunnen twee karakteristieken van de verrijkingsaansprakelijkheid worden aangewezen die, wat de mogelijkheden tot rechterlijke matiging betreft, elk een andere richting uitwijzen. Het feit dat schuld géén vereiste is voor het ontstaan van aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, kan reden zijn om de schadevergoeding in een geval van beperkte draagkracht eerder te matigen, net zoals matiging eerder op zijn plaats is als er sprake is van een risicoaansprakelijkheid. Wat echter vaak aan matiging in de weg zal staan – en dat is het tweede punt – is dat er tegenover de verplichting tot het betalen van schadevergoeding een verrijking staat. De gedaagde moet de verrijking aan de eiser in de vorm van schadevergoeding restitueren. Niet meer. Het aspect van de draagkracht zal dan snel(ler) uit beeld verdwijnen dan het geval is bij een andersoortige aansprakelijkheid. Maar hierbij moet worden bedacht, dat de verrijking soms in een niet-liquide vorm in het vermogen van de gedaagde aanwezig is, terwijl de schadevergoedingsverplichting kan strekken tot geldelijke vergoeding.

239 Asser/Sieburgh 6-II 2017/176; Lindenbergh 2014, nr. 12.

240 M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 7.

241 Asser/Sieburgh 6-II 2017/179.

Het voorgaande kan worden geïllustreerd aan de hand van het volgende voorbeeld. De eiser verbouwt gedurende zijn affectieve relatie met de gedaagde in eigen tijd en met eigen middelen het huis van de gedaagde, dit omdat de eiser er mét de gedaagde vanuit gaat dat de relatie nog in lengte van jaren voort zal duren. Het lot bepaalt echter anders en de eiser vordert – nadat de relatie is beëindigd – schadevergoeding op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Wanneer aan alle vereisten van artikel 6:212 lid 1 BW is voldaan, is de gedaagde in beginsel verplicht om de schade van de eiser tot het bedrag van diens verrijking te vergoeden. Een verbouwing van een huis kan echter flink in de papieren lopen. Als de gedaagde het niet breed heeft, kan de vraag rijzen of er termen zijn voor rechterlijke matiging van de op de gedaagde rustende schadevergoedingsverplichting. De omstandigheid dat de verrijkingsaansprakelijkheid van de gedaagde niet gebaseerd is op schuld, kan, in combinatie met een beperkte draagkracht van de gedaagde (mede gezien in verhouding tot de draagkracht van de eiser) reden zijn de schadevergoeding te matigen. De aard van de verrijkingsaansprakelijkheid brengt dit met zich. Verkoopt de gedaagde het huis echter, dan speelt de beperkte draagkracht van de eiser – in mijn optiek – een minder grote rol omdat de verrijking dan liquide geworden is. De meeropbrengst van de verkoop ‘behoort’ de eiser toe zodat van matiging in principe geen sprake meer kan zijn. Wellicht kunnen zwaarwegende omstandigheden aan de kant van de gedaagde dit anders doen zijn.

Soms kan de specifieke aard van het verrijkingsgeval pleiten tégen rechterlijke matiging. Gedacht kan worden aan een voorbeeld als het volgende. De gedaagde leent een som geld en de eiser besluit om hem moverende redenen deze schuld van de gedaagde te voldoen op de voet van artikel 6:30 BW. De eiser kan de gedaagde in beginsel aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Als aan de vereisten van artikel 6:212 lid 1 BW is voldaan – inclusief het redelijkheidsvereiste (de betaling doorbreekt niet het betalingsbeleid van de gedaagde)²⁴² – dan is er volgens mij geen ruimte voor rechterlijke matiging in de zin van artikel 6:109 lid 1 BW. Datgene wat de gedaagde aan de eiser moet betalen, komt overeen wat hij krachtens een overeenkomst van geldleen verschuldigd zou zijn hetgeen – behoudens schuldsanering – een niet te matigen verplichting is.

242 Zie daarover Snijders 2001, p. 14.

5.4 VERRIJKING TEN KOSTE VAN DE EISER

5.4.1 Inleiding

De gedaagde moet verrijkt zijn *ten koste* van de eiser. In de literatuur wordt ook wel gesproken van een (causaal) verband tussen de verrijking van de gedaagde en de schade van de eiser.²⁴³ Deze aanduiding is mogelijk omdat het Nederlandse recht als apart vereiste stelt dat de verarmde *schade* heeft geleden, zodat in het kielzog daarvan gevraagd kan worden naar een verband tussen de schade van de eiser en de verrijking van de gedaagde. Vanuit het vertrekpunt dat de eiser schade heeft geleden en de gedaagde is verrijkt, gaat het er bij het ten-koste-van-vereiste nog om, dat de verrijking en de schade met elkaar in verband kunnen worden gebracht. Om wat voor een verband moet het gaan?

5.4.2 De aanpak van de wetgever en de Hoge Raad

5.4.2.1 Wetgever

In de wet wordt de eis dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser is gegaan, niet nader ingevuld. Uit de parlementaire geschiedenis is af te leiden dat de invulling van het vereiste verband tussen de verrijking en de verarming bewust is opengelaten door de wetgever. Het volgende wordt daar opgemerkt:

‘Een eerste vereiste voor een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking is, dat aan de aangesprokene een verrijking is ten deel gevallen en wel een verrijking, die verkregen werd ten koste van degenen die vergoeding van zijn schade eist. Er moet dus een zeker verband zijn tussen de verrijking van de gedaagde en de schade van de eiser. Het is niet mogelijk in de wet een criterium te geven ter beantwoording van de vraag of in een bepaald geval de verrijking al dan niet ten koste van een ander is geschied; dit moet aan de rechtspraak worden overgelaten.’²⁴⁴

Twee dingen vallen op. In de eerste plaats de wijze waarop het ten-koste-van-vereiste wordt geïntroduceerd. Er moet een ‘zeker’ verband bestaan tussen de verrijking van de gedaagde en de verarming van de eiser. Heel veel losser had de wetgever het volgens mij niet kunnen formuleren. In de tweede plaats wordt het nadrukkelijk aan de rechtspraak overgelaten om

243 Zie bijvoorbeeld: Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 5 (online, laatst bijgewerkt op 1 januari 2012); Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 313; Hijma/Olthof 2017, nr. 450; Schrage 2017, nr. 130; Biegan-Hartogh 1971, p. 8; Engelhard & Van Maanen 1998, p. 314-315; Nieskens-Isphording 1998, p. 101; Janssen 2009, p. 155-167; Damminga 2014, p. 187; Koolhoven 2011, p. 91 e.v. Opmerkelijk is dat in Asser/Hartkamp/Sieburgh bij de bespreking van het *ten-koste-van-vereiste* niet wordt gesproken van een causaal verband tussen de verrijking en de verarming.

244 PG Boek 6, p. 829.

het vereiste verband tussen de verrijking en de verarming nader te concretiseren. Dit wil zeggen dat van geval tot geval bekeken zal moeten worden, of er een rechtens relevant verband bestaat tussen de verrijking en de verarming.

5.4.2.2 *Jurisprudentie; indirecte verrijking*

De laconieke wijze waarop in de parlementaire geschiedenis het vereiste causale verband wordt geïntroduceerd, klinkt in de – schaarse – rechtspraak van de Hoge Raad door.²⁴⁵ Een bekend voorbeeld is het arrest *Setz/Brunings*.²⁴⁶ Condico verkoopt een perceel aan Brunings voor \$ 80.000. Als Brunings ongeveer de helft betaald heeft, komt hij in betalingsmoeilijkheden. Condico verkoopt en levert het perceel opnieuw, ditmaal voor \$ 47.000 aan Setz. De eerste koper Brunings spreekt vervolgens de tweede koper Setz aan op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Brunings betoogt dat Setz de grond enkel en alleen voor zulk een laag bedrag heeft kunnen verkrijgen, door de eerdere betalingen van Brunings aan Condico. Alleen vanwege die eerdere betalingen zou Condico bereid zijn geweest de grond voor \$ 47.000 in plaats van \$ 80.000 aan Setz van de hand te doen. Het hof wijst de verrijkingssactie toe.

In cassatie wordt onder meer een klacht geformuleerd tegen het oordeel van het hof, dat de verrijking van Setz ten koste van Brunings is gegaan. De tweede koper Setz lijkt vooral te zijn verrijkt ten koste van verkoper Condico. Het is Condico die een vermogensbestanddeel voor een (te) lage prijs van de hand doet²⁴⁷ en Condico zal in beginsel de eerste koper Brunings het door hem betaalde terug moeten betalen. Toch laat de Hoge Raad het oordeel van het hof, dat Setz is verrijkt ten koste van Brunings, in stand en geeft daarmee van de opvatting blijk dat er ook een voldoende verband tussen de verrijking en de verarming kan zijn als het verband niet direct is, maar indirect.²⁴⁸ De Hoge Raad overweegt hiertoe het volgende:²⁴⁹

‘De gedachtengang die het Hof tot zijn bestreden oordeel heeft geleid, moet klaarblijkelijk aldus worden begrepen dat, in aanmerking genomen dat Setz het perceel, dat US\$ 80 000 waard was, uitsluitend voor niet veel meer dan de helft van de waarde heeft kunnen kopen als gevolg van de omstandigheid dat Brunings als koper reeds US\$ 37 935,74 aan Condico had betaald, tussen de verrijking van Setz en de verarming van Brunings een verband bestaat dat de conclusie wettigt dat de verrijking ten koste van Brunings is geschied.

245 Vranken heeft de jurisprudentie van de Hoge Raad meer in het algemeen al eens als (bijna) ‘laconiek’ gekenschetst. Zie Vranken 1998, p. 1495.

246 HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7249, NJ 1997/719, m.nt. Jac Hijma (Setz/Brunings), r.o. 3.5.

247 De verrijking van Setz ten koste van Condico is niet ongerechtvaardigd, omdat het voordeel van Setz wordt gerechtvaardigd door de overeenkomst tussen Condico en Setz.

248 Kritisch hierover: Zwalve 1997, p. 586; Nieskens-Isphording p.101-102; Schoordijk 1997, p. 1755; Janssen 2009, nr. 5.1.2.

249 R.o. 3.5.

Aldus opgevat geeft het bestreden oordeel niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is zozeer verweven met een waardering van de omstandigheden van het geval dat het in cassatie niet op juistheid kan worden getoetst; het is niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering.'

Het arrest bevat geen hard criterium dat het ten-koste-van-vereiste nader invult. Integendeel, de Hoge Raad overweegt dat het oordeel van het hof sterk met de 'waardering van de omstandigheden van het geval' verweven is, zodat het oordeel in cassatie niet op juistheid kan worden getoetst. De Hoge Raad waagt zich evenmin als de parlementaire geschiedenis aan een criterium en laat het oordeel over aan de feitenrechter. Het enige dat, als gezegd, uit het arrest naar voren komt, is dat ook aan het ten-koste-van-vereiste voldaan kan zijn, als het om een indirect verband gaat.²⁵⁰ Niet vereist is dat een vermogensbestanddeel rechtstreeks uit het vermogen van de verarmde naar dat van de verrijkte is gevloeid, het kan ook voldoende zijn als het vermogensbestanddeel het vermogen van een ander dan de verrijkte gedaagde heeft gepasseerd.²⁵¹

Volgens Janssen heeft de Hoge Raad in het *Koker/Cornelius*-arrest de soepele toepassing van het ten-koste-van-vereiste uit het arrest *Setz/Brunings* bijgesteld.²⁵² Het gaat om het volgende.²⁵³ Cornelius bewoont krachtens een levenslang gebruiksrecht een huis dat aan haar zus in eigendom toebehoort. Dit doet zij sinds 1978. Gedurende haar bewoning heeft Cornelius flink – en met vrucht – in het huis geïnvesteerd. Nadat haar zuster tevergeefs ontruiming heeft gevorderd, verkoopt zij – de zus van Cornelius – het huis aan haar zoon Koker voor een prijs die onder de marktwaarde ligt. Wanneer Koker met succes ontruiming vordert, spreekt Cornelius hem aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Zij wil van hem vergoeding van de investeringen die zij in het huis heeft gedaan. De Hoge Raad acht in een geval als dit geen plaats voor een verrijkingsactie. Het rechtscollege overweegt hiertoe het volgende:

'Het gaat hier om een geval waarin de waarde van een onroerende zaak (een woning) is vermeerderd als gevolg van investeringen door een persoon (de verarmde) die daarvoor geen vergoeding heeft gekregen. De zaak is vervolgens door de eigenaar daarvan verkocht en geleverd aan een derde (de koper) tegen een prijs die vrij aanzienlijk lager was dan de (door de zojuist genoemde investeringen verhoogde) marktwaarde van de zaak. In een

250 Dat een verrijkingsactie in gevallen van indirecte verrijking tot de mogelijkheden behoort is thans heersend. Zie: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/462; Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 5, (online, het laatst bijgewerkt op 1 januari 2012); Gerdes 2005, par. 5.4, p. 102 en voor een overzicht van verdere literatuur p 88-101 (pro en contra).

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

252 Janssen 2009, nr. 5.1.1. Vriesendorp lijkt Janssen in diens lezing te volgen, zie: *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Vriesendorp), nr. 313.

253 HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928, NJ 2007/154, m.nt. J.B.M. Vranken (Koker/Cornelius).

dergelijke situatie geniet de koper van de zaak, als elke koper die een zaak verwerft voor een koopprijs die beneden de marktwaarde ligt, een voordeel. Dat voordeel vindt in beginsel rechtvaardiging in de koopovereenkomst. De omstandigheid dat een derde (de verarmde) in het verleden op eigen kosten de zaak heeft verbeterd en daardoor in waarde heeft doen toenemen, brengt in het algemeen niet mee dat een zodanig verband bestaat tussen de verrijking van de koper en de verarming van de verarmde dat de koper ongerechtvaardigd verrijkt is ten koste van de verarmde.²⁵⁴

Janssen legt de nadruk op de laatste zin van deze overweging, waarin de Hoge Raad inderdaad spreekt over het verband tussen de verrijking van de koper en de investeringen – de verarming – van de verarmde. Toch denk ik niet dat uit dit arrest kan worden afgeleid dat de Hoge Raad is overgestapt naar een andere benadering van het vereiste causale verband dan tot uitdrukking komt in het *Setz/Brunings*-arrest. De Hoge Raad overweegt in dezelfde overweging immers expliciet dat het voordeel van Koker in beginsel wordt gerechtvaardigd door de koopovereenkomst. Daarna overweegt de Hoge Raad dat er tussen de investeringen van Cornelius en de verrijking van de koper niet ‘een zodanig verband’ bestaat dat de koper ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de koper. Janssen onderstreept hier het ten-kostevan-vereiste. De nadruk kan echter met een minstens even groot gemak worden gelegd op het ongerechtvaardigdheidsvereiste. Het verband tussen de investeringen en de verrijking van Koker is niet zodanig dat de verrijking van de laatstgenoemde *ongerechtvaardigd* is. Deze lezing verdient de voorkeur.²⁵⁵ Hier komt bij dat de door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten, waarmee in dit soort gevallen rekening moet worden gehouden, zich slecht verhouden met het streng opgevatte vereiste causale verband dat Janssen in het arrest leest. De Hoge Raad overweegt:²⁵⁶

‘a. Indien de rechtsverhouding tussen de verarmde en de verkoper meebrengt dat de verarmde de door hem gemaakte kosten zelf zou moeten dragen en de verarmde daarom géén vordering wegens ongerechtvaardigde verrijking zou hebben jegens de verkoper, zal de verarmde ook jegens de koper geen aanspraken op de voet van art. 6:212 BW geldend kunnen maken.

b. Indien de verarmde geen huurder was, verkeert hij niet in dezelfde situatie als een huurder, en is art. 7:216 BW niet van toepassing. Waar de huurder slechts indien bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven jegens de verhuurder aanspraak kan maken op een vergoeding op de voet van de artikelen 7:216 lid 3 en 6:212 BW (HR 25 juni 2004, nr. C03/080, NJ 2005, 338, RvdW 2004, 89), is er geen reden de verarmde niet-huurder een ruimere mogelijkheid te bieden om op de voet van art. 6:212 BW vergoeding te eisen, te minder om hem de mogelijkheid te bieden om op de voet van die bepaling vergoeding van de koper te eisen.

254 R.o. 3.6.3.

255 Het Gerechtshof Den Haag heeft de geciteerde overweging van de Hoge Raad ook op de hier verdedigde manier opgevat. Zie: Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3384, zie r.o. 2.13-2.15.

256 HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928, NJ 2007/154, m.nt. J.B.M. Vranken (Koker/Cornelius), r.o. 3.6.3.

c. Indien de verkoper en de koper in een familieverhouding tot elkaar staan en de verkoper een koopprijs bedongen heeft die beneden de marktwaarde ligt teneinde de koper te bevoordelen op een wijze zoals niet ongebruikelijk is bij handelingen tussen familieleden, worden die koopprijs en het door de koper genoten voordeel mede gerechtvaardigd door die bevoordelingsbedoeling. In zo'n geval is er in beginsel geen grond voor het oordeel dat de koper ongerechtvaardigd verrijkt is ten koste van de verarmde.

d. Indien al wordt geoordeeld dat de koper ongerechtvaardigd is verrijkt ten opzichte van de verarmde, zal slechts aanspraak op schadevergoeding bestaan voorzover dit redelijk is (art. 6:212 lid 1 BW). Bij de beantwoording van de vraag wat redelijk is komt betekenis toe aan de mate waarin de koper door zijn verrijking daadwerkelijk is gebaat. Voorzover de koper door de investeringen van de verarmde weliswaar verrijkt maar niet daadwerkelijk gebaat is omdat hij de gekochte woning afbreekt en ter plaatse vervangt door een nieuwe woning, is het niet zonder meer redelijk dat hij de schade van de verarmde zou moeten vergoeden.'

Het eerste gezichtspunt kan, met een welwillend oog, in verband worden gebracht met het vereiste causale verband. Dit geldt niet voor de drie gezichtspunten die volgen. Gezichtspunt 'b' haakt eerder aan bij het redelijkheidsvereiste, gezichtspunt 'c' heeft betrekking op het ongerechtvaardigdheidsvereiste en gezichtspunt 'd' heeft (de Hoge Raad geeft dit met zoveel woorden aan) weer betrekking op het redelijkheidsvereiste. Janssen erkent zelf dat de laatste twee gezichtspunten niet op het vereiste causale verband zijn geënt, maar op respectievelijk het ongerechtvaardigdheidsvereiste en het redelijkheidsvereiste.²⁵⁷ Voor hem is dit echter geen reden zijn lezing van het arrest aan te passen, maar om de door de Hoge Raad gegeven gezichtspunten zelf te bekritisieren.²⁵⁸ Dit laatste hangt samen met het feit dat Janssen een strenge benadering van het causale verband toejuicht: het causaal verband behoort – volgens hem – de toepassing van de verrijkingsactie te blokkeren in gevallen van derdenverrijking.²⁵⁹ Ik kom op de opvatting van Janssen terug, voor zover hij betoogt dat het vereiste causale verband de toepassing van de verrijkingsactie *behoort* te blokkeren in gevallen van indirecte verrijking.²⁶⁰

De soepele omgang met het vereiste causale verband blijkt indirect uit *Bouwgrosgros*.²⁶¹ De verhuurder ontvangt van ABN Amro, uit hoofde van een daartoe strekkende bankgarantie, twaalf maanden huur ter compensatie van leegstandsschade die de verhuurder als gevolg van het faillissement van de huurder lijdt. De bank verrekent dit – ten onrechte, want strijdig met de belangenafweging die aan artikel 39 Fw ten grondslag ligt – met de boedel, maar de curator heeft er niets tegen gedaan. De curator spreekt hierop de verhuurder aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Het hof wijst de verrijkingsvordering toe.

257 Janssen 2009, p. 162.

258 Janssen 2009, p. 162 e.v.

259 Janssen 2009, p. 163 *in fine*.

260 Zie par. 5.4.4..

261 HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278, NJ 2017/142, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Bouwgrosgros).

Het cassatiemiddel nodigt de Hoge Raad op verschillende gronden uit het arrest te vernietigen. Eén van de gronden was het ontbreken van causaal verband. De Hoge Raad vernietigt echter omdat de verrijking van de verhuurder niet ongerechtvaardigd is. De Hoge Raad overweegt:

‘Hansteen heeft gesteld dat zij gerechtigd was de leegstandschade onder de bankgarantie te claimen. Het hof is in zijn rov. 3.3 (zie hiervoor in 3.2.3) van de juistheid van deze stelling uitgegaan, zodat deze ook in cassatie tot uitgangspunt dient. Gegeven dit uitgangspunt, brengt de omstandigheid dat ABN AMRO, nadat zij aan haar betalingsverplichting ter zake had voldaan, verhaal heeft genomen op de boedel van Bouwgros [...] en dat de curator zich hiertegen niet heeft verzet, niet mee dat Hansteen ongerechtvaardigd is verrijkt ten laste van de boedel. De ontvangst van een betaling waarop Hansteen (volgens genoemd uitgangspunt) in haar verhouding tot ABN AMRO gerechtigd was, werd immers niet ongerechtvaardigd doordat ABN AMRO verhaal nam op de boedel en de curator dit niet verhinderde. Het middel klaagt dan ook terecht dat het andersluidende oordeel van het hof blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting. De overige klachten van het middel behoeven geen bespreking.’

Opgemerkt moet worden, dat de Hoge Raad de andere klachten uitdrukkelijk onbesproken laat, zodat niet uitgesloten is, dat de Hoge Raad het causale verband (ook) afwezig acht. Aannemelijk is dit evenwel niet, omdat het dan voor de hand zou liggen de zaak af te doen op het ontbreken van het causale verband.

5.4.2.3 *Jurisprudentie; andersoortig verband dan vermogensverschuiving*

Een ander arrest waarin de Hoge Raad een ruimhartige toepassing van het vereiste causale verband in stand laat, is het arrest *Van der Tuuk Adriani/Batelaan*.²⁶² De apotheker Van der Tuuk Adriani bewerkstelligt langs bestuursrechtelijke weg, dat de apotheekhoudende huisarts Batelaan zijn apothekersvergunning verliest. Hierdoor zijn de apothekersklanten van Batelaan voortaan aangewezen op Van der Tuuk Adriani die zodoende zijn klantenbestand ziet groeien. Het hof wijst de verrijkingsactie van Batelaan toe. Namens Van der Tuuk Adriani wordt onder meer aangevoerd dat de verrijkingsactie hier niet toepasselijk is, omdat er in dit geval geen sprake is van een vermogensverschuiving. In de overweging waarin de Hoge Raad het middelonderdeel behandelt, gaat de Hoge Raad *niet* op dit specifieke punt in, maar overweegt hij meer in het algemeen dat het hof geen blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, door de verrijkingsvordering van

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

Batelaan in dit geval toe te wijzen.²⁶³ Ondanks het feit dat er tussen Batelaan en Van der Tuuk Adriani geen vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden, is er volgens de Hoge Raad (kennelijk) ruimte voor een verrijksactie.²⁶⁴

5.4.2.4 *Jurisprudentie; een zwaluw*

Er is één arrest, waarin de Hoge Raad blijkt geeft van een strenger vereist verband tussen de verrijking en de verarming, al is het oordeel wat apodictisch te noemen.²⁶⁵ Rohde Nielsen kan voor ongeveer f 8.451.632 het vaartuig 'de Machiavelli' kopen van De Donge. Voordat het optierecht is ingeroepen vergaat 'de Machiavelli' en krijgt De Donge f 10.000.000 aan verzekeringspenningen. Volgens de Hoge Raad – oordelend over de verrijksactie van Rohde Nielsen op De Donge op de voet van artikel 6:78 jo. 6:212 BW (in een overweging ten overvloede bovendien) – ontbreekt het verband tussen de verrijking van De Donge en de schade die Rohde Nielsen lijdt. Zoals we verderop kunnen zien,²⁶⁶ is dit oordeel echter niet zonder meer juist.

5.4.2.5 *Balans*

De parlementaire geschiedenis geeft aan dat er geen algemeen criterium kan worden gegeven, ter beantwoording van de vraag wanneer een verrijking ten koste van de verarmde is gegaan. Er moet een 'zeker' verband zijn tussen de verrijking en de schade; de nadere invulling wordt overgelaten aan de rechtspraak. In de rechtspraak van de Hoge Raad echter, wordt de eis dat de verrijking ten koste is gegaan van degene die schadevergoeding eist evenmin geconcretiseerd. In het *Setz/Brunings*-arrest overweegt de Hoge Raad dat het oordeel over het verband tussen de verrijking zozeer verweven is met de concrete feiten van het geval dat het in cassatie niet kan worden getoetst. Iets soortgelijks doet de Hoge Raad – ditmaal niet met zoveel woorden – in het arrest *Van der Tuuk Adriani/Batelaan*. En ook in het arrest *Rohde Nielsen/De Donge* geeft de Hoge Raad, goed bezien, geen nadere invulling aan het vereiste verband tussen de verrijking en de verarming.

263 In een vergelijkbaar geval enige jaren later, uitmondend in het arrest *Hulsman/Van der Graaf*, laat het hof uitdrukkelijk in het midden of de (veronderstelde) verrijking van apotheker Van der Graaf ten koste van huisarts Hulsman is gegaan. Volgens het hof was vergoedingsplicht hoe dan ook niet redelijk in de zin van art. 6:212 lid 1 BW, omdat huisarts Hulsman zijn praktijk zelf beëindigd had. De Hoge Raad sanctioneert dit oordeel van het hof. HR 2 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9765, NJ 2001/319, m.nt. J.B.M. Vranken (Hulsman/Van der Graaf).

264 Kritisch hierover: Nieskens-Ishphording 1998, p. 107. Zie ook: Schoordijk 1996c, p. 250. Die de conclusie van Koopmans onder het arrest op dit punt ter bediscussieert.

265 HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT9060, NJ 2006/148, m.nt. G.R. Rutgers (Rohde Nielsen/De Donge).

266 Zie: par. 5.4.6.

Wél kan uit de arresten worden afgeleid, dat er van een causaal verband in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW sprake kan zijn, wanneer er vermogensbestanddelen van de eiser (de verarmde) via het vermogen van een derde in het vermogen van de gedaagde (de verrijkte) zijn gevloeid. Voorts kan de gedaagde ook ten koste van de eiser zijn verrijkt als er geen sprake is van een vermogensverschuiving, maar de verrijking en de verarming zijn ontstaan door overheidsbeleid. Als al van een invulling gesproken kan worden, dan is de invulling – tot op heden – ruimhartig. Er moet, in de woorden van de parlementaire geschiedenis, een ‘zeker verband’ zijn tussen de verrijking en de schade.

5.4.3 Verklaring ruime uitleg

In de literatuur is wel kritiek geformuleerd op deze ruimhartige toepassing van het ten-koste-van-vereiste.²⁶⁷ Nieskens-Isphording heeft haar kritiek haast programmatisch verwoord:²⁶⁸

‘Art. 6:212 stelt de eis dat de een is verrijkt ten koste van de ander. Met andere woorden, er moet sprake zijn van een causaal verband tussen de verrijking en de verarming. In de parlementaire geschiedenis is gesteld dat het aan de rechter is om uit te maken wanneer dat het geval is “omdat het onmogelijk is in de wet daarvoor een criterium te geven.”

Het is de vraag of dit kan worden volgehouden. Causaal verband in de zin van de wet is steeds een juridisch causaal verband. Dat het heel wel mogelijk is om de omvang van het gewenste juridisch-causale verband – dat per definitie van beperkter omvang is dan een *feitelijk* causaal verband en dientengevolge daarvan ook noodzakelijkerwijze onderscheiden moet (kunnen) worden – te omschrijven, heeft de wetgever op een aantal onderdelen zelf aangetoond. Men vergelijk bijvoorbeeld het vereiste van causaal verband in geval van dwaling (art. 6:228 BW). In de wet zelf werd een duidelijke inhoudelijke toets voor het voor vernietiging vereiste causale verband tussen de dwaling en de totstandkoming van de overeenkomst vastgelegd.’

Uit allerlei mogelijke zuiver feitelijke causale verbanden tussen verrijkingen en verarmingen moeten de juridisch relevante worden gedestilleerd. In lijn hiermee zijn er verschillende voorstellen gedaan om het ten-koste-van-vereiste nader juridisch in te kleuren of het op een andere – strengere – wijze toe te passen. Voordat deze opvattingen op waarde kunnen worden geschat (zie de volgende twee paragrafen), moet eerst worden gezien of de benadering zoals die in de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie van de Hoge Raad tot uitdrukking komt, te verklaren en/of te rechtvaardigen is. Heeft Nieskens-Isphording een sterk punt als zij bekritiseert dat de invulling van het vereiste causale verband aan de rechtspraak wordt overgelaten, zonder dat de wetgever of de Hoge Raad zich waagt aan (een begin van) een criterium?

267 Zie Koolhoven 2011, p. 91-97; Janssen 2009, p. 155-167; Damminga 2014, p. 187; Nieskens-Isphording 1998, p. 101.

268 Nieskens-Isphording 1998, p. 101.

In mijn optiek kan de ruimhartige invulling van het ten koste-van-vereiste niet los worden gezien van de functie van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking in het systeem van het vermogensrecht. Het verband tussen de verrijking en de verarming is namelijk sterk gevalsgelaten. Het verband tussen de verrijking en de verarming manifesteert zich (indien inderdaad aanwezig) in het feitelijk gebeuren waarbij de verarming en de verrijking zijn ontstaan. Het kan bijvoorbeeld gaan om het traditionele geval waarin de eigenaar van een stuk grond door natrekking eigenaar wordt van een schuur die door de verarmde op zijn grond is gebouwd,²⁶⁹ maar het kan bijvoorbeeld ook gaan om een gedaagde die zich ten onrechte op een octrooi heeft beroepen, waardoor hij ten koste van een concurrent meer winst maakt dan anders het geval zou zijn geweest.²⁷⁰ In elk van deze gevallen is er een verband tussen de verrijking van de gedaagde en de verarming – de schade – van de eiser. Maar het verband verschilt per casus. In het eerste geval gaat het om een ‘klassieke’ vermogensverschuiving, in het tweede geval ontstaan de verrijking en de verarming in een marktsituatie zonder dat er tussen de verrijkte en de verarmde een vermogensverschuiving heeft plaats gevonden. Wordt nu een specifiek verband tussen de verrijking en de verarming vereist, dan zouden daarmee bepaalde potentiële verrijkingsgevallen *a priori* aan het werkterrein van artikel 6:212 lid 1 BW worden onttrokken. Zou het ten-koste-van-vereiste bijvoorbeeld een vermogensverschuiving impliceren, dan zou in het octrooi-geval de verrijkingsaansprakelijkheid reeds worden afgewezen omdat er onvoldoende verband bestaat tussen de verrijking en de verarming.

Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid zou dat winst zijn. Ook zou daarmee de academische ‘grip’ op het verrijkingsleerstuk – in ieder geval in schijn – worden vergroot.²⁷¹ De keerzijde is echter dat een restrictieve uitleg van het ten-koste-van-vereiste zich niet goed verhoudt met de aanvullende functie van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking. De ongerechtvaardigde verrijking is als zelfstandige bron van verbintenissen in de wet opgenomen om de rechter in staat te stellen, *niet voorziene* gevallen van ongerechtvaardigde verrijking tot een oplossing te kunnen brengen. Wordt een specifiek en nauw omschreven verband tussen de verrijking en de verarming vereist, dan wordt daarmee – in wezen ongezien – een groep verrijkingsgevallen categorisch van toepassing uitgesloten. Anders gezegd, een nauw omljnd ten-koste-van-vereiste – of dit nu in de rechtspraak, de wet of de literatuur gestalte krijgt – veronderstelt dat alle mogelijke verrijkingsgevallen vooraf zijn overzien en dat een strenge omlijning van het causale

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

270 Vgl. HR 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6098, NJ 2008/120, m.nt. Ch. Gielen (CFS/Stork). Verrijkingsaansprakelijkheid werd afgewezen omdat de verrijking niet als ongerechtvaardigd werd geoordeeld. Hier kan, zoals verderop zal worden betoogd, anders over worden gedacht.

271 Vgl. Damminga 2014, p. 187. Zijn opvatting zal verderop besproken worden.

verband niet leidt tot verrijgingsrechtelijke leemten. Reden om een algemene verrijgingsactie in de wet op te nemen is juist dat niet alle gevallen op voorhand kunnen worden voorzien. Precies dit punt zal de reden zijn geweest waarom de wetgever in de parlementaire geschiedenis aangeeft, geen algemeen criterium te kunnen geven en de toepassing van het ten-koste-van-vereiste overlaat aan de rechtspraak. Ook de soepele koers die is ingezet door de Hoge Raad past in dit beeld. Deze gedachtegang kan aan Nieskens-Isphording worden tegengeworpen daar waar zij stelt, dat de wetgever bij andere leerstukken (zoals dwaling) wél in staat is gebleken het causale verband af te palen. Bij dwaling gaat het om een bepaald type casus (A koopt met een onjuiste voorstelling van zaken een huis van B), waarbij een nauw afgebakend causaal verband past. Bij ongerechtvaardigde verrijking kan het om gevallen van verschillende aard gaan.²⁷²

Leidt deze 'laconieke' benadering niet noodzakelijkerwijs tot een almaar uitdijende verrijgingsaansprakelijkheid? Dat is allerm minst het geval. De verrijking van de één ten koste van de ander is een neutraal feit, in die zin dat het recht daar niet zonder meer verandering in brengt en wil brengen. Alleen *ongerechtvaardigde* verrijkingen zetten het recht in beweging. Het normatieve zwaartepunt van het verrijgingsleerstuk ligt dan ook besloten in de eis dat de verrijking ongerechtvaardigd is, en verder in de eis dat de schade van de verarmde alleen door de verrijkte vergoed moet worden voor zover het redelijk is, om de ongerechtvaardigde verrijking in de vorm van schadevergoeding af te dragen. Een nauw afgebakende omlijning van de eis dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser is gegaan, is niet nodig om ongewenste verrijgingsaansprakelijkheden te voorkomen.

In het voorgaande ligt de kritiek besloten die ik heb op de nu te bespreken standpunten uit de literatuur, voor zover die pleiten voor een restrictieve toepassing van het vereiste causale verband.

5.4.4 Ontbreekt het causaal verband bij een indirecte verrijking?

5.4.4.1 *Het ten-koste-van-vereiste en gevallen van indirecte verrijking*

Er zijn verschillende auteurs die hebben betoogd dat bij gevallen van indirecte verrijking – waarin de verrijkte zijn verrijking niet rechtstreeks van de verarmde heeft gekregen maar van een derde – het ten-koste-van-vereiste in de weg staat aan de mogelijkheid voor de verarmde om de verrijkte met succes uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking aan te spreken.²⁷³

272 Vgl. Schoordijk 1997, p. 1755. Hij betreurt dat de Hoge Raad zich in het Setz/Brunings-arrest niet verder uitlaat over het vereiste causale verband; hij vermoedt dat dit samenhangt dat dit vereiste in verschillende soorten gevallen kan spelen.

273 Zie bijvoorbeeld: Brandsma 1994, Janssen 2009, p. 158-160. Vriesendorp merkt op dat het ten-koste-van-vereiste soms een sta-in-de-weg kan zijn: Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 313; Vgl. verder: Nieskens-Isphording 1998, p. 101.

Voordat ik deze visies bespreek, is het van belang op te merken dat gevallen van indirecte verrijking (of derdenverrijking) niet over één kam kunnen worden geschoren. Janssen heeft twee²⁷⁴ gevallen van indirecte verrijking van elkaar onderscheiden die structureel van elkaar verschillen.²⁷⁵ In de eerste plaats kan zich het geval voordoen waarin de verarmde op grond van een overeenkomst met een ander dan de verrijkte, een prestatie verricht die *de facto* in het vermogen van de verrijkte vloeit. Dit is bijvoorbeeld het geval als een aannemer in opdracht van een derde bouwt op de grond van de verrijkte en de aannemer (al dan niet met succes) een verrijkingsactie tegen de verrijkte grondeigenaar instelt. In de tweede plaats kan zich het geval voordoen, waarin de verrijkte zijn voordeel ontleent aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde. Dit is bijvoorbeeld het geval in *Koker/Corneilius*, waarin de verrijkte het voordeel ontleent aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde. Deze twee door Janssen onderscheiden typen van indirecte verrijking zullen hier achtereenvolgens worden besproken op het punt van het vereiste causale verband.

5.4.4.2 Prestatie jegens een derde vloeit in vermogen verrijkte

Het standpunt, dat het ten-koste-van-vereiste aan verrijkingsaansprakelijkheid in de weg staat, wanneer de eiser in opdracht van een derde een prestatie uitvoert die *de facto* in het vermogen van de verrijkte gedaagde is gevloeid, is – onder meer²⁷⁶ – verdedigd door Brandsma. Hij schrijft, de casus uit het *Quint/Te Poel*-arrest²⁷⁷ analyserend, het volgende:²⁷⁸

‘Quint [...] heeft met broer Hubertus een aannemingscontract gesloten, zodat hij in ruil voor wat hij bouwt een vordering verkrijgt op Hubertus ter waarde van de aanneemsom. Tot zover heeft er dus geen enkele verarming van Quint plaats gehad. Wordt dit anders als blijkt dat er is gebouwd op grond toebehorend aan broer Heinrich, zodat deze eigenaar wordt van het gebouwde? Me dunkt neen. Quint heeft voor het gebouwde, ook al is dat eigendom geworden van Heinrich, nog altijd een vordering op Hubertus. Dat Heinrich hier verrijkt is staat vast, maar hij is niet verrijkt ten koste van Quint, doch van zijn broer Hubertus. Hubertus immers moet op grond van het aannemingscontract betalen voor de bouw van een huis dat niet zijn eigendom wordt. Zo er dus al sprake zou zijn van een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking, dan zou deze eventueel aan Hubertus moeten toekomen en niet aan Quint. Nog altijd heeft er geen verarming van Quint plaats gehad. Waarom dan heeft Quint een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking ingesteld tegen Heinrich? Welnu, Quint kreeg geen betaling van de aanneemsom van Hubertus en dacht toen aan betaling te kunnen komen door genoemde vordering in te stellen tegen Heinrich, die immers met het gebouwde was verrijkt. Kortom de oorzaak van de beweerdte verarming van Quint was niet het bouwen op de grond van Heinrich – daarvoor had hij, zoals gezegd, een vordering op Hubertus – maar de vermeende insolventie van Hubertus.’

274 Eigenlijk onderscheidt hij drie gevallen, maar het derde geval is een mengvorm van de door hem onderscheiden gevalstypen.

275 Janssen 2009, p. 155.

276 Vgl. ook Janssen 2009, nr. 5.2.1.

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

278 Brandsma 1994, p. 255.

De analyse is glashelder. Heinrich krijgt, die conclusie is inderdaad onontkoombaar, een bouwwerk op zijn grond waarvoor Hubertus aan Quint moet betalen. Heinrich is daarom ten koste van zijn broer Hubertus verrijkt, h j – Hubertus – is immers verplicht de rekening aan Quint te betalen. Toch deel ik de gevolgtrekking, dat Heinrich (dus) niet ten koste van Quint is verrijkt, niet. Het feit dat Heinrich verrijkt is ten koste van Hubertus, betekent niet *mutatis mutandis* dat hij niet   k verrijkt kan zijn ten koste van Quint, zeker als Hubertus niet in staat is te betalen. In een geval zoals dat aan de orde is in het *Quint/Te Poel*-arrest, en later in het arrest *Vermobo/Van Rijswijk*,²⁷⁹ is het zo dat de arbeidskracht en de arbeidsmaterialen van de verarmde eiser in het door de verrijkte gedaagde nagetrokken bouwwerk ‘zitten’. Daarmee is er – in mijn optiek – een zodanig verband tussen de verrijking van de grondeigenaar en de verarming van de teleurgestelde aannemer dat de eerste ten koste van de laatste is verrijkt.

De door Brandsma (en ook door Janssen) gewenste strengere opvatting van het causale verband berust echter niet enkel en alleen op ‘de wiskunde’ die hij op het *Quint/Te Poel*-geval toepast. Toewijzing van de verrijkingsvordering in een geval als dit, kan er volgens hem toe leiden dat de grondeigenaar moet betalen voor een gebouw waar hij niet om heeft gevraagd. Verrijkingsaansprakelijkheid kan leiden tot een opgedrongen bestedingspatroon.²⁸⁰ Verder kan toewijzing van de verrijkingsactie leiden tot een schending van de *paritas creditorum*. De verarmde aannemer heeft het insolventierisico van zijn contractuele wederpartij aanvaard; zou hij degene kunnen aanspreken aan wie de verrijking *de facto* ten goede is gekomen, dan kan dit meebrengen dat de schuldeisers van de wederpartij daardoor benadeeld worden.²⁸¹ Janssen betoogt dat een verrijkingsactie, waarvan het werkteerein niet is afgebakend, met name in meerpartijenverhoudingen (gevallen van indirecte verrijking) kan leiden tot een groot aantal samenloopproblemen, in die zin dat de verrijkingsactie met een andere wettelijke regeling samenloopt en beide regelingen – in potentie – tot andere uitkomsten kunnen leiden.²⁸² Verder betoogt Janssen dat dit soort gevallen van derdenverrijking kunnen leiden tot een keten van regresrechten.²⁸³

Sommigen van deze redenen kunnen er inderdaad toe leiden dat de actie in het concrete geval moet worden afgewezen. Van een opgedrongen bestedingspatroon of een doorbreking van de *paritas creditorum* zal echter niet altijd sprake zijn. Een blokkering via het ten-koste-van-vereiste is daarom niet de aangewezen weg, omdat dit de verrijkingsaansprakelijkheid te categorisch zou afsnijden. Leidt aansprakelijkheid in het concrete geval inderdaad tot een opgedrongen bestedingspatroon, of leidt aansprakelijk-

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

280 Brandsma 1994, p. 258.

281 Brandsma 1994, p. 255-258. Vgl. ook Janssen 2009, p. 158-159

282 Janssen 2009, p. 157 en 160.

283 Janssen 2009, p.159

heid tot een schending van de *paritas creditorum*, dan moet de aansprakelijkheid worden afgewezen op grond van het redelijkheidsvereiste. Deze laatste eis heeft in mindere mate een zwart-wit-karakter dan het ten-koste-van-vereiste.²⁸⁴ Ook als de verrijkingsactie samenloopt met een meer gedetailleerde wettelijke regeling, dan moet dit – in mijn optiek – worden opgelost via het redelijkheidsvereiste en het ongerechtvaardigdheidsvereiste.²⁸⁵ Uitgangspunt daarbij is, dat de verrijkingsactie in beginsel de overwegingen die aan het systeem van het vermogensrecht ten grondslag liggen ‘volgt’.

5.4.4.3 *De verrijkte ontleent zijn voordeel aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde*

Naast het geval waarin een door de verarmde verrichte prestatie jegens een derde ‘toevallig’ in het vermogen van de verrijkte vloeit, kan het geval zich voordoen dat de gedaagde zijn verrijking ontleent aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde. Het gaat dan om een geval waarin een derde een verrijking afkomstig van de verarmde aan de verrijkte heeft ‘doorgegeven’. Janssen heeft betoogd dat in dit soort gevallen het causaal verband tussen de verarming en de verrijking ontbreekt, omdat de verrijking niet wordt veroorzaakt door de verarming, maar door de overeenkomst die de gedaagde met de derde heeft gesloten.²⁸⁶

In het geval *Koker/Cornelius* bijvoorbeeld, waarin een bewoner (A) fors in een woning investeert, waarna de betreffende woning door de woning-eigenaar (B) voor een prijs onder de marktwaarde aan de verrijkte gedaagde (C) wordt verkocht, betoogt Janssen dat de overeenkomst tussen de eigenaar van de woning (B) en de gedaagde (C) het causaal verband tussen de verrijking van de gedaagde en de verarming van de eiser doorbreekt. Tussen de investeringen gedaan door A en de verrijking van C ontbreekt volgens Janssen causaal verband; C ontleent zijn verrijking aan de koopovereenkomst met B. Janssen leest deze rechtsregel (volgens mij ten onrechte)²⁸⁷ in de kernoverwegingen van het arrest, maar hij onderschrijft de regel ook: in dit soort gevallen moet volgens hem aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking altijd worden afgewezen vanwege het ontbreken van het vereiste causale verband.²⁸⁸

Hoe moet dit betoog worden gewaardeerd? Het is juist dat de verrijking van de gedaagde in de eerste plaats wordt veroorzaakt door de voor hem voordelige koopovereenkomst met de toenmalige eigenaar van de woning en niet zozeer door de investeringen die de vorige bewoner in het huis heeft

284 Het is Janssen geweest die op het zwart-wit karakter geeft gewezen van het vereiste causale verband, zie: Janssen 2009, p. 163. Zelf ziet hij dit niet als een nadeel, maar eerder als een voordeel (zie hieronder).

285 Zie daarover de volgende twee hoofdstukken.

286 Janssen 2009, nr. 5.1.1.

287 Zie par. 5.4.2.2, het gedeelte over *Koker/Cornelius*

288 Janssen 2009, nr. 5.1.1. *in fine*.

gedaan. Maar het feit dat de verrijking van de gedaagde wordt veroorzaakt door de overeenkomst met de huiseigenaar brengt niet *mutatis mutandis* mee dat de verrijking daarnaast niet óók het gevolg kan zijn van de investeringen van de voormalige bewoner. Ter illustratie kan wederom het arrest *Koker/Cornelius* dienen. Als we (vrij naar de feiten uit dit arrest) aannemen dat de bewoner van een schamel hutje een solide woning heeft gemaakt, dan heeft dat mede bewerkstelligd dat de toenmalige huiseigenaar over een solide woning kón beschikken in plaats van dat schamele hutje, zodat de verrijking van de gedaagde ook in verband kan worden gebracht met de investeringen van de voormalige bewoner.

Dat de strenge uitleg van Janssen niet logisch/dwingend is betekent niet dat zij niet mogelijk is. Janssen geeft voor zijn strenge uitleg van het vereiste causale verband verschillende rechtspolitieke argumenten.²⁸⁹ Hij meent onder meer dat de verrijkingsactie niet moet verworden tot een casusgerichte billijkheidsactie. Hij pleit in plaats daarvan voor een nauw omlijnende verrijkingsactie die, zéker in meerpartijenverhoudingen hanteerbaar en voorspelbaar is. Met dit laatste punt ben ik het, zoveel moge duidelijk zijn, niet eens: ik zie juist voor de verrijkingsactie een rol weggelegd als aanvullende bron van verbintenissen, waarbij rekening kan worden gehouden met de bijzondere omstandigheden van het geval. De vordering is niet in de wet neergelegd voor van tevoren voorziene welomschreven gevallen van ongerechtvaardigde verrijking, maar juist voor verrijkingsgevallen waaraan de wetgever niet heeft gedacht. Een te strenge invulling van het vereiste causale verband past daar niet goed bij.

Wordt de verrijkingsactie onhanteerbaar en onvoorspelbaar? Als het ten-koste-van-vereiste de verrijkingsactie altijd blokkeert wanneer de gedaagde zijn verrijking ontleent aan een overeenkomst, dan is er wat betreft de hanteerbaarheid van de actie inderdaad niets te wensen over. Vrouwe Justitia kan haar blinddoek omhouden en de actie in gevallen van indirecte verrijking zonder ingrijpen laten passeren. Wordt er uitgegaan van een soepelere uitleg van het ten-koste-van-vereiste, dan gaat dit zonder meer ten koste van de hanteerbaarheid. De afwijzing kan niet meer blindelings geschieden. Maar – en dat is wat mij betreft de vraag – leidt die soepelere uitleg tot een verrijkingsactie waarbij de onhanteerbaarheid en de onvoorspelbaarheid te groot wordt? Het antwoord moet ontkennend luiden. De omstandigheid dat de verrijkte zijn voordeel ontleent aan een koopovereenkomst met een ander dan de verarmde, zal in de meeste gevallen ertoe leiden dat de verrijkingsactie moet worden afgewezen. Niet omdat die overeenkomst het causaal verband doorbreekt, maar omdat die overeenkomst in beginsel geldt als een rechtvaardigingsgrond.²⁹⁰ Dit uitgangspunt maakt dat de verrijkingsactie vaak zal moeten worden afgewezen. De mogelijkheid van een uitzondering op de regel vanwege bijzondere omstandigheden, maakt de regel niet ineens

289 Janssen 2009, p. 158-160.

290 Zie par. 6.5.3 en par. 9.3.

onhanteerbaar. Integendeel. Het recht kan beantwoorden aan bijzondere omstandigheden, die een uitzondering op de regel vragen.

5.4.5 Vereiste verband alleen aanwezig bij vermogensverschuivingen?

5.4.5.1 *De leer Damminga*

Damminga constateert in zijn proefschrift (terecht) dat er weinig aandacht is voor de eis dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de verarmde is gegaan. Met name het ongerechtvaardigdheidsvereiste wordt volgens hem gebruikt om de reikwijdte van artikel 6:212 lid 1 BW af te bakenen. Damminga is van mening dat de omlijning van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking zou moeten beginnen bij de eis dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser is gegaan. Hij schrijft:

‘Als vaststaat wat dient te worden verstaan onder “verrijkingen ten koste van een ander”, kan vervolgens een criterium worden ontwikkeld aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of een verrijking ongerechtvaardigd is. Aangezien een dergelijk criterium is afgestemd op “verrijkingen ten koste van een ander” in de zin van artikel 6:212, is het – in potentie – veel scherper.’²⁹¹

Deze gedachte is op zichzelf aansprekend. Wordt er een bepaald verband tussen de verrijking en de verarming vereist, – wordt de verrijkingsaansprakelijkheid beperkt tot bepaalde typen verrijkingsgevallen, – dan kan het ongerechtvaardigdheidsvereiste op dit type geval worden afgestemd. Hoe moet dan het vereiste causale verband worden ingevuld? Damminga betoogt dat alleen aan het ten-koste-van-vereiste is voldaan, als de verrijking van de gedaagde afkomstig is van het vermogen van de eisende partij; hij beperkt artikel 6:212 lid 1 BW tot vermogensverschuivingen.²⁹² Over de ongerechtvaardigdheidsmaatstaf schrijft hij dan het volgende:

‘Beperking van artikel 6:212 tot vermogensverschuivingen heeft het voordeel dat de vraag of een verrijking ongerechtvaardigd is, relatief eenvoudig kan worden beantwoord. De reden daarvoor is als volgt. Een vermogensverschuiving is een verrijking die voortvloeit uit het vermogen van de verarmde. Men kan ervan uitgaan dat de verrijking die voortvloeit uit het vermogen van de verarmde in beginsel daarin thuishoorde. Dit betekent dat elke vermogensverschuiving een rechtvaardiging behoeft. Zonder uitdrukkelijke rechtvaardiging is de verrijking ongerechtvaardigd. De vraag of een verrijking ongerechtvaardigd is, lost zich dan op in een enkel criterium: bestaat een rechtvaardiging voor de vermogensverschuiving? Ik meen dat dit criterium een inzichtelijke omlijning van artikel 6:212 mogelijk maakt.’²⁹³

De omlijning van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking is in de leer van Damminga zonder meer inzichtelijk. De inzichtelijkheid heeft wel een prijs. Bepaalde typen verrijkingsgevallen worden namelijk categorisch

291 Damminga 2014, p. 187.

292 Damminga 2014, p. 193-194, 201-202.

293 Damminga 2014, p. 201-202.

– zonder rekening te houden met de specifieke omstandigheden van het geval – van het toepassingsgebied van de verrijgingsregel uitgesloten. Zodra er geen sprake is van een vermogensverschuiving, mist artikel 6:212 lid 1 BW in deze zienswijze toepassing. De arresten *Van der Tuuk Adriani/Batelaan* (overlopende klanten),²⁹⁴ *Hulsman/Van der Graaf* (overlopende klanten)²⁹⁵ en *CFS/Stork* (onterecht beroep op octrooi)²⁹⁶ zouden alle – zonder blik op de merites van de casus – afstuiten op het vereiste causale verband. Damminga geeft dit min of meer toe. Hij schrijft:

‘Een dergelijke benadering brengt overigens met zich dat in gevallen waarin een verrijking niet uit het vermogen van de verarmde voortvloeit, terwijl afdracht van de verrijking wel wenselijk is, een andere bron dan ongerechtvaardigde verrijking wordt aangewezen.’²⁹⁷

Precies hier schuilt het probleem van de benadering van Damminga. Is afdracht van de verrijking ‘wenselijk’ maar is er geen sprake van een verrijking die het gevolg is van een vermogensverschuiving, dan moet – volgens Damminga – een andere bron dan ongerechtvaardigde verrijking worden aangewezen. Maar wat als er voor het concrete geval geen alternatieve bron van verbintenissen voorhanden is? De door Damminga bepleite beperkte uitleg van het ten-koste-van-vereiste past niet goed bij de ‘taak’ van de verrijkingsactie om het verbintenissenrecht aan te vullen als de reguliere bronnen van verbintenissen opgedroogd zijn. De verrijkingsactie moet niet afstuiten op de blinde eis van het causale verband, maar – als de actie inderdaad moet worden afgewezen – omdat niet voldaan is aan de eis dat de verrijking in het concrete geval ongerechtvaardigd is of – als de verrijking ongerechtvaardigd blijkt te zijn – schadevergoeding in de concrete omstandigheden van het geval niet redelijk is. Deze laatste twee eisen zijn feitengevoeliger: de omstandigheden van het geval kunnen daar beter in doorwerken en dit past bij een rechtsmiddel dat is ingevoerd als sluitstuk van het vermogensrecht.

5.4.5.2 De leer Koolhoven

Koolhoven merkt in haar dissertatie op dat het ten-koste-van vereiste niet goed uit de verf komt in het Nederlandse recht. Het wil maar niet functioneren als uitsluitingscriterium:

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

295 HR 2 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9765, NJ 2001/319, m.nt. J.B.M. Vranken (Hulsman/De Graaf)..

296 HR 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6098, NJ 2008/120, m.nt. Ch. Gielen (CFS/Stork). Verrijkingsaansprakelijkheid werd afgewezen omdat de verrijking niet als ongerechtvaardigd werd geoordeeld. Hier kan, zoals verderop zal worden betoogd, anders over worden gedacht.

297 Damminga 2014, p. 194.

‘Eine Ursache dafür, dass der “Kausalverband”, so wie er im niederländischen Recht angewandt wird, als Ausschlusskriterium nicht funktioniert, ist, dass keine Klarheit über Bedeutung und Funktion der Formulierung “auf Kosten des anderen” herrscht.’²⁹⁸

In de literatuur wordt steevast opgemerkt dát er een causaal verband tussen de verrijking en de verarming moet bestaan, niet wát de precieze inhoud van dit vereiste is. In de rechtspraak is het vaak verknoopt met de schade-eis, het ongerechtvaardigdheidsvereiste en het redelijkheidsvereiste.²⁹⁹ Dit alles is volgens Koolhoven verwarrend.³⁰⁰ Om het tij te doen keren ontwikkelt zij in haar boek een theorie die een concrete invulling aan het vereiste causale verband beoogt te geven.

Heel in het kort komt haar visie op het volgende neer. Bij de vraag naar het causale verband tussen de verrijking en de verarming komt het er volgens Koolhoven op aan wie de ‘*Anspruchsgegners*’ van elkaar zijn. Dit moet volgens haar worden bepaald aan de hand van objectieve factoren. In de kern ontleent zij haar theorie aan een ingenieuze interpretatie van het vereiste *causale* verband tussen de verrijking en de verarming.

‘Eine Lösung ist, die andere Bedeutung des Wortes *causa* ins Blickfeld zu rücken. *Causa* bedeutet nicht nur Ursache, sondern auch Sache: *chose* auf Französisch, *coisa* auf Portugiesisch, *goed* (früher Sache – zaak) im heutigen niederländischen BW. Meine These lautet, dass die Kausalität im Bereicherungsrecht bedeutet, dass zwei Personen, Geschädigter und Bereicherter, jeweils ein Verhältnis bzw. eine Position zu ein und demselben *goed* oder seinem Substitut (die Gegenleistung bei Weiterveräußerung oder einen Schadensersatzanspruch gegen einen Dritten) haben: als Eigentümer und Eigenbesitzer oder Eigentümer und Besitzer oder als ehemaliger Eigentümer und gegenwärtiger Eigentümer im weiten Sinne.’³⁰¹

Aan het ten-koste-van-vereiste is voldaan als de verrijkte en de verarmde beiden in relatie (hebben ge)staan tot een bepaald goed of het substituut daarvan. Die relatie kan in een concreet geval maken dat de verrijkte en de verarmde verrijkingsrechtelijke ‘*Anspruchsgegners*’ van elkaar zijn. Of die relatie er is hangt af van de objectieve normen van het goederenrecht die in het systeem van het vermogensrecht besloten liggen. ‘Der Kausalverband liegt in dem *relativen* Verhältnis der zwei entstandenen Positionen. Der Vermögenszuwachs stammt aus einem fremden Vermögen und der Vermögensverlust gelangt immer in ein anderes Vermögen, andernfalls kommt es nicht zu einer Verarmung und Bereicherung.’³⁰² De goederenrechtelijke normen wijzen de weg bij de vraag wie in verrijkingsrechtelijke zin elkaars schuldeiser en schuldenaar zijn.³⁰³ In een breed uitgesponnen betoog laat zij zien hoe dit in allerlei situaties uitwerkt.³⁰⁴

298 Koolhoven 2011, p. 92.

299 Koolhoven 2011, p. 92-96.

300 Koolhoven 2011, p. 97.

301 Koolhoven 2011, p. 100.

302 Koolhoven 2011, p. 100-101.

303 Koolhoven 2011, p. 100-106.

304 Zie Koolhoven 2011, p. 108-176.

Hoewel het betoog fraai is, onderschrijf ik het niet. Sterk aan haar visie is dat haar criterium flink wat verrijgingsgevallen dekt. Aansprekend is ook dat het ten-koste-van-vereiste de (potentiële) verrijkingsschuldeiser en de (potentiële) verrijkingsschuldenaar aan elkaar verbindt. Verder wordt er aangesloten bij het goederenrecht en laat zij zien hoe dit in concrete gevallen uitwerkt. Met Koolhoven ben ik van mening dat de verrijgingsactie vaak als complement van het goederenrecht functioneert, maar in mijn optiek behoeft dit niet de enige functie van de verrijgingsactie te zijn. En daarmee ben ik bij de keerzijde van haar betoog. Bepaalde verrijgingsrechtelijke casusposities, namelijk die gevallen die níét in het verlengde van het goederenrecht liggen, worden in deze visie van het verrijgingsleerstuk afgesneden. Dit gaat ten koste van de aanvullende kracht van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking.

5.4.6 Het criterium van het zekere verband

De eis dat de gedaagde zijn verrijking ten koste van de eiser verkregen heeft moet niet te eng worden uitgelegd.³⁰⁵ Enerzijds brengt een te enge uitleg van het vereiste mee, dat een groep verrijgingsgevallen categorisch van het leerstuk wordt uitgesloten. Dit past niet bij een bron van verbintenissen die het vermogensrecht beoogt aan te vullen wanneer er een niet voorzien geval rijst. Anderzijds bieden de overige vereisten van artikel 6:212 lid 1 BW genoeg ruimte om verrijgingsaansprakelijkheid af te wijzen, als aansprakelijkheid afgewezen moet worden. De volgende twee hoofdstukken gaan daarover.

Er is nog een tweede reden waarom het ten-koste-van-vereiste geen zware rem zet³⁰⁶ (of behoeft te zetten) op de algemene verrijgingsaansprakelijkheid. Die reden is dat artikel 6:212 lid 1 BW schade vereist. In de regel zal schade vermogensvermindering betekenen. Is er vervolgens enige connectie – een zeker verband – tussen de verrijking van de gedaagde en de schade van de eiser, dan is er in wezen al sprake van een verrijking ten koste van de eiser. In zeker opzicht is mét de schade reeds de eerste stap gezet richting de conclusie dat de gedaagde ten koste van de eiser is verrijkt.

305 Zie echter: Hof Amsterdam 31 augustus 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ1218. De eiser bouwt in opdracht van de huurder 'neon lichtreclame' en 'neon lichtlijnen'. Wanneer de huurder failliet gaat spreekt de eiser de gedaagde verhuurder aan op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Eiser betoogt dat de verhuurder onder meer verrijkt is door ontvangen subsidie. Volgens het Hof Amsterdam is er echter geen voldoende verband tussen het ontvangen van subsidie voor 'de lichtobjecten' en het bouwen van de neonreclame. Zie ook: Rb. Limburg 5 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6623. Als de onderhuurder in plaats van aan de eiser aan de gedaagde is gaan betalen, is de gedaagde niet verrijkt ten koste van de eiser, maar ten koste van de onderverhuurder. Enerzijds heeft de onderhuurder dan onverschuldigd betaald aan de gedaagde, anderzijds heeft de eiser nog steeds een vordering op de onderhuurder. Zie voorts: Rb. Rotterdam 28 juni 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AZ1477, NJF 2006/505.

306 Of zoals Koolhoven het omschrijft 'nicht funktioniert'. Zie Koolhoven 2011, p. 92.

In mijn optiek eist het recht een zekere feitelijke connectie tussen de verrijking van de gedaagde en de schade van de eiser. Is dit het geval, dan is de gedaagde ten koste van de eiser verrijkt. Het kan, uiteraard, gaan om een directe vermogensverschuiving tussen de verrijkte en de verarmde, maar het kan ook gaan om een indirecte vermogensverschuiving. Het enkele feit dat de verrijkte zijn voordeel ontleent aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde doorbreekt het causaal verband niet. Maar ook als er géén vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden, kan het zijn dat in de omstandigheden van het geval moet worden gezegd, dat de gedaagde ten koste van de eiser is verrijkt.

Hoewel het hier bepleite criterium ruim is – en niet bijzonder ‘scherp’ – zijn er wel enige gevallen aan te duiden, waarin het vereiste verband tussen de verrijking en de verarming ontbreekt. Er zijn, met andere woorden, een aantal min of meer natuurlijke grenzen. Afgezien van gevallen waar er in de verste verten geen verband tussen de verrijking en de verarming bestaat – A wordt verrijkt doordat hij de jackpot wint terwijl B schade lijdt doordat hij diens auto in de prak rijdt – kunnen die grenzen als volgt worden gemarkeerd.

(i) Gedacht kan worden aan een geval waarin het ontstaansmoment van respectievelijk de verrijking en de verarming eraan in de weg staan dat causaal verband wordt aangenomen. Wint de gedaagde als nietsvermoedende deelnemer op zijn *Ponzi-scheme*-‘beleggingen’, dan is de verrijking die daarin besloten ligt, niet ten koste van een ‘verliezende’ belegger gegaan die pas is ingestapt nadat er is uitgekeerd aan de winnende belegger. Er kan alleen een verband tussen de verrijking van de winnaar van een *Ponzi-scheme* en de schade van een andere belegger zijn, indien de ‘verliezende’ belegger reeds is ingestapt op het moment van uitkering aan de winnende belegger.³⁰⁷

(ii) Een volgende reden waarom causaal verband afgewezen kan worden is dat de gedaagde diens verrijking met eigen middelen bewerkstelligd heeft. Dit is in verschillende modulaties denkbaar, waarvan een aantal de revue zal passeren.

De eiser verbouwt het pand van de gedaagde en maakt daarbij € 100.000 aan kosten terwijl de marktwaarde van het pand slechts stijgt met € 50.000 (de eiser heeft het niet erg handig aangepakt). Desondanks weet de verrijkte gedaagde – door zijn netwerk en overige kwaliteiten – het pand te verkopen voor € 50.000 boven de marktwaarde (waar de waardestijging van de verbouwing al in is verdisconteerd). De gedaagde is in dit geval voor € 50.000 verrijkt ten koste van de eiser. Tussen de resterende schade aan de kant van de eiser en de resterende verrijking aan de kant van de gedaagde bestaat geen verband als bedoeld in artikel 6:212 lid 1 BW.

307 Schonewille & De Jong wijzen er in hun analyse (terloops) op dat er niet altijd een causaal verband zal bestaan tussen de winst van de ene belegger en het verlies van de ander. Zie: Schonewille & De Jong 2012, par. 7. Damminga en Rijckenberg lijken meer in het algemeen het verband tussen de verrijking van de winnende belegger en de schade van een verliezende belegger te ontkennen. Zie Damminga & Rijckenberg in hun noot onder: HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, JOR 2011/387 (*Ponzi scheme*).

Het kan echter subtiel liggen. Er is in mijn optiek wél voldoende verband indien de eiser € 60.000 besteedt aan de bouw van een schuur op het perceel van de gedaagde, waardoor het perceel aanvankelijk met slechts € 30.000 in waarde toeneemt, maar de gunstige markt vervolgens bewerkstelligt dat de prijs van het perceel omhoogschiet. Voor zover de waardestijging die het gevolg is van een goede markt aan de schuur kan worden toegerekend, is de verrijking ten koste van A gegaan. Een andere vraag is, of die verrijking ongerechtvaardigd is en of vergoeding redelijk is.

Een ander voorbeeld is het volgende.³⁰⁸ De eiser vordert van gedaagde schadevergoeding voor de waardevermindering van zijn nieuwbouwhuis ten gevolge van een mankement (het beton was vervuild met ongebluste kalk). Daarop spreekt de gedaagde, op zijn beurt, de aannemer aan. Het probleem blijkt bij een zestiental huizen te spelen. De gedaagde en de aannemer schikken de kwestie in der minne. De aannemer verbindt zich jegens de gedaagde onder meer een bedrag aan de gedaagde te betalen ter afwikkeling van de gerezen problemen. Op het moment dat de gedaagde op het punt staat een vaststellingsovereenkomst met eiser te sluiten en belope van € 50.000 – de concepten zijn al over en weer gegaan – blijkt het mee te vallen met de schade. De vaststellingsovereenkomst (en de ermee gemoeide betaling) tussen gedaagde en eiser gaat niet door, terwijl de gedaagde wel het geld van de schikking met de aannemer in zijn zak heeft zitten.

Is de gedaagde door dit laatste ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van de eiser? De Rechtbank Midden-Nederland oordeelt terecht dat het verband tussen de verrijking en de verarming ontbreekt.³⁰⁹ De vergoeding van de aannemer aan de gedaagde vloeide voort uit de tussen hen geldende aannemingsovereenkomst. De verrijking van de gedaagde is eerder ten koste van de aannemer gegaan, dan ten koste van de eiser wiens schade – achteraf gezien – gering is.³¹⁰ Met andere woorden: of de eiser (de koper van het huis) een vordering op de gedaagde (de verkoper) heeft, zal afhangen van de contractuele verhouding met de gedaagde. De door de gedaagde ontvangen gelden kunnen daar niets aan toe of afdoen. Er is bijvoorbeeld niet zonder meer reden om de schade van de eiser heeft geleden op dit bedrag te begroten.

Een geval waarover men op het punt van het causale verband kan twijfelen is de casus die ten grondslag lag aan *Rohde Nielsen/De Donge*. Rohde Nielsen sluit met De Donge een ‘charter/purchase’-overeenkomst met betrekking tot het vaartuig ‘de Machiavelli’. Op grond van deze overeenkomst huurt Rohde Nielsen het vaartuig voor f 1.700.000 per jaar. Bovendien heeft Rohde Nielsen een koopoptie om ‘de Machiavelli’ te kopen voor een prijs ‘die volgens een in de overeenkomst neergelegde staffel afliep van f 9.700.000 in september 2000 tot f 7.977.013 in september 2002’.

308 Rb. Midden-Nederland 14 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7687.

309 R.o. 4.5-4.7.

310 Welke verrijking vermoedelijk gerechtvaardigd zal zijn op grond van de vaststellingsovereenkomst.

Nadat Rohde Nielsen op 2 januari 2002 tevergeefs een bod heeft gedaan van f 6.800.000 (het bod was vanwege beweerdelijke reparatiekosten lager) vergaat 'de Machiavelli' op 22 februari 2002. De Donge krijgt de verzekerde som van f 10.000.000 uitgekeerd. De vraag is gerezen of Rohde Nielsen de Donge kan aanspreken op grond van ongerechtvaardigde verrijking op de voet van artikel 6:78 jo. 6:212 BW omdat – mét 'de Machiavelli' – zijn optierecht is vergaan. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag (in een overweging ten overvloede) ontkennend:³¹¹

'De Donge kreeg door het vergaan van de Machiavelli een vordering op de verzekeraars daarvan ten belope van het eerdergenoemde bedrag van f 10.000.000. Als gevolg van het bestaan van die verzekering kwam De Donge in een voordeliger positie te verkeren dan waarin zij zou hebben verkeerd als Rohde Nielsen tijdig de door haar bedongen koopoptie zou hebben ingeroepen. Als Rohde Nielsen dit zou hebben gedaan, had De Donge immers voor de Machiavelli een koopprijs ontvangen van f 8.451.632.

Rohde Nielsen verloor door het vergaan van de Machiavelli haar koopoptie op dat schip. Die koopoptie vertegenwoordigde een zekere vermogenswaarde.

Hoewel het vergaan van de Machiavelli dus De Donge voordeel heeft gebracht en Rohde Nielsen nadeel, is de door onderdeel 1.1 verdedigde stelling toch niet juist. Zoals uit het hiervoor overwogene volgt, hebben het voordeel van De Donge en het nadeel van Rohde Nielsen immers weliswaar beide te maken met het vergaan van de Machiavelli, maar hebben zij niettemin een verschillende oorzaak. Daarom brengen de regels betreffende ongerechtvaardigde verrijking, die van toepassing zijn op de in art. 6:78 BW (waarop Rohde Nielsen zich beroept) bedoelde gevallen, mee dat laatstgenoemde aan deze bepaling geen vorderingsrecht op De Donge kan ontleen: tussen dat voordeel en dat nadeel bestaat immers niet het voor toepassing van artikel 6:212 BW vereiste verband.'

In mijn optiek is deze overweging ten overvloede wat te kort door de bocht. Of het verband tussen de verrijking en de schade ontbreekt, hangt in een geval als dit sterk af van de omstandigheden van het geval. Er moet op het punt van de schade een onderscheid worden gemaakt tussen het verlies van de waarde van het optierecht aan de ene kant en de overige schade die Rohde Nielsen zou kunnen lijden door het vergaan van 'de Machiavelli' aan de andere kant.

Op het punt van de waarde van het optierecht lijkt er zeker een verband te bestaan tussen de verrijking van De Donge en de schade van Rohde Nielsen. Rohde Nielsen moest f 8.451.632 betalen voor de Machiavelli, De Donge zou dit bedrag ontvangen. Was het vaartuig voor het vergaan in werkelijkheid f 9.451.632 waard, dan is De Donge ten koste van Rohde Nielsen verrijkt met de waarde van het optierecht dat om en nabij de f 1000.000 zal

311 HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT9060, NJ 2006/148, m.nt. G.R. Rutgers (Rohde Nielsen/De Donge).

liggen.³¹² Temeer omdat – zoals uit het arrest van het hof blijkt³¹³ – Rohde Nielsen meeverzekerd was en de premie betaalde. De verdere inrichting van het contract en de gang van zaken rond het contract kan een rol spelen bij het ongerechtvaardigdheidsvereiste en het redelijkheidsvereiste. Eventueel kan bij de waardering van de verrijking en verarming een rol spelen dat Rohde Nielsen diens optierecht vooralsnog niet ingeroepen heeft.

Lijdt Rohde Nielsen daarnaast schade die verband houdt met het missen van de Machiavelli in zijn bedrijfsvoering, dan zou inderdaad betoogd kunnen worden dat die schade niet in verband staat met de overige verrijking aan de kant van De Donge. De verzekeringspenningen die de werkelijke waarde van de Machiavelli te boven gaan ‘mist’ Rohde Nielsen omdat hij verzuimd heeft zijn optierecht in te roepen. Is ‘de Machiavelli’ f 9.500.000 waard, dan staat de verrijking van De Donge ten belope van f 500.000 niet in verband met de schade die Rohde Nielsen lijdt doordat hij de boot in zijn bedrijfsvoering moet missen. Een bijkomend argument is dat ‘de Machiavelli’ – wellicht, de feiten maken het niet heel duidelijk – hoe dan ook gezonken zou zijn.

(iii) Ten slotte zijn er gevallen waarin de verrijking van de gedaagde eerder ten koste van een ander is gegaan, dan ten koste van de eiser die de verrijkingsvordering instelt.³¹⁴

Wanneer X zich in het rekeningnummer vergist, en in plaats van aan de eiser (die inderdaad een vordering op X heeft), aan de gedaagde betaalt, dan zou – in het normale geval – gezegd kunnen worden dat het verband tussen de verrijking van de gedaagde (de ontvangst van de onverschuldigde betaling) en de schade van de eiser ontbreekt. De gedaagde is verrijkt ten koste van X; X heeft een vordering op grond van onverschuldigde betaling op de gedaagde en de eiser heeft nog steeds een vordering op X. De eiser zal de gedaagde in beginsel niet kunnen aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking vanwege het ontbreken van voldoende verband.

Bijkomende omstandigheden kunnen tot een ander oordeel nopen. Het geval is eerder in dit hoofdstuk genoemd. Wanneer X een bejaarde restaurantbezoeker is en de rekening aan de eiser (de restauranthouder) – ten onrechte – aan de gedaagde (een andere restaurantbezoeker) voldoet en X vervolgens met de noorderzon vertrokken is, dan moet het ervoor worden

312 De Rechtbank Middelburg kwam in een vonnis uit 2005 inderdaad tot het oordeel dat het redelijk is, dat Rhode Nielsen € 150.000 van de verzekeringspenningen krijgt. Na het arrest van de Hoge Raad laat de rechtbank dit eerdere oordeel varen, gelet op de overweging ten overvloede van de Hoge Raad. Zie: Rb. Middelburg 28 november 2011, ECLI:NL:RBMID:2012:BZ5894, r.o. 2.3 en r.o. 2.4.2.

313 Zie r.o. 5 en 7 arrest hof te kennen uit: HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT9060, NJ 2006/148, m.nt. G.R. Rutgers.

314 Rb. Limburg 5 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6623. Als de onderhuurder in plaats van aan de eiser aan de gedaagde is gaan betalen, is de gedaagde niet verrijkt ten koste van de eiser, maar ten koste van de onderhuurder. Enerzijds heeft de onderhuurder dan onverschuldigd betaald aan de gedaagde, anderzijds heeft de eiser nog steeds een vordering op de onderhuurder. Zie ook: GiEA Curaçao, 24 juli 2017, ECLI:NL:OGEAC:2017:95.

gehouden, dat de gedaagde ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de eiser. De gedaagde is in die zin verrijkt, dat X zijn vordering op grond van onverschuldigde betaling – vermoedelijk – nooit zal uitoefenen op de eiser (hij dacht immers aan het restaurant te betalen) en de eiser heeft in die zin schade dat hij zijn vordering niet meer op X zal kunnen verhalen omdat deze is vertrokken. Zowel de verrijking van de gedaagde als de verarming van de eiser hangen samen met het vertrek van X.

Samenvattend zou ik, met de parlementaire geschiedenis, als criterium willen hanteren, dat het ten-koste-van-vereiste een zeker verband tussen de verrijking en de verarming eist. Alleen in gevallen waarin het verband tussen het verband tussen de verrijking en de schade evident afwezig is, zou op grond van het ten-koste-van-vereiste moeten worden afgewezen. In dit verband zijn er – niet limitatief bedoelde – contra-indicaties aan de orde gekomen.

5.4.7 Een te ruim criterium?

Is de hier verdedigde zienswijze niet te ruimhartig? Verdient het de voorkeur om de verrijkingsaansprakelijkheid reeds op het punt van het causale verband in te dammen? Ontstaat er in de hier verdedigde visie niet een te grote ‘druk’ op het ongerechtvaardigdheidsvereiste en het redelijkheidsvereiste? Deze vragen kunnen ontkennend worden beantwoord. In het volgende hoofdstuk zal worden betoogd – en eerder is het al aangestipt³¹⁵ – dat de aard van het verband tussen de verrijking en de verarming rechtstreeks van invloed is op de maatstaf waarmee bepaalt moet worden of een verrijking in een concreet geval ongerechtvaardigd is of niet.

Is er sprake van een vermogensverschuiving tussen de verarmde en de verrijkte, dan moet er voor de vermogensverschuiving een rechtvaardigingsgrond bestaan. Ontbreekt de rechtvaardigingsgrond dan is de verrijking ongerechtvaardigd. Binnen die groep kan er verschil gemaakt worden tussen directe vermogensverschuivingen en indirecte vermogensverschuivingen.

Gaat het om een andersoortig verband dan een vermogensverschuiving, dan is het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond een noodzakelijke, maar niet een voldoende voorwaarde voor de conclusie dat de verrijking in het concrete geval ongerechtvaardigd is. Naast het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond is een bijzondere reden vereist die de verrijking in het concrete geval ongerechtvaardigd doet zijn. Hoe verder het verband tussen de verrijking en de verarming verwijderd is, des te minder snel zal de verrijking ongerechtvaardigd zijn jegens de verarmde.

315 Zie par. 4.5.

Het volgende hoofdstuk gaat dieper op dit ongerechtvaardigheidsvereiste in. Een van de centrale stellingen is dat er tussen verschillende typen verrijkingscasus moet worden gedifferentieerd.

5.5 SLOTSOM

De verrijkingseis, het schadevereiste en het vereiste causale verband zijn in dit hoofdstuk – tamelijk uitvoerig – besproken. Aandacht is geschonken aan het verrijkingseis, de begroting van de verrijking, het schadebegrip, de algemene regels van het schadevergoedingsrecht en de aard van het vereiste causale verband. Daarbij is aandacht besteed aan de heersende leer (en af en toe is ervan afgeweken) alsmede aan opvattingen in de literatuur die (nog) niet heersend zijn.

Een belangrijke rode draad in dit hoofdstuk is dat het verrijkingseis, het schadevereiste en het vereiste causale verband ruimhartig moeten worden opgevat omwille van de aanvullende functie van de verrijkingseis. Zo moet de verrijking (conform de heersende leer) *objectief* worden opgevat en is de verrijking niet beperkt tot een vermogensvermeerdering maar is (anders dan wordt geleerd) een *pluriform* verrijkingseis bepleit. Bij de invulling van het schadevereiste moet rekening worden met de strekking van de verrijkingseis. Het schadevergoedingsrechtelijke verband tot een schadebegrip leidt dat op punten ruimer is dan dat van (bijvoorbeeld) artikel 6:162 BW. Bovendien is bepleit dat de rechter de bevoegdheid heeft om schadevergoeding in natura toe te wijzen op de voet van artikel 6:103 BW, ook indien de eiser niet expliciet om deze vorm van schadevergoeding heeft gevraagd. Deze bevoegdheid is mede gebaseerd op de redelijkheidstoets. Deze mogelijkheid geeft de rechter de ruimte om maatwerk te leveren hetgeen de aanvullende kracht van de verrijkingseis vergroot.

Ten slotte is een soepel opgevat causaal verband bepleit, waarbij een ‘zeker verband’ tussen de verrijking en de schade – behoudens contra-indicaties – voldoende verband is in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW. In het volgende hoofdstuk zal echter blijken, dat naarmate het causale verband losser is, de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser minder snel zal kwalificeren als een verrijking die ongerechtvaardigd is.

