



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Aanvullend Verrijkingrecht

Linden, T. van der

Citation

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

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/74475>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The following handle holds various files of this Leiden University dissertation:

<http://hdl.handle.net/1887/74475>

Author: Linden, T. van der

Title: Aanvullend Verrijktingsrecht

Issue Date: 2019-06-26

6.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk is onderzocht wanneer de gedaagde is verrijkt ten koste van de eiser en wanneer de eiser schade heeft geleden. Betoogd is om de vereiste verrijking, de schade en het verband daartussen ruim op te vatten, zodat niet te veel potentiële verrijkingsgevallen *a priori* van de algemene verrijkingsvordering zijn uitgesloten. Het is nu tijd dat een begin wordt gemaakt met het scheiden van het kaf van het koren en in te gaan op het voor de verrijkingsaansprakelijkheid centrale vereiste, dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser *ongerechtvaardigd* is.

Zonder twijfel spreekt dit vereiste het meest tot de verbeelding. Daar waar de vraag, of de gedaagde is verrijkt ten koste van de eiser, neutraal is – in die zin, dat het recht daar niet afkerig tegenover staat – is de vraag onder welke omstandigheden de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser *ongerechtvaardigd* is, sterk normatief geladen. Rechtspolitieke momenten in het systeem van het vermogensrecht, zoals het uitgangspunt van het vermogensrechtelijke toebehoren, de bindende kracht van de obligatoire overeenkomst en de strekking van civielrechtelijk relevante wettelijke normen, zijn direct van invloed op de beantwoording van deze vraag. Het ongerechtvaardigdheidsvereiste is daarmee een belangrijk zwaartepunt van het verrijkingsleerstuk.

Tegelijkertijd moet worden bedacht, dat niet het hele normatieve werk op de schouders van dit vereiste rust. De gedaagde is immers alleen voor diens ongerechtvaardigde verrijking aansprakelijk, *voor zover dit redelijk* is. Niet alle nuances behoeven daarom reeds in het kader van het ongerechtvaardigdheidsvereiste aan bod te komen. Het ongerechtvaardigdheidsvereiste kan zich richten op omstandigheden die de verrijking ongerechtvaardigd doen zijn. In het kader van het redelijkheidsvereiste kan vervolgens worden gezien of er omstandigheden zijn, die in de weg staan aan verrijkingsaansprakelijkheid. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn als een concrete verrijkingsaansprakelijkheid de gedaagde een ongewenst bestedingspatroon zou opdringen. Het redelijkheidsvereiste komt in het volgende hoofdstuk aan de orde. Bij de lezing van dit hoofdstuk moet in het achterhoofd worden gehouden dat in het kader van het redelijkheidsvereiste verschillende argumenten aan bod kunnen komen die tegen een *prima facie* verrijkingsaansprakelijkheid pleiten.

Inzet van dit hoofdstuk is om een maatstaf te vinden aan de hand waarvan kan worden bepaald of de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser ongerechtvaardigd is. Gezocht wordt naar een toets die flexibel genoeg is om recht te doen aan de bijzondere omstandigheden van het geval en die bovendien een niet te grote rem zet op de ontwikkeling van ongerechtvaardigde verrijking als zelfstandige bron van verbintenissen. Tegelijkertijd moet de toets zodanig zijn, dat verrijkingsaansprakelijkheid op een aansprekende – en inzichtelijke – wijze kan worden afgewezen, als deze in de omstandigheden van het geval moet worden afgewezen. Goede redenen voor afwijzing zijn van even groot belang als goede redenen voor toewijzing.

Het doel van dit hoofdstuk is niet om een toverformule te vinden waarmee met een enkel woord de gerechtvaardigde van de ongerechtvaardigde verrijkingen kunnen worden gescheiden. Doel is om een conceptueel perspectief tot ontwikkeling te brengen aan de hand waarvan kan worden afgewogen, of de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser in het concrete geval ongerechtvaardigd is. Daarbij zal worden gedifferentieerd tussen verschillende typen verrijkingsgevallen. Per gevalstype zal globaal worden aangegeven wat ten aanzien van de ongerechtvaardigdheid het uitgangspunt moet zijn en waarom dat zo is. Vervolgens zal per gevalstype worden gezien wanneer van het uitgangspunt mag worden afgeweken.

6.2 TWEE BENADERINGEN

Voordat we afdalen naar de analyse van het ongerechtvaardigdheidsvereiste van artikel 6:212 lid 1 BW, is het goed om een moment vanuit een rechtsvergelijkend perspectief bij het ongerechtvaardigdheidsvereiste stil te staan. Er zijn twee, min of meer tegenover elkaar staande conceptuele benaderingen, waarmee het ongerechtvaardigdheidsvereiste kan worden benaderd.¹

Aan de ene kant is er de continentale benadering, die een verrijking als ongerechtvaardigd beschouwt, indien deze het gevolg is van een vermogensverschuiving zonder dat deze berust op een toereikende grond (de *sine causa*-benadering). Aan de andere kant is er de traditionele *common law*-benadering, die een verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser als ongerechtvaardigd aanmerkt, indien er een *unjust factor* kan worden aangewezen, die de verrijking van de gedaagde ongerechtvaardigd doet zijn (de *unjust factors*-benadering).

1 Zie bijvoorbeeld: Goff & Jones 2016, nr. 1-21; Meier 2002, p. 37; Krebs 2002, p. 77-80; Birks 2005, p. 102-108; Dannemann 2009, p. 158-160.

Beide benaderingen zullen globaal worden geschetst.² Doel is om – op conceptueel niveau – de hoofdlijnen van beide benaderingen voor het voetlicht te brengen, zodat in het vervolg van dit hoofdstuk bij de verschillende benaderingen kan worden aangesloten. Hoewel – voor zover ik het overzie – vooral in de *common law* de vraag wordt opgeworpen of er naar de continentale benadering moet worden overgestapt,³ zal hier betoogd worden, dat het voor het Nederlandse recht voor – enkele – specifieke verrijkingsgevallen zinvol is om te werken met een maatstaf die geïnspireerd is door de Engelse *unjust factors*-benadering,⁴ al zal de uitwerking van de hier bepleite benadering (zeer) sterk van de Engelse verschillen en zal de hier ontwikkelde ‘*unjust-factors*’-benadering bovendien op andere gevallen worden toegepast dan die waarop de traditionele Engelse *unjust factors*-benadering wordt toegepast.

6.2.1 De *sine causa*-benadering

‘[H]et privaatrecht’, zo schrijft Schoordijk, ‘volgt vermogensverschuivingen met argusogen.’⁵ Dit beeld is, zeker ten aanzien van de continentale *sine causa*-benadering, treffend. Want steeds als er een vermogensverschuiving tussen de verarmde en de verrijkte heeft plaatsgevonden, dient er voor deze vermogensverschuiving een rechtvaardigingsgrond – een *causa* – te bestaan. Bestaat er voor een vermogensverschuiving geen toereikende rechtvaardigingsgrond – zoals een daartoe strekkende wet of rechtshandeling – dan is de verrijking van de verrijkte ten koste van de verarmde ongerechtvaardigd. De verarmde heeft dan – in beginsel – een verrijkingsactie tegen de verrijkte. Onder het oude BW werd dan ook, als het over de (niet gecodificeerde) verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking ging, wel gesproken over de verbintenis uit ‘ongegronde vermogensvermeerdering’ of ‘ongegronde verrijking’.⁶ Deze aanduiding sluit nauw aan bij de *sine causa*-benadering; een ongerechtvaardigde verrijking is een verrijking ten koste van een ander zonder *grond* die haar rechtvaardigt.

2 Een soortgelijke exercitie is eerder verricht door: Verhagen 1996, 368-377. Daarnaast heeft Damminga in zijn dissertatie veel aandacht besteed aan het Engelse recht. Zie Damminga 2014, p. 17-83, waarvan met name p. 44-61 over de *unjust factors*-benadering gaat.

3 Zie vóór een continentale benadering: Birks 2005, p. 101-160; Baloch 2007, p. 636-653. De handboeken handhaven de *unjust factors*-benadering. Zie: Goff & Jones 2016, nr. 1-21-25; Virgo 2015, p. 127-132; Burrows 2011, p. 95-116.

4 Damminga verwerpt de hantering van de *unjust factors*-benadering voor het Nederlandse recht. Zie Damminga 2014, p. 60-61.

5 Schoordijk 1984, p. 626. Het beeld is ook gebruikt in: Schoordijk 1999, p. 166.

6 Zie bijvoorbeeld de titels van de dissertaties: M.H. Bregstein, *Ongegronde Vermogens-vermeerdering*, Amsterdam: H.J. Paris 1928; A.M. Biegman-Hartogh, *Ongegronde verrijking*, Assen: Van Gorcum 1971.

Zimmermann heeft laten zien dat de *sine causa*-benadering is geworteld in het Romeinse recht en de receptie daarvan. Het Romeinse recht kende verschillende benoemde verrijgingsrechtelijke condities, waarvan de *condictio indebiti* (de verbintenis vanwege een onverschuldigde betaling) de bekendste is. Naast deze benoemde *condictiones* ontwikkelde zich een algemene conditie – de *condictio sine causa* – die steeds naast de benoemde condities van toepassing was.⁷ Zimmermann schrijft daarover:⁸

“‘Sine causa’ may [...] be seen as a common denominator for the whole range of Roman enrichment *condictiones*, and as such it presented itself as a suitable starting point for streamlining the law of unjustified enrichment.’

Zimmermann wijst erop dat Von Savigny heeft uiteengezet dat het beginsel dat aan de Romeinse *condictiones* ten grondslag ligt, steeds hetzelfde is. Steeds gaat het om gevallen waarin (i) de verrijkte is verrijkt uit het vermogen van de verarmde, terwijl (ii) daar geen rechtvaardigingsgrond voor bestaat.⁹ In navolging van Von Savigny heeft de Duitse wetgever een algemene verrijgingsactie in de wet opgenomen, die is gestoeld op de *sine causa*-benadering.¹⁰ Ook het gloednieuwe Franse recht staat in de sleutel van de *sine causa* benadering. ‘*L’enrichissement est injustifié*’, zo bepaalt artikel 1303 lid 1 Cc, ‘*lorsqu’il ne procède ni de l’accomplissement d’une obligation par l’appauvri ni de son intention libérale.*’

Belangrijker dan de historische wortels van de *sine causa*-benadering, is dat de *sine causa*-benadering berust op een stevig fundament. Bij de bespreking van de *sine causa*-conceptie van het verrijgingsbeginsel is dit reeds aan de orde gekomen.¹¹ Het begrip vermogensverschuiving impliceert, dat de door de verrijkte verkregen vermogensbestanddelen eerder rechtens aan de verarmde toebehoorden. In dit vroegere toebehoren ligt aldus een reden besloten waarom de verrijking van de verrijkte ten koste van de verarmde ongerechtvaardigd is indien er voor deze vermogensverschuiving een rechtvaardigingsgrond ontbreekt.¹² Als een recht aan iemand toebehoort, dan mag dit recht niet zonder meer – niet zonder rechtvaardigingsgrond – overgaan op een ander.¹³ Dit brengt met zich, dat als eenmaal geconstateerd is, dat er tussen de verarmde en de verrijkte een vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden, er een forse stap is gezet richting de conclusie dat de verrijking van de verrijkte ten koste van de verarmde ongerechtvaardigd is. Voor ongerechtvaardigheid is slechts vereist dat een rechtvaardigingsgrond

7 Zimmermann 1990, p. 872.

8 T.a.p.

9 Zimmermann 1990, p. 871-873.

10 Danneman 2009, p. 8-9.

11 Zie par. 2.6.2.

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

13 Zie voor het Nederlandse recht: Nieskens-Isphording 1991, p. 10-11; Damminga 2014, p. 227. Zie over de onverschuldigde betaling: Scheltema 1997, p. 9.

ontbreekt. Van hieruit ontvouwt zich een belangrijk kenmerk van de *sine causa*-benadering. Is er een vermogensverschuiving, dan is het startpunt van de analyse, dat een daaruit voortvloeiende verrijking ongerechtvaardigd is. Dit is alleen anders als er in de omstandigheden van het geval een rechtvaardigingsgrond voor de verrijking kan worden aangewezen. In het DCFR komt dit in artikel VII-2:101 treffend naar voren:

‘An enrichment is unjustified *unless*: (a) the enriched person is entitled as against the disadvantaged person to the enrichment by virtue of a contract or other juridical act, a court order or a rule of law; or (b) the disadvantaged person consented freely and without error to the disadvantage.’ (Curs. TvdL)

Een verrijking is ongerechtvaardigd *tenzij* er een rechtvaardiging voor de vermogensverschuiving is. Met dit uitgangspunt wordt de aandacht welhaast automatisch gevestigd op de gronden die vermogensverschuivingen kunnen rechtvaardigen.¹⁴

Verschillende schrijvers hebben erop gewezen dat in de *sine causa*-benadering de reden, waarom een rechtvaardigingsgrond in een concreet geval ontbreekt, er niet toe doet.¹⁵ Het maakt voor de ongerechtvaardigdheid van de vermogensverschuiving bijvoorbeeld niet uit, of de grond ontbreekt omdat deze van meet af aan afwezig is, of omdat een overeenkomst die als grond dient achteraf en met terugwerkende kracht is vernietigd. Dit brengt met zich, dat de gronden van nietigheid en vernietigbaarheid, buiten het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking vallen. De *sine causa*-benadering stelt de abstracte gedachte voorop dat een vermogensverschuiving een rechtvaardiging behoeft; wat als een rechtvaardiging geldt of kan gelden is een vraag die over de volle breedte van het vermogensrecht wordt beantwoord.

Hoewel in dit beeld waarheid schuilt, kan tegelijkertijd – in mijn optiek – niet worden ontkend, dat de vraag wat als een toereikende grond geldt een vraag is die mede binnen het kader van artikel 6:212 lid 1 BW (of artikel 6:203 BW) moet worden beslist. De vraag, bijvoorbeeld, of een verrijking die uit de wet voortvloeit – terwijl de wet die verrijking beoogt te rechtvaardigen – in bijzondere omstandigheden toch ongerechtvaardigd kan zijn, is een vraag die het hart van het verrijkingsleerstuk raakt.¹⁶ Hetzelfde geldt voor de vraag of een overeenkomst met een ander dan de verarmde jegens de verarmde kan gelden als een rechtvaardigingsgrond in het kader van artikel 6:212 lid 1 BW.¹⁷

14 Gordley 2006, p. 422.

15 Zweigert & Kötz 1998, p. 542; Burrows, p. 36.

16 Zie daarover par. 6.5.4.

17 Zie daarover par. 6.5.3.

6.2.2 De *unjust factors*-benadering

In de traditionele *common law*-benadering wordt de vraag of een verrijking van de een ten koste van de ander ongerechtvaardigd is – vanuit een conceptueel oogpunt – op een fundamenteel andere manier benaderd dan de continentale *civil law* stelsels zoals het Nederlandse.¹⁸ Daar waar in *civil law* stelsels een verrijking ongerechtvaardigd is als de vermogensverschuiving niet krachtens een toereikende rechtvaardigingsgrond heeft plaatsgevonden, is in de *common law* een verrijking alleen ongerechtvaardigd als er in de omstandigheden van het geval een ‘*restitutionary ground*’ of ‘*unjust factor*’ aanwezig is.¹⁹ Een dergelijke ‘*restitutionary ground*’ of ‘*unjust factor*’ is een positieve reden waarom een bepaalde verrijking van de een ten koste van de ander ongerechtvaardigd is.²⁰

Als de eiser aan de gedaagde een betaling heeft verricht, zonder dat hij daartoe verplicht was, bijvoorbeeld omdat het contract op grond waarvan hij heeft betaald is vernietigd, dan is de verrijkingsrechtelijke afwikkeling in een continentaal rechtstelsel alleszins overzichtelijk. Zo moet de betaling naar Nederlands recht, ongedaan worden gemaakt, omdat er geen rechtsgrond voor de betaling aanwezig is. In de Engelse *unjust factors approach* is het precies één slag ingewikkelder en is het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond voor de vermogensverschuiving over het algemeen een noodzakelijke,²¹ maar niet een voldoende voorwaarde om de verrijking die het gevolg is van de betaling ongerechtvaardigd te doen zijn. Vereist is dat er in de omstandigheden van het geval een *unjust factor* aanwezig is die de verrijking ongerechtvaardigd doet zijn. Dit is bijvoorbeeld het geval als is betaald onder invloed van dwaling (*mistake*), dwang (*duress*) of misbruik van omstandigheden (*undue influence*). Het kan heel wel zo zijn dat eerst de overeenkomst moet worden aangetast en dat vervolgens – daarbovenop – moet worden aangetoond dat er een *unjust factor* is die tot restitutie aanleiding geeft.²² Het ongerechtvaardigdheidsvereiste is dus naar het Engelse recht conservatiever, dan het geval is in de *sine causa*-benadering. Beatson schrijft:

‘In stark contrast with the civilian approach, the defendant need not justify his or her retention for *it is not enough* that the defendant’s retention was without legal ground. Rather, English law requires the claimant to establish a positive reason for recovery by satisfying one of the accepted grounds of restitution.’²³ [Curs. TvdL]

18 Daarover ook Verhagen 1996, p. 372-377; Damminga 2014, p. 44-46.

19 Goff & Jones 2016, nr. 1-21; Burrows 2012, p. 31. De benadering is ontwikkeld door Birks: Birks 1985, p. 19.

20 Beatson & Schrage 2003, p. 253; Meijer 2007, p. 3.

21 Zie Goff & Jones 2016, nr. 1-11-1-12 en ch. 2 en 3; Burrows 2012, nr. 3(6) en 10(6).

22 Damminga 2014, p. 60.

23 J. Beatson, E.J.H. Schrage (red.), *Unjustified Enrichment*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2003, p. 253.

Er zijn grofweg drie groepen *unjust factors*.²⁴ Een eerste groep van zulke restitutiegronden zijn *unjust factors* die aanknopen bij het feit dat de bevoorordingsbedoeling van de eiser afwezig of gebrekkig is.²⁵ Sommige daarvan zijn nauw verwant aan 'onze' wilsgebreken.²⁶ Als de verarmde, bijvoorbeeld, heeft betaald onder invloed van een *mistake* of bepaalde gevallen van *duress* dan is de daaruit voortvloeiende verrijking van de ontvanger ongerechtvaardigd. Ook kan worden gedacht aan gevallen van '*legal compulsion*'.²⁷ Als de eiser, bijvoorbeeld als borg, door de schuldeiser van de gedaagde is gedwongen een schuld van de gedaagde te voldoen, dan heeft hij een actie tegen de gedaagde hoofdschuldenaar. Cruciaal is, dat de borg in dat geval niet de wil had de gedaagde te verrijken. Er is sprake van *legal compulsion*.²⁸

Een tweede groep van restitutiegronden ziet op gevallen waarin de verarmde weliswaar de verrijkte wilde verrijken, maar de voorwaarden waaronder hij dit wilde doen niet zijn uitgekomen terwijl de gedaagde op de hoogte was – of op de hoogte kon zijn – van die voorwaarde.²⁹ Het gaat om de restitutiegrond *total failure of consideration*³⁰ of *failure of basis*.³¹ Er kan bijvoorbeeld worden gedacht aan gevallen in de contractuele sfeer waarin één van de partijen betaald heeft terwijl de ander nalaat zijn verplichting na te komen. Na de ontbinding (*termination*) kan de verarmde – onder omstandigheden – een verrijkingsactie instellen tegen de ontvanger.³² Anderzijds kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het geval, waarin de vader van de aanstaande bruid, aan zijn aanstaande schoonzoon € 1.000 ten behoeve van de voorgenomen huwelijksreis. Gaat het huwelijk niet door, dan heeft de gewezen schoonvader mogelijk een verrijkingsactie tegen zijn gewezen schoonzoon vanwege *total failure of consideration*.³³

Een derde groep van *unjust factors* wordt gevormd door restitutiegronden die om rechtspolitieke redenen zijn erkend.³⁴ Het is een restcategorie waar onder meer het geval onder valt waarin de eiser belasting betaalt in een geval waarin de overheidsinstantie niet de bevoegdheid had de belasting te heffen. Ook kan gedacht worden aan gevallen die wij onder de zaakwaarneming zouden scharen. Het gaat dan om restitutie op grond van de *unjust factor 'necessity'*.³⁵

24 Ik volg de indeling gemaakt door Birks 1985. Het is niet de enige mogelijke indeling. Vgl. Bijvoorbeeld Goff & Jones 2016, nr. 1-25.

25 P. Birks 1985, p. 140 e.v.

26 In deze zin Damminga 2014, p. 49 e.v. en p. 61.

27 Zie over deze unjust-factor: Burrows 2012, nr. 18;

28 Birks 1985, p. 186.

29 Birks 1985, p. 219 e.v.; Zie Goff & Jones 2016, nr. 12-01 e.v.

30 Burrows 2011, p. 341

31 Zie Goff & Jones 2016, nr. 12-01 e.v.

32 Zie daarover: Goff & Jones 2016, nr. 13-16-13-17; Burrows 2012, nr. 18.

33 Vgl. Burrows 2012, nr. 15(2); Burrows 2011, p. 398.

34 Birks, 1985, p. 294 e.v.; Goff & Jones 2016, nr. 1-25.

35 In discussie is of het recht in enkele bijzondere gevallen recht op restitutie geeft of dat er veeleer een algemene regel aanvaard moet worden. Zie Goff & Jones 2016, nr. 18-01.

Komt er een in de *case law* erkende *unjust factors* voor toepassing in aanmerking dan is daarmee het pleit nog niet beslecht. Burrows schrijft, dat de indicatie van een *unjust factor* slechts het begin van de analyse is en ook Birks begint de behandeling van de door hem onderscheiden *unjust factors* steeds met de kanttekening dat niet alle vormen van *mistake*, *duress*, enzovoorts, aanleiding tot restitutie geven.³⁶ Wij zien hier in wezen de consequentie van de specifieke methode van rechtsvinding in de *common law* die, zoals bekend, inductief van aard is en gebouwd op een systeem van precedënten. Het is een consequentie die maakt en onderstreept dat vooral gezocht wordt naar de aanwezigheid van een grond – een positieve reden – waarom een vermogensverschuiving in een bepaald geval ongerechtvaardigd is.

De Engelse zaak *C.T.N. Cash and Carry Ltd v Gallaher Ltd* kan het contrast tussen de *sine causa*-benadering en de *common law*-benadering verduidelijken.³⁷ De eiser pleegde, in het kader van zijn onderneming, op vaste voet sigaretten van de gedaagde te kopen. Het ging om een soort die alleen de gedaagde verkocht. Op een gegeven moment rees de vraag of de eiser geld verschuldigd was voor een partij gestolen sigaretten. In debat was of het risico al op de eiser (als koper) was overgegaan. Achteraf bleek dit niet zo te zijn. Toen dit nog onbekend was – en de gedaagde te goeder trouw aannam dat de eiser £ 17.000 verschuldigd was – was de gedaagde slechts bereid sigaretten te leveren indien de eiser de verschuldigde som betaalde. De eiser zag zich gedwongen te betalen. Na enkele jaren probeerde de eiser de som te verrekenen met de koopprijs voor een latere partij sigaretten. In rechte lukte dat niet. Er was niet voldaan aan de eisen voor *economic duress*. De omstandigheid dat de betaalde som van £ 17.000 (toch) niet verschuldigd was maakte dit niet anders. Er was geen *unjust factor* die de verrijking ongerechtvaardigd deed zijn.

Bij de *sine causa*-benadering zou, daarentegen, het feit dat de eiser de betaalde som niet verschuldigd was zwaarwegend zijn. Slechts als er sprake is van bijzondere omstandigheden – zoals een vaststellingsovereenkomst of rechtsverwerking – is denkbaar dat de gedaagde in een geval als dit het voordeel mag behouden. Het uitgangspunt is in de *sine causa*-benadering echter dat de £ 17.000 onverschuldigd is betaald, zodat de som weldegelijk voor restitutie (of, zoals in de besproken zaak gevorderd: voor verrekening) in aanmerking zou komen.

Een zaak als *Cash and Carry* markeert het verschil tussen de *sine causa*-benadering en de *unjust factors*-benadering. Tegelijkertijd wordt in de *common law*-literatuur opgemerkt dat de resultaten van de *unjust factors*-benadering niet al te zeer verschillen met wat rechtens zou zijn als een *absence of basis*-benadering zou worden aangenomen.³⁸ Daarbij moet dan weer worden

36 Burrows 2011, p. 86; Birks 1985, p. 148 en p. 174.

37 Zie: [1993] EWCA Civ 19. Zaak gevonden bij: Virgo 2015, p. 130. Kritisch over deze zaak Burrows 2011, p. 109.

38 Zie Goff & Jones 2016, nr. 1-12; Burrows 2012, nr. 3(6).

bedacht, dat de Engelse invulling van de *absence of basis*-benadering heel wel anders – strenger – zou kunnen zijn dan de continentale *sine causa*-benadering.

De vraag of een verrijking ongerechtvaardigd is wordt dus primair bepaald door de vraag of er in een concreet geval een *unjust factor* kan worden aangewezen. Maar als dit het geval is, dan is de verrijking van de gedaagde daarmee nog niet per definitie ongerechtvaardigd. De verrijking is, ondanks de aanwezigheid van een grond voor restitutie – als gezegd³⁹ – niet ongerechtvaardigd als er een specifieke rechtvaardigingsgrond voor de verrijking bestaat.⁴⁰ Betaalt, bijvoorbeeld, de eiser onder invloed van *duress* hetgeen hij aan de gedaagde verschuldigd is, dan is de gedaagde niet ongerechtvaardigd verrijkt. De rechtvaardigingsgrond weegt dan als het ware zwaarder dan de *unjust factor*.⁴¹

De *unjust factors*-benadering is hier niet opgevoerd omwille van de details. Interessant aan de *common law*-benadering is de conceptuele benadering van het ongerechtvaardigdheidsvereiste, waarbij het uitgangspunt is dat een verrijking niet ongerechtvaardigd is, tenzij er een goede reden is die de verrijking ongerechtvaardigd doet zijn. Zoals we zullen zien kan een dergelijk mechanisme, waarbij naar een positieve reden voor ongerechtvaardigdheid wordt gezocht voor bepaalde, specifieke gevalstypen een vruchtbaar perspectief bieden. Soms verdient de *sine causa*-benadering de voorkeur, soms een – sterk – aangepaste variant van de *unjust factors*-benadering. In welke typen gevallen welke toets aangewezen is – en wat de toets per gevalstype inhoudt – zal in de komende paragrafen worden uiteengezet.

6.3 HEERSENDE LEER EN KNELPUNTEN

6.3.1 De *sine causa*-benadering

Het ongerechtvaardigdheidsvereiste van de algemene verrijkingsactie wordt in het Nederlandse recht in de sleutel van de continentale *sine causa*-benadering gezet. Hartkamp & Sieburgh schrijven over het vereiste van ongerechtvaardigdheid:⁴²

‘Dit vereiste vormt de kern van het onderhavige leerstuk (bedoeld is het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking, TvdL), maar het laat zich niet gemakkelijk omschrijven. Natuurlijk doet niet elke vermogensverschuiving een verplichting tot teruggave ontstaan. Het gehele maatschappelijke en economische verkeer is gebaseerd op ruil van goederen en diensten, met als gevolg een onafgebroken wisseling van vermogensbestanddelen. Een

39 Zie boven, aldaar is uiteengezet dat het ontbreken van een grond een noodzakelijke, maar niet een voldoende voorwaarde voor restitutie is.

40 Zie Goff & Jones 2016, nr. 1-11-1-12 en ch. 2 en 3; Burrows 2012, nr. 3(6) en 10(6).

41 In deze termen: Burrows 2011, p. 88. Zie ook: Goff & Jones 2016, nr. 1-11-1-12.

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

verplichting tot vergoeding van een vermogensvermeerdering ontstaat pas, indien deze ongerechtvaardigd is, d.w.z. indien voor het behouden daarvan geen redelijke oorzaak, geen rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Blijkens de Parl. Gesch. Boek 6, p. 829 e.v., 832 e.v. is dit het geval indien de vermogensverschuiving noch op een rechtshandeling berust noch krachtens de wet door de verkrijger mag worden behouden.'

Dit is het Nederlandse paradigma. Een verrijking van de een ten koste van de ander behoeft, zo leert de literatuur, – op straffe van ongerechtvaardigdheid – een redelijke grond,⁴³ een rechtvaardigingsgrond of, zoals het ook wel wordt omschreven, een 'legitimatiemoment'.⁴⁴ Vervolgens verschuift de focus naar de vraag wat als rechtvaardigingsgrond of legitimatie kan dienen.⁴⁵ De overeenkomst en de wet zijn daarbij *The Usual Suspects*. In de jurisprudentie is eenzelfde beoordelingskader te ontwaren,⁴⁶ zodat gesproken kan worden van een heersende leer ten aanzien van het ongerechtvaardigheidsvereiste.

Zoals we verderop zullen zien, kan er in bepaalde gevallen verschillend worden gedacht over de vraag of een bepaalde *prima facie* rechtvaardigingsgrond de verrijking daadwerkelijk legitimeert. Maar die discussie vindt dan in het kader van de *sine causa*-benadering plaats. Dit kader is voor het leeuwendeel van de gevallen overtuigend, omdat deze benadering is gestoeld op de logica van het vermogensrechtelijk toebehoren. Het recht kan niet zomaar toelaten dat iemand zonder goed grond zijn 'eigendom' verliest.⁴⁷ '[E]vengoed', zo schrijft Bregstein 'als de eigendom potentieel voorzien is van de revindicatie, is hij potentieel voorzien van de verrijkingsactie'.⁴⁸

43 Zie bijvoorbeeld: M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 6.1; Jac. Hijma in: *T&C BW*, commentaar op art. 6:212 BW, nr. 2 onder d; *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Vriesendorp), nr. 314-316; A.M. Biegman-Hartogh, *Ongegronde verrijking*, Assen: Van Gorcum 1971, p. 8; H.L.A. Verhagen, 'Absence of Basis and Unjustified Enrichment in Dutch Law. The *condictio indebiti* as an enrichment action', *Restitution Law Review*, p. 138-140; Koolhoven 2011, p. 177-183; Damminga 2014, p. 226-228. Vgl. Schrage 2017, nr. 135-150.

44 Nieskens-Isphording 1998, p. 102-103; Engelhard & Van Maanen 1998, p. 315.

45 Zie bijvoorbeeld – zeer uitgebreid – Koolhoven 2011, p. 183-243. Zie verder: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/465-466; M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 6.1; Jac. Hijma in: *T&C BW*, commentaar op art. 6:212 BW, nr. 2 onder d; *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Vriesendorp), nr. 315-316; Damminga 2014, p. 228-238.

46 Zie bijvoorbeeld: HR 23 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2620, *NJ* 2006/100 (LRS/Sint Willibrordus), r.o. 3.3.2; HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928 *NJ* 2007/154, m.nt. J.B.M. Vranken (Koker/Cornelius), r.o. 3.6.3; HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, *NJ* 1998/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (Ontvanger/Hamm), r.o. 3.4; HR 30 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6338, *NJ* 2000/536 (Ermer/ABN-AMRO), r.o. 3.4.

47 De haken staan er, omdat ik eigendom hier ruimer gebruik dan de wet, dat de eigendom als het meest omvattende recht op een zaak beschrijft. Zie art. 5:1 BW.

48 Bregstein 1927, p. 193.

6.3.2 De visie van Meijer

Volledig onbestreden is de heersende leer niet. In zijn proefschrift heeft Meijer – in een lang betoog, waarvan niet alle finesses kunnen worden weergegeven – een andere benadering voorgesteld.⁴⁹ Vanuit de gedachte dat de verrijkingsactie net als de vordering op grond van onrechtmatige daad strekt tot *vermogensbescherming*, heeft hij bij de vormgeving van het ongerechtvaardigdheidsvereiste, aansluiting gezocht bij de wijze waarop in het leerstuk van de onrechtmatige daad beoordeeld wordt of een bepaalde gedraging onrechtmatig is. Het gaat daarbij niet zozeer om een vergelijking op het niveau van de oplossingen voor concrete gevallen, maar hij beziet of de wijze waarop het ongeschreven recht in het onrechtmatigedaadsrecht gebruikt wordt, inspiratie kan bieden voor het verrijkingsrecht.⁵⁰ Aldus heeft hij een kader voor ongerechtvaardigdheid ontwikkeld, waarin het ongeschreven recht, net zoals dat bij de onrechtmatige daad het geval is, een belangrijke rol speelt bij de vraag of een verrijking van de een ten koste van de ander ongerechtvaardigd is.

Hij komt tot het volgende model.⁵¹ De (on)gerechtvaardigdheid vloeit volgens Meijer voort uit vier gezichtspunten: (i) de wet (ii) de aan- of afwezigheid van een rechtshandeling (iii) de aan- of afwezigheid van een subjectief recht en (iv) het ongeschreven recht. Het ongeschreven recht kan vervolgens aanleiding geven tot een foutaansprakelijkheid (als er een zorgvuldigheidsnorm geschonden is) of tot een risicoaansprakelijkheid. Als het laatste het geval is, dan zijn er volgens Meijer vier toerekeningsfactoren van belang. Het zijn (a) de aard van de rechtsverhouding tussen de verarmde en de verrijkte (b) de verkeersopvatting (c) de overige omstandigheden van het geval en (d) de redelijkheid en billijkheid.

In het model van Meijer bepalen positieve criteria of een verrijking in een concreet geval ongerechtvaardigd is. Damminga heeft er op gewezen, dat de benadering van Meijer in dat opzicht lijkt op de *unjust factors*-benadering.⁵² Een verschil is echter dat de door Meijer onderscheiden factoren een soort gezichtspunten vormen op basis waarvan moet worden afgewogen of een verrijking in een concreet geval ongerechtvaardigd is, terwijl de Engelse *unjust factors* steeds verwijzen naar specifieke, in de *case law* aanvaarde redenen van ongerechtvaardigdheid, waarbij de aanwezigheid van één *unjust factor* genoeg is om de verrijking ongerechtvaardigd te doen zijn.

De benadering van Meijer is origineel maar tegelijkertijd kwestieus. Meijer onderscheidt – in navolging van het onrechtmatigedaadsrecht – tussen aansprakelijkheid uit ongerechtvaardigde verrijking op basis van foutaansprakelijkheid en aansprakelijkheid uit ongerechtvaardigde verrijking op basis van risicoaansprakelijkheid. Bij aansprakelijkheid uit hoofde van

49 Meijer 2007, p. 103-246.

50 Meijer 2007, p. 110.

51 Meijer 2007, p. 176.

52 Damminga 2014, p. 45.

ongerechtvaardigde verrijking op basis van foutaansprakelijkheid denkt hij aan het geval dat de verrijkte een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden, welke schending de verrijking ongerechtvaardigd doet zijn, zonder dat hij duidelijk maakt wat de meerwaarde van een dergelijke verrijkingsaansprakelijkheid is ten opzichte van de onrechtmatige daad. Als Meijer vervolgens toekomt aan de aansprakelijkheid uit ongerechtvaardigde verrijking op basis van risicoaansprakelijkheid, speelt het ongeschreven recht onder verschillende etiketten een rol zonder dat heel duidelijk wordt waarom al die etiketten moeten worden onderscheiden, terwijl het, analytisch gezien, slechts om één beoordelingspunt gaat: is de verrijking ongerechtvaardigd of niet? Dit maakt de benadering wat ongrijpbaar.

Dit wordt nog eens versterkt doordat bij een doorsnee geval van ongerechtvaardigde verrijking de factoren van Meijer amper een rol behoeven te spelen om tot bevredigende resultaten te komen. Als iemand de dakpannen van mijn buurman per ongeluk op mijn huis legt, en ik door natrekking eigenaar word van de dakpannen, dan is die verrijking ongerechtvaardigd, omdat de natrekkingsregels deze verrijking niet beogen te rechtvaardigen. De ongerechtvaardigdheid van mijn verrijking wordt verklaard door het feit dat ik zonder toereikende rechtvaardigingsgrond eigenaar ben geworden van de dakpannen die voorheen aan mijn buurman toebehoorden. Ik moet de dakpannen in beginsel van mijn huis halen en terug leveren aan mijn buurman. Het geavanceerde kader van Meijer is dan niet nodig. Uiteraard kan de vraag ingewikkelder gemaakt worden door de dakpannen te vervangen door een laag verf, die zich niet eenvoudig laat verwijderen. In mijn optiek is de verrijking ook dan – en om precies dezelfde redenen – ongerechtvaardigd. Wel kan dan worden afgevraagd of verrijkingsaansprakelijkheid in geld redelijk zou zijn omdat aansprakelijkheid de gedaagde mogelijk een bepaald bestedingspatroon zou opdringen. Met die vraag hoeft het ongerechtvaardigdheidsvereiste niet te worden belast. Dit is stof voor het redelijkheidsvereiste.

Een belangrijke reden waarom Meijer bij de inkleuring van het vereiste van ongerechtvaardigdheid aansluiting zoekt bij de wijze waarop in het onrechtmatigedaadsrecht de onrechtmatigheid wordt vastgesteld, is dat dit rechtsgebied, volgens Meijer, dusdanig ver is ontwikkeld, 'dat duidelijkheid bestaat over de gronden (geschreven en ongeschreven recht) op basis waarvan onrechtmatigheid kan worden vastgesteld'.⁵³ Hier rijzen echter twee, met elkaar samenhangende, probleempunten.

In de eerste plaats ziet de verbintenis uit onrechtmatige daad op een geheel ander feitelijk gebeuren dan de ongerechtvaardigde verrijking. Bij de onrechtmatige daad gaat het om de *onrechtmatigheid* van gedrag en *toerekening* van het gedrag aan de dader, bij de ongerechtvaardigde verrijking gaat het om de vraag of de verrijking van de een ten koste van de ander *ongerechtvaardigd* is. Gedrag laat zich door open normen en maatmannen regu-

53 Meijer 2007, p. 110.

leren. In het kader van het onrechtmatigedaadsrecht kan met Nieuwenhuis worden gezegd: 'Vraag niet hoe, maar het is er en het werkt: ongeschreven recht.'⁵⁴ Of het ongeschreven recht een dergelijk zware rol zal spelen bij het ongerechtvaardigdheidsvereiste is de vraag.

Daarmee ben ik bij het volgende punt. Het onrechtmatigedaadsrecht is weliswaar een ontwikkeld rechtsgebied, maar de ontwikkeling heeft in de afgelopen honderd jaar vooral in de rechtspraak plaatsgevonden. Is het profiteren van andermans wanprestatie onrechtmatig? Wanneer is een gevaar-zetting onrechtmatig? Wanneer is er sprake van onrechtmatige hinder? Over deze en andere vragen is een uitgebreide jurisprudentie tot ontwikkeling gekomen. Het is uiteraard mogelijk om, geïnspireerd door de vormgeving van de onrechtmatige daad, onder verschillende vlaggen – 'de verkeersopvatting', 'de omstandigheden van het geval', 'de redelijkheid en billijkheid' – het ongeschreven recht het verrijgingsrecht binnen te loodsen, maar het vlees en bloed van de jurisprudentie is daarmee nog niet overgeheveld. Dat kan ook niet, omdat de jurisprudentie die betrekking heeft op de onrechtmatige daad ziet op de toetsing van gedrag en niet op de vraag of de verrijking van de een ten koste van de ander ongerechtvaardigd is.

6.3.3 Enkele voor de *sine causa*-benadering problematische gevallen

Hoewel het betoog van Meijer in zijn algemeenheid geen bijval verdient, en de heersende *sine causa*-benadering vooralsnog niet verlaten is, kan men zich afvragen of de *sine causa*-benadering in alle verrijgingsgevallen de aangewezen weg is. Bovendien kan men zich in navolging van Meijer afvragen, in welke gevallen het ongeschreven recht een rol kan of moet spelen bij de vraag of een verrijking in een concreet geval ongerechtvaardigd is. Dit geldt temeer omdat er een aantal verrijgingsgevallen zijn waarin de *sine causa*-benadering niet goed lijkt te werken. Een aantal voorbeelden:

1. De overheid verlegt een weg waardoor het huis van de gedaagde in waarde stijgt terwijl het huis van de eiser in waarde daalt.⁵⁵
2. De eiser vestigt een Kurhaus in een klein bergdorp waardoor de middenstand opleeft en de huizenprijzen stijgen.⁵⁶
3. De gedaagde is in dezelfde bedrijfstak werkzaam als de eiser en wint een slag in hun onderlinge concurrentiestrijd, waardoor vaste klanten van de eiser overstappen naar de gedaagde.⁵⁷

⁵⁴ Nieuwenhuis 2007, p. 5.

⁵⁵ Voorbeeld is ontleend aan: Wilburg 1934, p. 14-15. Damminga 2014, p. 187.

⁵⁶ Von Caemmerer 1968, p. 375.

⁵⁷ Gordley 2006, p. 425. Vgl. voor gevallen met een soortgelijke verrijgings-verarmingsstructuur: HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2018, NJ 1997/3, m.nt. E.J.H. Schrage (Van der Tuuk Adriani/Batelaan); HR 2 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9765, NJ 2001/319, m.nt. J.B.M. Vranken (Hulsman/Van der Graaf); HR 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6098, NJ 2008/120, m.nt. Ch. Gielen (CFS/Stork).

4. De gedaagde is woonachtig boven het appartement van de eiser. De laatstgenoemde stookt de kachel dusdanig hoog op, dat de gedaagde stookkosten bespaart.⁵⁸
5. De gedaagde is samen met de eiser woonachtig op een klein eiland. De eiser probeert de gedaagde ertoe te bewegen bij te dragen aan een dijk, maar deze weigert en blijft weigeren. De eiser besluit de dijk zelf te financieren om droge voeten te houden.⁵⁹

Wie zich bij deze gevallen afvraagt of de gedaagde aansprakelijk is uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, zal met het schema van de *sine causa*-benadering niet helemaal uitkomen. Elk van deze gevallen heeft als kenmerk, dat het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond niet *mutatis mutandis* tot de conclusie leidt dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser ongerechtvaardigd is.⁶⁰ Bij niemand zal de gedachte opkomen dat, bijvoorbeeld, de omwonenden van het Kurhaus ongerechtvaardigd zijn verrijkt ten koste van de onderneming die het hotel exploiteert ook al ontleen de omwonenden hun verrijking niet aan een specifieke rechtvaardigingsgrond.

Hoogstens zou betoogd kunnen worden, dat in het geval waarin de ene onderneming marktaandeel wint ten koste van de andere onderneming, het voordeel van de succesvolle ondernemer wordt gerechtvaardigd door het beginsel van de vrije concurrentie. Dit zijn echter andersoortige rechtvaardigingsgronden dan waar het in de *sine causa*-benadering doorgaans om draait. Meestal gaat het om een tot de verrijking strekkende wet of rechtshandeling. Bij de laatste twee gevallen zou, in dit verband, met Birks gezegd kunnen worden dat er sprake is van een schenking (*'a gift'*). *'The rising heat'*, zo schrijft hij over het voorlaatste geval, *'is thus a gift, although possibly not warmly wished.'*⁶¹ In deze prachtige zin, zit echter verscholen dat het schenkingsoogmerk ontbreekt, zodat ook deze grond op zijn best gekunsteld is.⁶²

6.4 DIFFERENTIATIE

6.4.1 Het probleem

Waarom werkt de *sine causa*-benadering in de gevallen uit de vorige paragraaf niet goed? De gevallen hebben met elkaar gemeen dat er een zeker verband bestaat tussen de verrijking van de verrijkte en de verarming van

58 Het is een bekend voorbeeld. Zie bijvoorbeeld: Birks 2005, p.158. Het voorbeeld wordt aangestipt in Schrage 2017, nr. 109.

59 Het voorbeeld wordt – onder andere – genoemd door Schrage. Zie: Schrage 1999, p.77. Hij verwijst daarin naar de locus classicus: Cass. Req. 6 November 1838, s. 1839.1.160.

60 Zie in vergelijkbare zin Wilburg 1934, p. 12 e.v. Zie ook: Von Caemmerer 1968, p. 374.

61 Birks 2005, p. 158.

62 Vgl. art. 7:175 BW.

de verarmde, zonder dat er sprake is van een *vermogensverschuiving* tussen de verarmde en de verrijkte of een daarmee gelijk te stellen gebeurtenis. De afwezigheid van een vermogensverschuiving maakt dat de *sine causa*-benadering in al deze gevallen niet werkt. Er is geen sprake van een vermogensverschuiving die behoeft te worden gerechtvaardigd: de verrijkte heeft niet iets verkregen dat afkomstig is uit het vermogen van de verarmde. Als er in gevallen als deze geen wet of rechtshandeling voorhanden is die de verrijking van de verrijkte rechtvaardigt, dan brengt dit niet *mutatis mutandis* met zich, dat de verrijking van de verrijkte ongerechtvaardigd is. Het vereiste van ongerechtvaardigdheid kan in deze groep gevallen niet worden ingevuld met de *sine causa*-benadering, zodat er goed beschouwd geen concrete maatstaf voorhanden is om te bepalen of de verrijking ongerechtvaardigd is.

Damminga is dit probleem één stap voor. Hij beperkt aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking ex artikel 6:212 lid 1 BW tot verrijkingen en daarmee corresponderende verarmingen die het gevolg zijn van vermogensverschuivingen. Dit wil hij bereiken door het vereiste causale verband tussen de verrijking en de verarming – het ten-koste-van-vereiste – eng op te vatten, in die zin dat alleen vermogensverschuivingen eronder vallen.⁶³ Is er geen sprake van een vermogensverschuiving, dan moet – in de optiek van Damminga – aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking worden afgewezen, omdat er dan geen voldoende verband tussen de verrijking en de verarming bestaat in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW. Op deze wijze is hij in staat om voor alle (overblijvende) gevallen van ongerechtvaardigde verrijking één maatstaf te geven. Als de verrijking niet wordt gerechtvaardigd door een redelijke grond, dan is er sprake van een ongerechtvaardigde verrijking omdat een verschuiving van vermogensbestanddelen een rechtvaardigingsgrond behoeft.⁶⁴

Het voordeel van deze zienswijze is dat aansprakelijkheid uit ongerechtvaardigde verrijking – als er geen sprake is van een vermogensverschuiving – eenvoudig kan worden afgewezen via het vereiste causale verband. Het is bovendien een benadering die de aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking daarmee scherp afbakent. Dit komt de rechtszekerheid ten goede. Is er geen sprake van een vermogensverschuiving, dan is aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking uitgesloten.

Die zekerheid is tegelijkertijd ook de keerzijde. Het nadeel is dat via een strikte toepassing van het vereiste causale verband, een groep gevallen, waarin er heel wel een verband tussen de verrijking en de verarming kan bestaan, systematisch van het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking wordt uitgesloten, met een criterium dat blind is voor de specifieke omstandigheden van het geval. Dit staat op gespannen voet met de aanvullende functie van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking: vat men het vereiste verband te eng op, dan verliest de verbintenis uit ongerechtvaardig-

63 Damminga 2014, p. 193-195.

64 Damminga 2014, p. 226-228.

de verrijking aan aanvullende kracht. Dit wreekt omdat, zoals in het vervolg van dit boek zal worden betoogd, er in de gevallen die in de vorige paragraaf zijn opgevoerd er weldegelijk – bijzondere – omstandigheden kunnen zijn die de verrijking ongerechtvaardigd doen zijn.⁶⁵ Daarom wordt de toepassing van de algemene verrijkingsactie, zoals reeds in het vorige hoofdstuk is betoogd, niet beperkt tot vermogensverschuivingen.⁶⁶

Hoewel Damminga niet kan worden gevolgd waar hij betoogt dat de verrijkingsvordering alleen ziet op vermogensverschuivingen, biedt zijn opvatting waardevolle inzichten. Als uitsluitend vermogensverschuivingen onder het toepassingsbereik van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking zouden vallen, dan is de vraag of er een rechtvaardigingsgrond voor de verrijking van de gedaagde bestaan, een goede – hanteerbare – maatstaf voor alle gevallen van ongerechtvaardigde verrijking. Damminga heeft in die zin het gelijk aan zijn zijde, dat de *sine causa*-benadering *uitsluitend* werkt bij casusposities waarin er sprake is van een vermogensverschuiving of bij gevallen waarbij de verrijking is ontstaan op een manier die met een vermogensverschuiving is gelijk te trekken. Daarmee komt in de door Damminga verdedigde opvatting goed naar voren dat het geval waarin er geen verschuiving van vermogensbestanddelen tussen de verarmde en verrijkte heeft plaatsgevonden, een ander karakter heeft dan het geval waarin dit wel het geval is.

Toch is het allerm minst noodzakelijk om het toepassingsbereik van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking te beperken tot de gevallen waarin er een vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden, om achtereenvolgens te bewerkstelligen dat (i) de gevallen waarin er een vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden, met de *sine causa*-benadering op te lossen; (ii) om de aansprakelijkheid voor andersoortige gevallen hanteerbaar te houden en voorts om (iii) niet te veel aan rechtszekerheid te verliezen. Ik heb het oog op een techniek waar ook Damminga op gewezen heeft,⁶⁷ en waar hij, op een andere manier dan hier wordt voorgestaan, zelf gebruik van maakt. Het gaat om de techniek die voor verschillende typen verrijkingsgevallen verschillende maatstaven hanteert om te bepalen of verrijkingsaansprakelijkheid moet worden toegewezen. Het Duitse verrijkingsrecht is op een dergelijke manier georganiseerd. Een grove schets volgt.

65 Zoals in het tweede hoofdstuk is betoogd, bestaan er naast de *sine causa*-conceptie andere concepties van het beginsel, dat ongerechtvaardigde verrijkingen moeten worden tegengegaan. Een verrijking kan ongerechtvaardigd zijn wanneer iemand profiteert van zijn onereuze gedrag of wanneer de verrijking van de een ten koste van de ander buiten de normale gang van zaken is ontstaan. Hetzelfde geldt indien de gedaagde 'eigen' schade afwentelt op de eiser. Hieronder meer daarover.

66 Zie par. 5.4.5.

67 Zie Damminga 2014, p. 88-92.

6.4.2 Genese van de Duitse Trennungslehre⁶⁸

In het Duitse recht worden zowel de onverschuldigde betaling als andere gevallen van ongerechtvaardigde verrijking door één regeling beheerst. Het eerste lid van § 812 BGB luidt als volgt:

‘Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt.’

Wie deze bepaling onbevooroordeeld leest, zal heel wel tot de conclusie kunnen komen, dat de onverschuldigde betaling en andere gevallen van ongerechtvaardigde verrijking, over één juridische kam worden geschoren. Hoewel de bepaling aanvankelijk inderdaad zo is bedoeld, wordt de bepaling thans op een andere manier uitgelegd. Er wordt aldaar wel een onderscheid gemaakt tussen *Leistungskonditionen* (vergelijkbaar met de verbintenis uit hoofde van onverschuldigde betaling te onzent) enerzijds en *Nichtleistungskonditionen* (andersoortige verrijkingsacties) anderzijds.⁶⁹

Wilburg is de grondlegger van dit Duitse onderscheid. In diens beroemde boek *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung* (1934) bestrijdt hij de zienswijze, dat de *Leistungskonditionen* (verwant aan de onverschuldigde betaling) en de andere *Konditionen* op een en dezelfde grondslag berusten.

De *Leistungskonditionen* liggen volgens hem in het verlengde van het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht.⁷⁰ Een koper kan de door hem betaalde koopprijs niet met een *Leistungskondition* aanvechten.⁷¹ Hij zal eerst moeten trachten die overeenkomst aan te tasten. Pas als dit lukt komt de grond aan de betaling te ontvallen en kan hij met succes een *Leistungskondition* instellen. ‘Die Leistungskonditionen’, schrijft Wilburg, ‘können einigermaßen [...] durch den Begriff des “sine causa” charakterisiert werden. Dahinter steht den Rechtsgeschäften eigene Rücksicht auf die Willensbildung.’⁷² Wilburg positioneert daarbij ook de betaling van de niet-bestaande schuld als een betaling die wordt veroorzaakt door de dwaling van de solvent. Wist de solvent dat de schuld niet bestaat, dan is diegene niet beschermingswaardig.⁷³

68 Zie daarover o.a.: Zimmermann 1990, p. 889-891; Dannemann 2009, p. 21-25; Linssen 2001, p. 31-42; Damminga 2014, p. 88-92.

69 Reuter & Martinek 1983, p. 32-33; Dannemann 2009, p. 21-25; BeckOK BGB/Wendehorst BGB § 812 Rn. 17-31; MüKoBGB/Schwab BGB § 812 Rn. 43-46.

70 Wilburg 1934, p. 7-11.

71 Wilburg 1934, p. 11.

72 Wilburg 1934, p. 11.

73 Zie: § 814 BGB.

Wilburg zet zich af tegen hen, die het criterium van het ontbreken van een rechtsgrond zoals dat geldt voor de *Leistungskonditionen* één op één toepassen op verrijkingsgevallen die niet bestreken worden door de *Leistungskonditionen*.

Het ongerechtvaardigdheidscriterium van het ontbreken van een rechtsgrond werkt in sommige gevallen *anders*. Wordt de verrijking veroorzaakt door de wet, zoals bij natrekking of bij vruchttrekking, dan hangt het van de uitleg van de wet af of de verrijking al dan niet ongerechtvaardigd is. Het criterium van ongerechtvaardigdheid bouwt hier niet voort op het (voort)bestaan van een rechtshandeling.

Soms werkt het criterium van het ontbreken van een rechtsgrond als test voor ongerechtvaardigdheid in het geheel niet. Dit is het geval als de overheid een weg verlegt, waardoor het huis van de gedaagde in waarde toeneemt en dat van de eiser in waarde afneemt. Hoewel er in de regel geen rechtsgrond voor deze verrijking zal bestaan, is deze verrijking niet ongerechtvaardigd. Dit brengt Wilburg bij een belangrijke observatie:

‘Die Bereicherungslehre hat jedoch die Fragestellung verkehrt, indem sie nur von Tatbeständen ausgeht, bei denen die Ungerechtfertigkeit vorweg als Regel gegeben erscheint. Dies wird häufig schon in den Begriff der Vermögensverschiebung, des Erlangens “auf Kosten” eines andern hineingelegt, so daß der rechtliche Grund nur mehr als Gegenwicht in Frage kommt.’⁷⁴

Dit motief zijn we al eerder tegengekomen. Ongerechtvaardigdheid definiëren als het ontbreken van een rechtsgrond werkt alleen bij gevallen waarin er sprake is van een vermogensverschuiving of met een gebeurtenis die met een vermogensverschuiving is gelijk te trekken. Is dat niet het geval, dan werkt het negatieve criterium van het ontbreken van een redelijke grond niet.

Wilburg concludeert:⁷⁵

‘Der Mangel des rechtlichen Grundes bestimmt die ungerechtfertigte Bereicherung nur unvollkommen. Sind die Ansprüche wegen unbegründeter Leistung und wegen sonstiger Bereicherung äußerlich dadurch verbunden, daß es bei beiden sich um einen rechtlich mißbilligten Erwerb handelt, dessen Ungerechtfertigkeit die Lehre negativ durch Grundlosigkeit in einem weiten Sinn ausdrückt, so haben doch beide Anspruchsarten ihre besonderen positiven Merkmale. Für die Leistungskondition ist dies der Mangel der causa im technischen Sinne. Die Sondermerkmale der ungerechtfertigten Bereicherung “in sonstiger Weise” hat die Rechtswissenschaft bisher noch nicht gegeben. Der Begriff des rechtlichen Grundes erweist sich hier nicht als ergiebig.’

Daar waar de *Leistungskonditionen* in het verlengde liggen van het rechtshandelingen en overeenkomstenrecht, daar ontbreekt het volgens Wilburg aan een deugdelijke grondslag in andere gevallen van ongerechtvaardigde verrijking. Wilburg zoekt de grondslag van de overige *Konditionen* in het

⁷⁴ Wilburg 1934, p. 15.

⁷⁵ Wilburg 1934, p. 18.

doel van de vermogensrechten van de rechthebbende. Gebruikt de gedaagde, bijvoorbeeld, onbevoegd het goed van de eiser, dan ligt er in beginsel een ongerechtvaardigde verrijking voor, omdat het de rechthebbende is die recht heeft op het gebruik van de zaak.⁷⁶ Zoals de *Leistungskonditionen* voortbouwen op het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht zo bouwen de *Nichtleistungskonditionen* voort op het vermogensrechtelijke toebehoren in de brede zin van het woord.⁷⁷

Von Caemmerer heeft de visie van Wilburg verder uitgewerkt en verschillende typen verrijkingsgevallen onderscheiden.⁷⁸ Naast de *Leistungskondition* onderscheidt hij als *Nichtleistungskonditionen*, onder meer, de *Eingriffskondition* (dat is een verrijkingsvordering vanwege een rechtsinbreuk), de *Aufwendungskondition* (die ziet op gevallen waarin de eiser het goed van een ander verbetert) en de *Rückgriffskondition* (die ziet op gevallen waarin de gedaagde de schuld van de eiser voldoet). Hoewel de *Trennungslehre* niet onomstreden is,⁷⁹ wordt het Duitse verrijkingsrecht in de regel langs de lijnen van deze leer gepresenteerd en worden de door Von Caemmerer onderscheiden *Konditionen* afzonderlijk besproken.

Twee punten zijn hier van belang. In de eerste plaats gelden er voor verschillende verrijkingsacties verschillende criteria. Er wordt gedifferentieerd in verschillende gevallen van ongerechtvaardigde verrijking. In de tweede plaats worden in het Duitse recht de gevallen gedefinieerd waarin de *sine causa-benadering* werkt door de articulatie van specifieke *Leistungskonditionen* en *Nichtleistungskonditionen*. Bij elke specifieke verrijkingsactie gaat het om een situatie waarin de gedaagde op enigerlei wijze 'iets' ontvangen heeft waar de eiser voorheen op enigerlei wijze een exclusief recht had.⁸⁰ Doordat is omlijnd op welke gevallen § 812 BGB van toepassing is, hoeft de eigenaar wiens huis door een wegomlegging in waarde is gestegen niet te vrezen voor een verrijkingsvordering. Hetzelfde geldt voor de partij die met legitieme middelen een marktaandeel afsnoept van zijn concurrent.

6.4.3 Een ander onderscheid

6.4.3.1 Algemeen

De onderscheiding die ik zou willen bepleiten, is meer grofmazig dan de Duitse. Ten aanzien van de te hanteren maatstaf om te bepalen of een verrijking in een concreet geval ongerechtvaardigd is, moet in mijn optiek een onderscheid worden gemaakt in enerzijds de gevallen waarin de gedaagde

76 Wilburg 1934, p. 27.

77 Niet alleen de eigendom valt eronder, maar ook rechten als een 'Fischereirecht' (p. 36) of een patent (p. 40). Zie: Wilburg 1934, p. 28 e.v.

78 Zie: Von Caemmerer 1954, p. 340 e.v.; Von Caemmerer 1968, p. 376-390.

79 Zie: MüKoBGB/Schwab BGB § 812 Rn. 43-46; BeckOK BGB/Wendehorst BGB § 812 Rn. 17-18.

80 Gordley 2006, p. 426 e.v.

ten koste van de eiser is verrijkt als gevolg van een vermogensverschuiving, en anderzijds de gevallen, waarin de gedaagde is verrijkt ten koste van de gedaagde, zonder dat er sprake is van een vermogensverschuiving.

(i) In de eerste groep gevallen werkt de intrinsieke logica van de *sine causa*-benadering. Heeft de verrijkte vermogensbestanddelen in handen gekregen die voorheen aan de verarmde toebehoorden, dan moet daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaan; ontbreekt die rechtvaardigingsgrond, dan is de verrijking ongerechtvaardigd. In deze groep gevallen bouwt de maatstaf als het ware voort – en kán de maatstaf voortbouwen – op de vermogensverschuiving. Omdat de vermogensbestanddelen voorheen aan de verarmde toebehoorden, moet er voor de verschuiving een rechtvaardigingsgrond bestaan. Zouden wij dit vertalen in de terminologie van de *unjust factors*-benadering, dan zit reeds in de vermogensverschuiving een *unjust factor* besloten.⁸¹ Alleen een tot de vermogensverschuiving strekkende rechtvaardigingsgrond kan de conclusie afwenden dat de verrijking ongerechtvaardigd is.

(ii) Is de verrijking van de verrijkte ten koste van de verarmde niet het gevolg van een vermogensverschuiving tussen hen, dan werkt de intrinsieke logica van de *sine causa*-benadering niet. Als er geen sprake is van een vermogensverschuiving, dan zijn er in het vermogen van de verrijkte immers geen vermogensbestanddelen gevloeid die voorheen aan de verarmde toebehoorden, zodat op dat vroegere toebehoren niet kan worden voortgebouwd bij de beoordeling van de (on)gerechtvaardigdheid van de verrijking. Het uitgangspunt dat bij het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond de verrijking van de verrijkte ten koste van de verarmde ongerechtvaardigd is, is dan niet aansprekend. In die gevallen past veeleer het uitgangspunt, dat de verrijking in beginsel *niét* ongerechtvaardigd is. Zoals eenieder zijn eigen schade behoort te dragen, zo is eenieder gerechtigd tot de vruchten van zijn of haar eigen lot.

Nemen wij het voorbeeld, waarin de ene ondernemer is verrijkt ten koste van de andere ondernemer, doordat de eerste van de laatstgenoemde klanten heeft gewonnen, of het voorbeeld waarin de overheid een weg heeft omgelegd, waardoor het ene huis in waarde stijgt, terwijl een ander huis in waarde daalt, dan is er in beide gevallen een verband tussen de verrijking en de verarming, zonder dat er sprake is van een vermogensverschuiving. Daarom is in beide gevallen een rechtvaardigingsgrond niet nodig om tot de conclusie te komen dat de verrijking niet ongerechtvaardigd is.

Het ontbreken van een vermogensverschuiving is echter geen reden om de verrijkingsvordering categorisch af te wijzen. Wél is het ontbreken van een vermogensverschuiving reden om een conservatievere maatstaf aan te leggen ten aanzien van de (on)gerechtvaardigdheid van de verrijking. Het enkele feit dat de verrijking niet wordt gelegitimeerd door een rechtvaardigingsgrond is een noodzakelijke, maar niet een voldoende voorwaarde voor de conclusie dat de verrijking van de gedaagde ongerechtvaardigd is. Hier

81 Vgl. Wilburg 1934, p. 18.

kan een benadering dienstdoen, die geïnspireerd is door de Engelse *unjust factor*-benadering.⁸² Is de gedaagde ten koste van de eiser verrijkt, zonder dat er sprake is van een vermogensverschuiving, dan behoort het uitgangspunt te zijn dat de verrijking van de gedaagde niet ongerechtvaardigd is. Van dit uitgangspunt kan alleen dan worden afgeweken, als er in de omstandigheden van het geval bijzonderheden zijn, in het licht waarvan de verrijking toch als een ongerechtvaardigde moet worden aangemerkt. Die bijzondere omstandigheden zijn nodig om de verrijking ongerechtvaardigd te doen zijn, omdat er geen vermogensverschuiving is waarop het ongerechtvaardigdheidsvereiste kan voortbouwen. Er zijn positieve redenen – zo men wil: *unjust factors* – nodig om tot de conclusie te komen dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser ongerechtvaardigd is. Ontbreken die goede redenen, dan is de verrijking van de gedaagde niet ongerechtvaardigd.

Bedacht moet worden dat het niet gaat om de in de *case law* ontwikkelde *unjust factors* van de *common law*. In de Nederlandse rechtspraak zijn die niet tot ontwikkeling gebracht. Bovendien wordt het werkkterrein van de Engelse *unjust factors* voor een belangrijk deel gevormd door gevallen waarin er sprake is van een vermogensverschuiving. Het geval van een *mistaken payment* wordt bijvoorbeeld als de *core case* van het Engelse verrijkingsrecht aangeduid.⁸³ In dit boek wordt daarentegen een variant van de *unjust factors*-benadering bepleit, voor gevallen waar er juist géén sprake is van een vermogensverschuiving. Wat van het Engelse recht is overgenomen, is goed-beschouwd het skelet van de *unjust factors*-benadering, dat ontdaan is van al het vlees en bloed van de *case law*.

(a) Voor gevallen waar er geen sprake is van een vermogensverschuiving, wordt dus het uitgangspunt overgenomen (b) dat een verrijking niet ongerechtvaardigd is, tenzij (c) er geen rechtvaardigingsgrond voor de verrijking bestaat en er bovendien (d) bijzondere omstandigheden zijn waardoor de verrijking een ongerechtvaardigd karakter krijgt. Aangesloten kan daarbij worden bij de eerder onderscheiden uitwerkingen (of concepties) van het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijkingen moeten worden tegengegaan.

Ik geef een bekend voorbeeld om te illustreren waar het om kan gaan. Ik haak aan en varieer licht op een geval zoals dat aan de orde was in het *Tandartsen*-arrest.⁸⁴ De gedaagde tandarts houdt zich niet aan de regels aangaande de volksgezondheid, waardoor hij zijn diensten goedkoper kan aanbieden. Een concurrent (de eiser) lijdt daaronder. Hier kan de onrechtmatige daad behulpzaam zijn. Weliswaar is het feit dat de gedaagde tandarts de wet geschonden heeft niet onrechtmatig jegens zijn concurrent, maar dit kan (krachtens de correctie Langemeijer) meewegen bij de zorgvuldigheidsnorm ex artikel 6:162 BW zodat hij jegens de eiser toch onrechtmatig kan hebben gehandeld.

82 Vgl. Dannemann 2009, p. 88. Hij betoogt dat in de Nichtleistungskonditionen 'unjust factors' besloten liggen.

83 Zie Birks 2005, p. 3.

84 Vrij naar: HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, NJ 1961/568 (Tandartsen).

Een verrijkingsovername komt ook in beeld. De verrijking van de tandarts die klanten wegkaapt bij zijn concurrent is in beginsel niet ongerechtvaardigd. Er is geen sprake van een vermogensverschuiving. Het principe echter, dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag kan de verrijking van de gedaagde tandarts ten koste van de eisende tandarts ongerechtvaardigd doen zijn. De vraag is of deze verrijkingsovername aansprakelijkheid uitgesloten zou moeten worden indien de onrechtmatige daad uitgesloten is (vanwege het ontbreken van onrechtmatigheid). Is dit niet het geval, zoals verderop bepleit,⁸⁵ dan kan de verrijkingsovername de onrechtmatige daad op dit punt aanvullen. Tegenover geen aansprakelijkheid (omdat artikel 6:162 BW niet opgaat) en volledige aansprakelijkheid (omdat artikel 6:162 BW wel opgaat) kan de verrijkingsovername aansprakelijkheid zich aandienen als middenweg: de gedaagde is voor de schade van de eiser aansprakelijk tot maximaal het beloop van zijn verrijking.

Een ander voorbeeld is het dadelijk te analyseren geval *Van der Tuuk Adriani/Batelaan*.⁸⁶ Apotheker Van der Tuuk Adriani bewerkstelligt langs bestuursrechtelijke weg dat de huisarts Batelaan diens vergunning verliest om een doktersapothek te voeren. Van de Tuuk Adriani neemt zo om niet te klanten over van Batelaan. Van een vermogensverschuiving is geen sprake. Batelaan heeft geen exclusief recht op zijn klanten. Het uitgangspunt dat de verrijking van Van der Tuuk Adriani niet ongerechtvaardigd is omdat deze niet het gevolg is van een vermogensverschuiving, wordt echter doorkruist door de bijzondere omstandigheden van het geval. De verrijking van Van der Tuuk Adriani vindt buiten de normale gang van zaken plaats zodat deze met een kritisch oog moet worden bezien.⁸⁷

De hier uiteengezette benadering van het ongerechtvaardigheidsvereiste heeft twee kanten. Enerzijds moet aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking in beginsel worden afgewezen als er géén sprake is van een vermogensverschuiving, óók als er in een dergelijk geval géén rechtvaardigingsgrond kan worden aangewezen. Het uitgangspunt is dat een verrijking die niet het gevolg is van een vermogensverschuiving niet ongerechtvaardigd is zodat niet – op kunstmatige wijze – een rechtvaardigingsgrond behoeft te worden geconstrueerd om verrijkingsovername aansprakelijkheid af te wijzen. Zoals eenieder zijn eigen schade moet dragen, zo mag eenieder de gunsten van het lot koesteren. Anderzijds kan in sprekende gevallen toch verrijkingsovername aansprakelijkheid worden gevestigd, ondanks het feit dat er geen sprake is van een vermogensverschuiving. Vereist is dan dat er – naast de afwezigheid van een rechtvaardigingsgrond – bijzondere omstandigheden zijn die nopen tot het oordeel dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de verarmde – in afwijking van het voormelde uitgangspunt – ongerechtvaardigd is. Wordt deze leer als geldend recht aanvaard, dan zou,

85 Zie hoofdstuk 10.

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

87 Zie par. 6.6.2.

op termijn, verrijdingsrechtelijk gekleurd ongeschreven recht kunnen ontstaan. In zoverre is deze benadering verwant aan die van Meijer.⁸⁸

6.4.3.2 De scheidslijn

Er lijkt nog een moeilijk te beslechten probleempunt te zijn. Het toe te passen ongerechtvaardigdheidscriterium hangt af van de vraag of de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser het gevolg is van een vermogensverschuiving of niet. Wanneer is er nu sprake van een vermogensverschuiving?

Het antwoord op deze vraag lijkt vergaande consequenties te hebben. Dit is echter schijn. De grens kan zonder problemen scherp worden getrokken: in mijn optiek is er slechts van een vermogensverschuiving sprake, als er op enig moment vermogensbestanddelen in het vermogen van de gedaagde te vinden zijn die voorheen toebehoorden aan de eiser.⁸⁹ De intrinsieke logica van het *sine causa*-principe werkt in die gevallen, omdat de vermogensbestanddelen in het vermogen van de gedaagde voorheen aan de verarmde toebehoorden; op straffe van ongerechtvaardigdheid moet er een redelijke grond voor die vermogensverschuiving bestaan. Is er van een daadwerkelijke vermogensverschuiving geen sprake, dan gaat die redenering niet altijd op en moet er worden gezien of er bijzondere omstandigheden zijn, die de verrijking toch ongerechtvaardigd doen zijn.

Op het punt van de reikwijdte van de begrippen 'vermogen' en 'vermogensverschuiving' neemt dit boek dus een engere visie in dan in de literatuur gebruikelijk is. De besparing van kosten, het ontvangen van een dienst en het gebruik van andermans zaken vallen er naar de heersende leer onder, zonder dat er daadwerkelijk vermogensbestanddelen van het ene vermogen in het andere hoeven te zijn gevloeid.⁹⁰ Die ruime – heersende – benadering van vermogen en vermogensverschuiving is begrijpelijk omdat de verrijkingsvordering in de literatuur impliciet of expliciet wordt gezien als een middel om ongerechtvaardigde 'vermogensverschuivingen' ongedaan te maken.⁹¹ Zou het begrip 'vermogen' en 'vermogensverschuiving' vervolgens te eng worden opgevat, dan dreigt het toepassingsgebied van de verrijkingsvordering te eng te worden. Het gebruik van andermans zaak en het ontvangen van een dienst zouden dan buiten beeld dreigen te raken als verrijdingsrechtelijk relevante feiten.

88 Zie daarover par. 6.3.2. en de daar vermelde vindplaatsen.

89 Dit is iets ruimer dan een vermogensverschuiving in goederenrechtelijke zin, omdat ook een indirecte vermogensverschuiving onder de definitie valt.

90 Zie bijvoorbeeld: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/463; M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 3; Linssen 2002, p. 64.; PG Boek 6, p. 831.,

91 Impliciet wordt in de handboeken van een vermogensverschuiving uitgegaan, in die zin, dat er in een verrijdingsrechtelijke context geregeld van een vermogensverschuiving gesproken wordt, zonder dat met zoveel woorden wordt betoogd dat de verrijkingsvordering tot een vermogensverschuiving beperkt is. Vgl. bijvoorbeeld: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/461, nr. 465, nr. 477 en nr. 479; M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 6 en 7. Vooral Damminga beoogt de verrijkingsvordering expliciet tot vermogensverschuivingen te beperken. Zie Damminga 2014, p. 193-195.

Wordt het toepassingsgebied van de verrijkingsvordering – zoals in dit boek bepleit – niet tot vermogensverschuivingen beperkt, dan komt er minder druk te liggen op het begrip ‘vermogen’ en ‘vermogensverschuiving’ zodat er van een meer restrictieve definitie kan worden uitgegaan. Kan er in een concreet geval geen vermogensverschuiving worden aangenomen, dan betekent dit niet dat de verrijkingsvordering toepassing mist. Het betekent slechts dat de maatstaf om te bepalen of de verrijking ongerechtvaardigd is een andere is. En ook dit verschil moet worden genuanceerd.

Ik doel op het volgende. Is er sprake van een *daadwerkelijke* vermogensverschuiving tussen de eiser en de gedaagde dan is het enkele ontbreken van een rechtvaardigingsgrond voldoende voor de conclusie dat de verrijking ongerechtvaardigd is en wel omdat de vermogensbestanddelen of het vermogensbestanddeel voorheen rechtens aan de verarmde eiser toebehoorde(n). De verschuiving van vermogensbestanddelen is in dat geval een eerste stap richting ongerechtvaardigdheid, een eerste indicatie dat er in potentie sprake is van een ongerechtvaardigde verrijking. Het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond doet dan de rest van het werk. Vandaar dat de begrippen vermogen en vermogensverschuiving eng moeten worden opgevat.

Is er geen sprake van een vermogensverschuiving dan moet er – naast de afwezigheid van een rechtvaardigingsgrond – een bijzondere reden zijn die de verrijking ongerechtvaardigd doet zijn. Bedacht moet echter worden, dat die bijzondere reden erin gelegen kan zijn dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser weliswaar niet het gevolg is van een daadwerkelijke vermogensverschuiving, maar van een gebeurtenis die met een vermogensverschuiving kan worden gelijkgetrokken. Gebruikt iemand andermans zaak, dan is die verrijking ongerechtvaardigd als een rechtvaardigingsgrond ontbreekt omdat het gebruik aan de rechthebbende toekomt.⁹² Ontvangt de gedaagde van de eiser een dienst zonder rechtvaardiging, dan zal die verrijking in de regel ongerechtvaardigd zijn, omdat eenieder de vruchten van eigen arbeid mag plukken.⁹³ De positieve reden voor ongerechtvaardigdheid – vereist voor een geval zonder vermogensverschuiving – moet er bij het gebruik van andermans zaak en de ontvangst van een dienst in worden gezocht, dat het verrijgingsfeit op een vermogensverschuiving lijkt en dat de gelijkenis zodanig is, dat de logica van de *sine causa*-benadering overeenkomstig kan worden toegepast.

Het nettoresultaat is dat het *precieze* onderscheid tussen gevallen waarin er sprake is van een vermogensverschuiving en gevallen waarin dit niet zo is van minder grote betekenis is dan het op het eerste oog lijkt. Is er sprake van een vermogensverschuiving dan is het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond voldoende voor de conclusie dat er sprake is van een ongerechtvaardigde verrijking. Is er geen sprake van een vermogensverschuiving maar

92 Een dergelijk geval is aan de orde in: HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782, NJ 2013/540, m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (Credit Suisse/Subway).

93 Een dergelijk geval is aan de orde in: HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO4936, NJ 2011/422, m.nt. H.B. Krans (Old-timers).

heeft het geval veel weg van een vermogensverschuiving dan kan het *sine causa*-principe analogisch worden toegepast. De bijzondere reden – nodig voor ongerechtvaardigdheid – is dan dat de wijze waarop de verrijking van de gedaagde is verrijkt ten koste van de eiser dusdanig veel weg heeft van een vermogensverschuiving in goederenrechtelijke zin, dat de logica van het *sine causa*-principe zich overeenkomstig laat toepassen.

Dit zal echter niet altijd zo zijn. Profiteert mijn bovenbuurman van mijn stookgedrag dan kwalificeert dit niet als een vermogensverschuiving en bovendien laat de *sine causa*-benadering zich niet op aansprekende wijze analogisch toepassen. Weliswaar stijgt er warme lucht richting het appartement van mijn bovenbuurman en is de verwarming van de lucht uit mijn zak betaald, maar ik kan niet zeggen dat mijn bovenbuur iets verkregen heeft dat aan mij *toebehoort*.⁹⁴ Mijn huis is verwarmd en daarmee heb ik gekregen waarvoor ik heb betaald. De verwarming van mijn bovenbuur is een onvermijdbaar neveneffect. De verwarmde lucht is van eenieder. De verrijking van mijn bovenbuur is alleen ongerechtvaardigd als bijkomende bijzondere omstandigheden diens verrijking ongerechtvaardigd doen zijn. Een vergelijkbare redenering gaat op als ik een dijk bouw, die ook het huis van mijn buurman beschermt.⁹⁵

De ontvangst van een dienst zal ook niet altijd met een vermogensverschuiving gelijk te trekken zijn. Wanneer een genealoog mij informatie verschaft waarmee ik een opengevallden erfenis kan opsporen, dan zal die informatieverschaffing onder omstandigheden met een vermogensverschuiving mogen worden gelijkgetrokken.⁹⁶ Dit is met name het geval als het werk dusdanig substantieel is, dat gezegd kan worden dat de informatie de rijpe vrucht is van de inspanningen van de genealoog. Gaat het om een snipper informatie die eenvoudig kan worden vergaard, dan is mijn verrijking niet gelijk te stellen met een daadwerkelijke vermogensverschuiving.

Is er geen sprake van een daadwerkelijke vermogensverschuiving maar is de verrijking het gevolg van een gebeurtenis die veel van een vermogensverschuiving weg heeft, dan moet er, kortom, een pas op de plaats worden gemaakt om te bezien of de *sine causa*-benadering zich analogisch laat toepassen.

Naast de grensgevallen zijn er gevallen waarin er in de verste verte geen sprake is van een vermogensverschuiving. 'Win' ik als ondernemer ten koste van mijn concurrent marktaandeel dan laat zich dat niet met een vermogensverschuiving gelijkstellen. De crux is dat ik op geen enkele wijze een exclusief recht heb op 'mijn' klanten.⁹⁷ De verrijking van de gedaagde is – ook als er geen rechtvaardigingsgrond aanwezig is – in beginsel niet ongerechtvaardigd, tenzij er bijzondere omstandigheden zijn die de verrijking ongerechtvaardigd doen zijn.

94 Redenering geïnspireerd op: Gordley 2006, p. 425.

95 Zie par. 8.4.3.4.

96 Zie par. 8.4.3.5.

97 Zie: Gordley 2006, p. 425.

6.4.3.3 Vooruitblik

De rest van dit hoofdstuk volgt het hier gemaakte onderscheid tussen verrijkinggevallen waarin er sprake is van een vermogensverschuiving en gevallen waarin dit niet zo is. In paragraaf 6.5 staat de situatie centraal, waarin de gedaagde zijn verrijking ontleent aan een vermogensverschuiving. Verschillende rechtvaardigingsgronden passeren – op hoofdlijnen – de revue. In paragraaf 6.6 zal nader in worden gegaan op de situatie waarin de gedaagde is verrijkt ten koste van de gedaagde, zonder dat deze verrijking voortvloeit uit een vermogensverschuiving. Er wordt daar één arrest besproken, waarin de hier verdedigde variant van de *unjust factors*-benadering gelezen kan worden, al zijn de overwegingen gegoten in de taal van de *sine causa*-benadering. Daarnaast zal er één arrest besproken worden waarvoor de hier verdedigde benadering een interessant perspectief kan bieden.

6.5 VERRIJKING DOOR VERMOGENSVERSCHUIVING

6.5.1 Inleiding

Heeft er tussen de verarmde en de verrijkte een vermogensverschuiving plaatsgevonden, dan dient er voor deze vermogensverschuiving een rechtvaardigingsgrond te bestaan. Ontbreekt deze rechtvaardigingsgrond, dan is de verrijking van de verrijkte ongerechtvaardigd. Daarmee ligt in de *sine causa*-benadering de focus op de gronden die een vermogensverschuiving kunnen rechtvaardigen. Het draait in dit verband om twee vragen. Welke rechtvaardigingsgronden kunnen worden onderscheiden? En vervolgens: in hoeverre is het mogelijk dat een grond die een verrijking doorgaans kan legitimeren, in bijzondere omstandigheden zijn ‘rechtvaardigende kracht’ verliest?⁹⁸

In dit hoofdstuk zullen – zonder de pretentie van volledigheid – de belangrijkste gronden besproken worden die vermogensverschuivingen kunnen legitimeren. Eerst wordt de rechtshandeling tussen de verrijkte en de verarmde besproken. Daarna de rechtshandeling van de verrijkte met een *ander* dan de verarmde. Vanuit een verrijkingsrechtelijk perspectief gaat het in het laatstgenoemde geval dus om een rechtshandeling van de verrijkte met een ‘derde’. Vervolgens wordt gezien wanneer de wet als rechtvaardiging kan dienen en wanneer dit het geval is met het stelsel van de wet. Bij de verschillende gronden wordt aandacht besteed aan de mogelijke invloed die bijzondere omstandigheden kunnen hebben op het antwoord op de vraag of de gedaagde ten koste van de eiser ongerechtvaardigd is verrijkt.

⁹⁸ Het nuttige begrip ‘rechtvaardigende kracht’ ontleen ik aan Koolhoven. Zie Koolhoven 2011, p. 182. Bij haar is het ‘*Rechtvaardigende Kracht*.’

6.5.2 Rechtvaardiging door rechtshandeling en overeenkomst

6.5.2.1 Grondslag

Is de verrijking van de gedaagde het gevolg van een daartoe strekkende rechtshandeling van de verarmde jegens de verrijkte, dan zal – als de rechtshandeling in stand blijft – die verrijking niet ongerechtvaardigd zijn.⁹⁹ Scheldt de eiser de schuld van de gedaagde kwijt, dan wordt de verrijking van de gedaagde gerechtvaardigd door die rechtshandeling.

Meestal zal het gaan om meerzijdige rechtshandelingen. Is de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser het gevolg van een rechtsgeldige overeenkomst tussen hen, dan wordt de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser door die overeenkomst gerechtvaardigd.¹⁰⁰ De overeenkomst, of meer algemeen: de rechtshandeling, functioneert aldus als een rechtvaardigingsgrond voor een vermogensverschuiving. Dat de overeenkomst – in een tweepartijenverhouding – als zodanig dient en kan dienen is onbestreden en heeft in het verrijktingsrecht een welhaast axiomatische status.

Een greep uit de feitenrechtspraak:

(i) Het Hoogheemraadschap verhoogt de erfpachtcanon. De daartegen ingestelde verrijkingsvordering faalt. De verrijking wordt 'gerechtvaardigd door de aard van het recht van het Hoogheemraadschap uit hoofde van het erfpachtcontract dat zij met de Dijkbewoners heeft gesloten'.¹⁰¹

(ii) Holland Casino wordt door een gokker aangesproken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Het casino is echter niet ongerechtvaardigd verrijkt nu de kansspelovereenkomst de verrijking van het casino rechtvaardigt.¹⁰²

(iii) Valk voert werkzaamheden uit aan een villa van Gerrits. De laatstgenoemde heeft de villa voor commerciële doeleinden in eigendom. Partijen spreken af dat Valk voor eigen rekening en risico de werkzaamheden zal uitvoeren en dat hij – als loon – deelt in de winst van het project. Die winst komt er niet. De curator in het faillissement van Valk stelt – tevergeefs – een verrijkingsactie in tegen Gerrits. De verrijking van Gerrits ten koste van Valk wordt gerechtvaardigd door diens overeenkomst met Valk.¹⁰³

Steeds rechtvaardigt de overeenkomst tussen de eiser en de gedaagde de verrijking van de laatstgenoemde. Toch zou kunnen worden gedacht, dat het onzuiver is om de overeenkomst als rechtvaardigingsgrond aan te merken. De aanduiding van de overeenkomst tussen de verrijkte en de verarmde als rechtvaardigingsgrond lijkt – dogmatisch gezien – niet de scherpst

99 Daarover Koolhoven 2011, p. 197.

100 Zie bijvoorbeeld: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/465; M.W. Scheltema, *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 6; Koolhoven 2011, p. 197; *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Vriesendorp), nr. 315.

101 Hof Amsterdam 21 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA1789, *NJF* 2013/297.

102 Rb. Utrecht 17 augustus 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BR6197, *NJF* 2011/387.

103 Rb. Noord-Holland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:4989.

mogelijke verklaring te zijn voor de conclusie dat de verrijking van de verrijkte niet ongerechtvaardigd is. Veeleer lijkt het zo te zijn, dat het de verbintenis is die uit de overeenkomst voortvloeit – op grond waarvan de vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden – die de verrijking van de gedaagde rechtvaardigt.¹⁰⁴

Met deze ‘scherpte’ verliest men echter op andere punten aan helderheid.

In de eerste plaats zijn er naast de overeenkomst andere bronnen waaruit verbintenissen kunnen voortvloeien, die een vermogensverschuiving in een concreet geval kunnen rechtvaardigen. Gooit men deze verbintenissen op één hoop, dan ontsnapt aan de analyse de vraag waarom een (verbintenis uit) overeenkomst als rechtvaardigingsgrond kan gelden in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW.

In de tweede plaats is het ontstaan van een verbintenis op zichzelf reeds een vermogensverschuiving. Als ik een schilderij onder de marktwaarde verkoop, dan beschikt de koper van meet af aan over een vorderingsrecht op mij ter zake van de levering van het schilderij, terwijl daar een nominaal kleinere schuld jegens mij tegenover staat. Reeds met het sluiten van de overeenkomst heeft er – een gerechtvaardigde – vermogensverschuiving plaatsgevonden. Het is in dit geval alleen de overeenkomst die als rechtvaardiging kan worden aangewezen voor het ontstaan van deze verbintenissen.

Waarom geldt een overeenkomst tussen de verarmde en de verrijkte, die strekt tot de verrijking van de verrijkte ten koste van de verarmde, als een redelijke grond voor een vermogensverschuiving? Het is mogelijk de rechtvaardiging te zoeken in de gronden die de bindende kracht van de overeenkomst rechtvaardigen.

De bindende kracht van de overeenkomst berust op twee gronden van verschillende aard.¹⁰⁵ Enerzijds berust de bindende kracht van de overeenkomst op ideële beginselen die zijn geconcentreerd rond de op de rechtsgevolg gerichte wil en de dienovereenkomstige beschikkingsdaad van elk van de contractspartijen. De beginselen van autonomie, wil, vertrouwen, wederkerigheid en – wellicht – de billijkheid rechtvaardigen vanuit dit perspectief de bindende kracht van de overeenkomst.¹⁰⁶ Anderzijds berust de bindende kracht van de overeenkomst op het systeem van het burgerlijk recht, dat de overeenkomst als bron van afdwingbare verbintenissen erkent.¹⁰⁷ Als het recht de overeenkomst niet zou erkennen, dan zouden we slechts te maken hebben met een morele categorie.

104 Zonder deze mogelijke discussie aan te stippen, wordt de verbintenis als rechtvaardigingsgrond aangemerkt in: M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 6.3.

105 Vgl. Hijma 1988, p. 7 e.v. Hij maakt o.a. een onderscheid in de vraag ‘waardoor’ iemand gebonden is en vervolgens waarom het objectieve recht (het antwoord op de waardoorvraag) gebondenheid gerechtvaardigd acht.

106 Zie voor exponenten van deze aanpak bijvoorbeeld: Nieuwenhuis 1979; Smits 1995; Hijma 1988, p. 15 e.v. (overzicht verschillende opvattingen) en p. 29 e.v. (diens eigen stellingname); Bakker 2012, p. 19 e.v. (overzicht) en p. 37 e.v. (diens eigen opvatting).

107 Hijma 1988, p. 8-12; Vranken 2000, 150-153.

In mijn optiek is het de juridische verbindende kracht van de overeenkomst als zodanig, die de vermogensverschuiving rechtvaardigt. De reden is als volgt. Zoals eerder uiteengezet behoort de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking overwegend systematisch te worden geïnterpreteerd.¹⁰⁸ Dit brengt met zich, dat als er eenmaal een rechtsgeldige – rechtens erkende – overeenkomst bestaat tussen de verrijkte en de verarmde, een daaruit voortvloeiende verrijking in principe niet ongerechtvaardigd is. De erkenning door het recht van de overeenkomst als een instituut waaruit voor contractspartijen – afdwingbare – rechten en verplichtingen voortvloeien, brengt dit met zich mee.

In wezen wordt de vraag, of de verrijking van de ene (kandidaats)contractspartij ten koste van de andere (kandidaats)contractpartij al dan niet gerechtvaardigd is beslist in het overeenkomstenrecht.¹⁰⁹ De regels en beginselen waarop het overeenkomstenrecht is gefundeerd bepalen immers (a) of een overeenkomst tot stand is gekomen, (b) hoe deze moet worden uitgelegd, (c) of er gronden zijn voor nietigheid of vernietigbaarheid, (d) of er voor de rechter aanleiding is de inhoud van de overeenkomst te wijzigen vanwege onvoorziene omstandigheden en (e) in hoeverre de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid verder nog op de partijafpraak inwerkt.

De verarmde zal zijn heil dus in beginsel binnen het contractenrecht moeten zoeken om zijn verarming geheel of gedeeltelijk ongedaan te maken.¹¹⁰ Het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijkingen moeten worden tegengegaan kan binnen verschillende contractmechanismen tot zijn recht komen. Licht er eenmaal een onaantastbare overeenkomst voor, dan is daarmee in beginsel – behoudens een dadelijk te bespreken uitzondering – gegeven dat een daaruit voortvloeiende vermogensverschuiving niet ongerechtvaardigd is. Daarbij moet worden bedacht, dat alle omstandigheden van het geval via de reguliere contractuele leerstukken aan de orde kunnen komen, zodat de verrijkingsvordering in een contractuele tweepartijenverhouding – in de regel – geen aanvullende rol te vervullen heeft.

6.5.2.2 *Ermer/ABN Amro*

Een standaardarrest is *Ermer/ABN Amro*.¹¹¹ Ermer geeft aan de ABN AMRO Bank (hierna: de bank) opdracht om een betaling van \$ 75.000 te doen aan een bedrijf dat gevestigd is in de Verenigde Staten: Black Hole Systems. De bank maakt een vergissing en voert de betalingsopdracht tweemaal uit. Nadat de bank het teveel betaalde tevergeefs heeft geprobeerd terug te vorderen van Black Hole Systems, neemt zij contact met Ermer op. In een telefoongesprek geeft Ermer, zo komt althans in cassatie vast te staan,

108 Zie daarover Hfdst 4.

109 Vgl. Schoordijk 1991, p. 346.

110 *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Vriesendorp), nr. 315.

111 HR 30 juni 2002, ECLI:NL:HR:2000:AA6338, NJ 2000/536 (*Ermer/ABN-AMRO*).

onvoorwaardelijk toestemming om haar dollarrekening ook voor het teveel betaalde te debiteren. Ermer verkeert daarbij in de verwachting dat zij de betaling met een latere factuur zal kunnen verrekenen. Wanneer deze verwachting niet uitkomt, vraagt Ermer de bank haar rekening te crediteren met de 'teveel' gedebiteerde \$ 75.000. De bank weigert dit te doen op basis van de eerder gemaakte afspraak, waarop Ermer de bank in rechte aanspreekt op grond van contract en ongerechtvaardigde verrijking. Het hof wijst de vorderingen van Ermer af.

In cassatie wordt geklaagd dat het hof verzuimd heeft te onderzoeken of de overeenkomst op grond van dwaling tot stand is gekomen. Het middel slaagt niet. Bij het hof kwam niet vast te staan dat ook de bank in de onjuiste veronderstelling verkeerde dat Ermer het bedrag van Black Hole Systems terug zou kunnen krijgen, zodat van een wederzijdse dwaling in de zin van artikel 6:228 lid 1 sub c BW geen sprake is geweest. Voorts zinspeelt de Hoge Raad erop dat, indien dit wel vast zou staan, het niet-betalen van Black Hole Systems een zuivere toekomstige omstandigheid zou betreffen waarvoor geen beroep op dwaling openstaat. Ook de afwijzing door het hof van Ermer's beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid laat de Hoge Raad in stand. Enerzijds is de opdracht (zo is vast komen te staan) onvoorwaardelijk gegeven. Anderzijds is er geen zorgplicht die de bank verbiedt om een – professionele – cliënt een risico als dit over te laten nemen als deze daar onvoorwaardelijk mee instemt. Over de ongerechtvaardigde verrijking oordeelt de Hoge Raad:

'Uit het hiervoor overwogene vloeit voort dat het oordeel van het Hof dat, voor zover een verrijking van de Bank moet worden aangenomen, deze in de gegeven opdracht een redelijke grond vindt (rov. 4.5), evenmin blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting noch – in het licht van hetgeen het Hof in zijn rov. 4.4 heeft overwogen – onbegrijpelijk of ontoereikend gemotiveerd is. Ook onderdeel 3 is derhalve tevergeefs voorgesteld.'¹¹²

Dit arrest laat in alle helderheid zien, dat een vermogensverschuiving die het gevolg is van een geldige overeenkomst tussen de verarmde en de verrijkte, niet ongerechtvaardigd is.

De juridische strijd moet worden gevoerd binnen de kaders van het overeenkomstenrecht.¹¹³ Hoe moet de opdracht dat debitering worden uitgelegd? Als Ermer slechts een voorwaardelijke debitering wilde, mocht de bank er dan op vertrouwen dat de debitering onvoorwaardelijk was? Waren er wilsgebreken? Wat geldt als een toekomstige omstandigheid en wanneer is er sprake van een wederzijdse dwaling in de zin van artikel 6:228 lid 1 sub c? Is het beroep op de toestemming door de bank naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar? Zijn er onvoorziene omstandigheden? Advocaat-Generaal Hartkamp merkt in dit laatste verband op dat een beroep op onvoorziene omstandigheden ex artikel 6:258 BW mogelijk

¹¹² R.o.v. 3.4.

¹¹³ Schoordijk heeft kritiek op de contractuele aspecten van het arrest. Zie: Schoordijk 2001, p. 15-16.

wel zou zijn gehonoreerd.¹¹⁴ De regels van het contractenrecht bepalen of een verrijking van de 'bevoordeelde' contractspartij ten koste van de 'benadeelde' contractspartij ongerechtvaardigd is. Overwint het voordeel van de bank de horden van het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht, dan kwalificeert dit voordeel niet als een ongerechtvaardigde verrijking.¹¹⁵

6.5.2.3 Verdere voorbeelden uit de rechtspraak

Dit 'Ermer'-principe laat zich in verschillende uitspraken uit de lagere rechtspraak herkennen. Ik geef een aantal voorbeelden.

(i) De eiser betoogt, dat de gedaagde bank te veel rente in rekening heeft gebracht en beroept zich onder andere op ongerechtvaardigde verrijking. De bank zou haar eigen criteria om de rente vast te stellen verkeerd hebben toegepast. De verrijkingssactie faalt. 'De kredietovereenkomsten met het daarin opgenomen rentepercentage van 5,10% gedurende vijf jaar, is', zo overweegt de Rechtbank Amsterdam, 'tot stand gekomen na een daartoe strekkend aanbod van ABN Amro. Dat aanbod is door [eiser] aanvaard. Voor zover al kan worden gezegd dat ABN Amro hierdoor is verrijkt, is deze verrijking niet ongerechtvaardigd. Zij vindt haar grondslag immers in de kredietovereenkomsten.'¹¹⁶

(ii) De gedaagde en X gaan uit elkaar. Zij waren gezamenlijk eigenaar van een appartement en rechthebbende van een levensverzekering. Zij wendden zich tot de eiser die werkzaam is als notaris. Het plan was dat de overwaarde verdeeld zou worden alsmede de contante waarde van de levensverzekering. De notaris (de eiser) maakt bij de vaststelling van de overbedelingsvordering een reken/schrijffout en stelt vast dat aan de gedaagde f 14.787,81 voldaan moet worden in plaats van f 25.601,31. X heeft haar vordering op de gedaagde overgedragen aan de eiser. De rechtbank overweegt, dat de verdeling niet vernietigt kan worden op grond van de speciale dwalingsregeling ex artikel 3:196 BW omdat X voor minder dan een vierde deel is benadeeld. 'Evenmin', zo overweegt de Rechtbank Arnhem, 'is er sprake van een ongerechtvaardigde verrijking aan de zijde van [de gedaagde] nu de verrijking haar grondslag vindt in een rechtshandeling, te weten de tussen de partijen overeengekomen verdeling zoals vastgelegd in de akte van verdeling.'¹¹⁷

(iii) De eiser koopt het motorpassagiersschip 'Arlene' van de curatoren van gedaagde voor € 2.225.000 vermeerderd met € 422.750 aan BTW.¹¹⁸ In de overeenkomst stond daarover dat de koopprijs € 2.225.000 bedraagt 'te vermeerderen met 19% omzetbelasting, ongeacht of deze rechte al dan niet is

114 Concl. A-G A.S. Hartkamp bij: HR 30 juni 2002, ECLI:NL:HR:2000:AA6338, NJ 2000/536 (Ermer/ABN-AMRO).

115 Zie ook: HR 24 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2778, NJ 2004/309, m.nt. P. van Schilf-gaarde (Anthea Yachting/ABN AMRO).

116 Rb. Amsterdam 14 juni 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3765, r.o. 4.2.

117 Rb. Arnhem 25 juni 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AO6771, NJF 2004/23, r.o. 7.

118 Rb. Zwolle-Lelystad 9 juni 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BN0585, NJF 2011/68.

verschuldigd'. De eiser verwachtte de BTW van de belastingdienst terug te kunnen krijgen. Toen dit niet lukte omdat de BTW naar de koper 'verlegd' was, eiste zij de betaalde BTW in rechte terug. De Rechtbank Zwolle-Lelystad was van oordeel dat de overeenkomst zo moest worden uitgelegd, dat de eiser de BTW-component hoe dan ook verschuldigd was, mede omdat bij deze commerciële transactie een 'taalkundige/grammaticale' uitleg paste. Voorts achtte de rechtbank geen wilsgebrek aanwezig. Van ongerechtvaardigde verrijking is geen sprake 'reeds vanwege het feit dat de betaling van bedoelde integrale koopsom haar rechtvaardiging vindt in de daaraan ten grondslag liggende overeenkomst, zoals deze dient te worden begrepen'.¹¹⁹

(iv) Een commercieel directeur van een onderneming die ervan wordt beschuldigd te weinig te hebben gewerkt wordt onder andere aangesproken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Tevergeefs. 'Voor zover al gezegd kan worden dat [de gedaagde] is verrijkt doordat hij over genoemde jaren zijn loon heeft ontvangen, is die verrijking niet ongerechtvaardigd. De tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst rechtvaardigde de verrijking.'¹²⁰ De eisende onderneming moet zijn vordering zien te baseren op het (arbeids)overeenkomstenrecht.

(v) De politie neemt – per abuis – te veel softwarelicenties af van Microsoft. Na betaling van de factuur komt de aap uit de mouw en vordert de politie € 2.961.029,11 ter zake van de ongebruikte licenties. De Rechtbank Den Haag overweegt onder andere dat er geen op artikel 6:248 lid 1 BW geënte zorgplicht bestaat, op grond waarvan Microsoft moet controleren of een klant te veel licenties afneemt. De verrijking is niet ongerechtvaardigd omdat deze is gebaseerd op een tussen Microsoft en de politie gesloten overeenkomst.¹²¹

6.5.2.4 De uitleg bepaalt de rechtvaardigende kracht

In een enkel geval is een verrijkingsvordering in een contractuele verhouding echter mogelijk. Valt de verrijking niet onder de partijbedoeling, dan is een verrijkingsvordering denkbaar.¹²² In hoeverre de overeenkomst tussen de verarmde en de verrijkte de verrijking van de laatstgenoemde legitimeert, hangt af van de uitleg van de overeenkomst.

Het standaardarrest is *Lisman van Raay/Sint Willibrordus*.¹²³ Sint Willibrordus (Willibrordus) koopt van de Lisman van Raay Stichting (LRS) een kerkgebouw. Tegelijkertijd huurt Willibrordus van LRS in de kerk aanwezige kunstvoorwerpen. Bij deze twee overeenkomsten zien partijen over het

119 R.o. 4.3.

120 Hof Arnhem-Leeuwarden 10 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1015, *JBPR* 2017/53, m.nt. M. Kremer, r.o. 5.24.

121 Rb. Den Haag 15 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2615 (De politie/Microsoft), r.o. 4.3.

122 Hartkamp drukt het zo uit, dat een verrijkingsvordering mogelijk is indien de overeenkomst 'ruimte' laat voor een verrijkingsvordering. Zie: Hartkamp 2001, p. 317.

123 HR 23 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2620, *NJ* 2006/100 (LRS/Sint Willibrordus).

hoofd, dat sommige van de gehuurde kunstvoorwerpen door het kerkgebouw waren nagetrokken. Na levering van het kerkgebouw blijkt Willibrordus aldus tevens eigenaar te zijn geworden van een aantal van de door haar van LRS gehuurde kunstvoorwerpen. LRS stelt een vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking in, betogende dat Willibrordus ongerechtvaardigd met de waarde van de kunstvoorwerpen is verrijkt. Het hof wijst de vordering af en is van oordeel dat de verarmde partij de weg van de dwaling moet beproeven.¹²⁴ De Hoge Raad casseert. Indien de partijen de eigendomsovergang van de nagetrokken kunstvoorwerpen niet beoogd hadden 'is de mogelijk daarin gelegen verrijking dus ongerechtvaardigd geweest. De kennelijk op zodanige verrijking gebaseerde vordering van LRS staat haar ten dienste ook zonder dat de koopovereenkomst wegens dwaling wordt vernietigd.'¹²⁵ De overeenkomst sluit de verrijkingsvordering niet uit omdat er geen wilsovereenstemming was ter zake van de nagetrokken kunstvoorwerpen.¹²⁶

De uitleg is ook bepalend geweest in het *Sonnevanck*-arrest, waarin een atypisch geval speelt dat het midden houdt tussen een twee- en driepartijen-verhouding.¹²⁷

X, die buiten elke gemeenschap van goederen is gehuwd met de eiser, koopt een woonhuis om deze in te richten als hotel-pension in het kader van haar onderneming 'Hotel-Pension Sonnevanck'. Het woonhuis wordt gefinancierd door een krediet bij NMB. In het kader van het verschaffen van de nodige zekerheid sluit de eiser een levensverzekering af op het leven van X met de eiser als begunstigde. X betaalt feitelijk de premie. Vervolgens heeft de eiser alle vorderingen ter zake van de levensverzekering ten titel van zekerheid aan NMB overgedragen.¹²⁸ NMB is op die voet als begunstigde aangewezen. Na enige tijd overlijdt X. De enige erfgenaam is de gedaagde (de dochter van X). De verzekeringsmaatschappij keert op grond van de levensverzekering f 225.000 uit aan NMB. Met dit bedrag is de schuld die is aangegaan ten behoeve van het als hotel ingerichte woonhuis vermindert, zodat ook de schuld van de nalatenschap met dit bedrag is vermindert. De eiser spreekt de gedaagde aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, omdat de schulden van de nalatenschap door de uitkering van de levensverzekering aan NMB ten koste van de gedaagde zijn vermindert zodat de erfenis groter in omvang is.

124 R.o. 11 arrest hof te kennen uit: HR 23 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2620, *NJ* 2006/100 (LRS/Sint Willibrordus).

125 HR 23 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2620, *NJ* 2006/100 (LRS/Sint Willibrordus), r.o. 3.3.

126 In gelijke (en instemmende) zin: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/465; G.E. van Maanen, 'Ongerechtvaardigde verrijking. In balans na vijftig jaar', *VrA* 2006/1, p. 41.

127 HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1271, *NJ* 1994/463, m.nt. W.M. Kleijn (*Sonnevanck*).

128 Thans is dit niet meer mogelijk in verband met art. 3:84 lid 3 BW.

Bij het hof komt vast te staan, dat X en de eiser uitdrukkelijk hebben beoogd dat NMB de vordering zal innen en dat het bedrag in mindering zou worden gebracht op de hypothecaire schuld ter zake van het woonhuis. Om die reden acht het hof de vermindering van de schulden van de nalatenschap gerechtvaardigd.¹²⁹ De Hoge Raad overweegt dat dit tevergeefs bestreden oordeel, zelfstandig het oordeel kan dragen dat de verrijkingsvordering van de eiser jegens de gedaagde niet opgaat.¹³⁰ De door het hof vastgestelde afspraak tussen de eiser en X over de bestemming van de uitkering van de levensverhouding, werkt door in de verhouding tussen X en de gedaagde omdat – en daarin ligt de juistheid van het oordeel van het hof en de Hoge Raad – de gedaagde X onder algemene titel heeft opgevolgd. In wezen gaat het om een gecompliceerde tweepartijenverhouding. Kleijn merkt in zijn noot terecht op, dat het oordeel mogelijk anders zou zijn, indien vast zou hebben gestaan dat de levensverzekering het dubbele doel nastreefde, van aflossing enerzijds en bevoordeling van de eiser anderzijds.¹³¹

6.5.2.5 *De verrijkingsvordering als aanvulling op de contractuele remedies*

Er is nog een groep gevallen waarbij de verarmde partij een verrijkingsvordering kan instellen. Het kan gebeuren dat een algemene regel van contractenrecht of andersoortige regel bewerkstelligt, dat er een voordeel bij één van de contractspartijen blijft hangen, zonder dat de partijen dit hebben beoogd en zonder dat dit anderszins gerechtvaardigd is.¹³² Is dat het geval, dan komt de verrijkingsvordering voor toepassing in aanmerking.

Ook hier kan *Lisman van Raay/Sint Wilibordus* als voorbeeld dienen. Door de regels van natrekking enerzijds en artikel 3:84 lid 1 BW anderzijds verkrijgt Wilibordus het kerkgebouw mét de kunstvoorwerpen zonder dat partijen dit hebben beoogd.

Een ander voorbeeld is gecodificeerd in artikel 6:78 BW. Verkeert de gedaagde partij in overmacht en kan hij daardoor niet nakomen, dan is hij geen schadevergoeding verschuldigd op de voet van artikel 6:74 jo. 6:75 BW. Het kan heel wel zo zijn, dat hij daardoor in een betere positie komt te verkeren dan het geval zou zijn zonder de overmacht (waarin hij na zou moeten komen.) Artikel 6:78 BW maakt duidelijk dat de eiser de gedaagde onder omstandigheden kan aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking.

129 R.o. 4.11 arrest hof, te kennen uit: HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1271, NJ 1994/463, m.nt. W.M. Kleijn (Sonnevank).

130 HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1271, NJ 1994/463, m.nt. W.M. Kleijn (Sonnevank), r.o. 3.3.

131 Zie W.M. Kleijn in zijn noot onder: HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1271, NJ 1994/463, m.nt. W.M. Kleijn (Sonnevank), nr. 2.

132 Zie ook: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/461.

En zo zijn er meer gevallen, waarin binnen de contractuele context een verrijkingsvordering mogelijk is. De gevallen waarop ik het oog heb,¹³³ zullen in hoofdstuk 8 worden besproken.¹³⁴ Aan de orde komt aldaar onder welke omstandigheden de eiser een verrijkingsactie heeft en hoe deze mogelijkheid zich verhoudt tot het reguliere rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht.

6.5.3 Rechtvaardiging door overeenkomst met derde

6.5.3.1 Inleiding

Als de verrijkte zijn voordeel ontleent aan een overeenkomst met de verarmde, dan is deze verrijking niet ongerechtvaardigd in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW. De overeenkomst geldt als rechtvaardigingsgrond voor de vermogensverschuiving die tussen de verarmde en de verrijkte heeft plaatsgevonden. Aanmerkelijk lastiger te beantwoorden is de vraag, of de verrijkte de overeenkomst die hij met een derde heeft gesloten aan de verarmde als rechtvaardigingsgrond voor zijn verrijking kan tegenwerpen zodra de verarmde hem aanspreekt uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. De overeenkomst geldt in deze gevallen immers niet tussen de verrijkte en de verarmde, maar tussen de verrijkte en een derde, zodat de verarmde buiten de overeenkomst staat.

In dit hoofdstuk zal met name gezocht worden naar een perspectief van waaruit in een dergelijke meerpartijenverhouding de toepasselijkheid van de verrijkingsactie moet worden beoordeeld. Moet het uitgangspunt zijn, dat de overeenkomst tussen de verrijkte en de derde, heeft te gelden als rechtvaardigingsgrond voor het bewuste voordeel van de verrijkte jegens de verarmde ten koste van wie de verrijkte is verrijkt, of moet het uitgangspunt zijn, dat dit juist niet het geval is? Het gaat dus niet zozeer om een maatstaf waaruit steeds eenduidig voortvloeit of de overeenkomst tussen de verrijkte en een derde als rechtvaardigingsgrond kan dienen voor de vermogensverschuiving tussen de verarmde en de verrijkte, het gaat om de vraag wat als uitgangspunt moet gelden in de beoordeling daarvan en waarom dat zo is. In hoofdstuk 9 worden verschillende feitenconstellaties besproken, al kan ook daar geen volledigheid worden betracht.

133 Het gaat met name om: HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3363, *NJ* 2004/458, m.nt. Jac. Hijma (Caribbean Bistros/-Club Caraïbeën). HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2329, *NJ* 2010/498 (Proav/AVA); HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2729, *NJ* 2017/19, m.nt. F.M.J. Verstijlen (De Krom c.s./Van Logtestijn q.q.).

134 Zie par. 8.5.

6.5.3.2 *De doctrine in beweging*

De vraag of een overeenkomst tussen de verrijkte en een derde kan dienen als een rechtvaardigingsgrond jegens de verarmde, is in de literatuur sinds de invoering van de algemene verrijksactie in verschillende zin beantwoord.

Aanvankelijk was de leer heersend, dat de verrijkte de overeenkomst met een derde aan de verarmde kan tegenwerpen als rechtvaardigingsgrond voor zijn verrijking. Dit standpunt is door Nieskens-Isphording verdedigd.¹³⁵ Door onder andere Van Maanen, Schoordijk en Zwalve zijn soortgelijke zienswijzen gegeven.¹³⁶

Het is Hartkamp geweest die deze destijds heersende zienswijze heeft bestreden. In zijn optiek kan een overeenkomst tussen de verrijkte en een derde alleen tegen de verarmde als rechtvaardigingsgrond dienen als het een normale rechtshandeling betreft.¹³⁷ Bij de vraag of een rechtshandeling kan gelden als een normale rechtshandeling, kan volgens hem onder andere worden gekeken naar de waardeverhouding van de overeenkomst. Wissink en Gerdes hebben een soortgelijk standpunt verdedigd.¹³⁸ Uitgangspunt is volgens hen dat de overeenkomst tussen de verrijkte en een ander dan de verarmde ook een rechtvaardigingsgrond inhoudt ten opzichte van de verarmde. Als de omstandigheden van het geval daar naar zijn kan volgens hen van dit uitgangspunt worden afgeweken.

Koolhoven en Damminga benaderen de vraag in hun beider recente dissertaties op een andere manier.¹³⁹ De overeenkomst, zo beredeneren zij, werkt enkel en alleen tussen partijen; derden kunnen aan de overeenkomst in beginsel geen rechten onttelen. Volgens hen vloeit uit de relativiteit van de overeenkomst voort, dat als de verarmde de verrijkte aanspreekt uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, de verrijkte zich in beginsel niet op de overeenkomst met de derde kan beroepen als rechtvaardigingsgrond voor diens verrijking. Het uitgangspunt is dan dat de overeenkomst tussen de verrijkte en de derde de verrijking van de eerstgenoemde niet zonder meer rechtvaardigt jegens de verarmde. Koolhoven stelt onder andere als voorwaarde voor verrijksrechtelijke derdenwerking, dat de verrijkte te goeder trouw een reële tegenprestatie verricht heeft jegens zijn contractspartij.¹⁴⁰

¹³⁵ Nieskens-Isphording 1998, p. 102.

¹³⁶ Engelhard & G.E. van Maanen 1998, p. 317; Schoordijk 1999, p. 157; Zwalve 2007, p. 208-212.

¹³⁷ Hartkamp 2001, p. 332-334.

¹³⁸ Wissink 2002, p. 32; Gerdes 2005, par. 8.5.1c, p. 188-193.

¹³⁹ Koolhoven 2011, p. 236; Damminga 2014, p. 4 en 231-233.

¹⁴⁰ Koolhoven p. 233.

6.5.3.3 De jurisprudentie in beweging

De jurisprudentie van de Hoge Raad begint met het arrest *Setz/Brunings* met een valse start.¹⁴¹ Condico verkoopt een stuk grond. Dat doet hij eerst aan Brunings voor \$ 80.000, en later – als Brunings er niet in slaagt alle betaaltermijnen te voldoen – aan Setz voor \$ 47.000. Brunings betoogt vervolgens dat Setz het perceel van Condico voor dit lagere bedrag kon kopen, doordat de verkoper de verkoopprijs met het door Brunings reeds betaalde bedrag heeft verminderd. Veel meer dan dit wordt over de feiten niet duidelijk. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie Nederlandse Antillen en Aruba overweegt dat de verrijking van de tweede koper Setz ongerechtvaardigd is ‘nu niet is gebleken dat daarvoor een redelijke grond aanwezig is’.¹⁴²

Het namens Setz ingestelde cassatiemiddel bevat klachten die gericht zijn tegen i) de door het hof aangenomen verarming, ii) het door het hof aangenomen causale verband en iii) het miskennen van het hof van het beweerdelijke subsidiaire karakter van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking. Er is echter géén klacht geformuleerd tegen het voormelde oordeel dat de verrijking van Setz een redelijke grond ontbeerde. Dit is opmerkelijk omdat in een geval als dit het betoog voor de hand ligt, dat de overeenkomst tussen Setz (de verrijkte) en Condico (de derde) de verrijking van eerstgenoemde legitimeert, óók jegens de verarmde (Brunings). Onder uitdrukkelijke overweging dat er geen klacht is gericht op het punt van de ongerechtvaardigdheid van de verrijking, wijst de Hoge Raad het middel af en blijft het arrest van het Gemeenschappelijke Hof in stand. In deze zaak heeft de Hoge Raad niet de kans gekregen zich uit te spreken over de verrijkingsrechtelijke ‘derdenwerking’ van overeenkomsten.

Een eerste arrest waarin de Hoge Raad de vraag voorgelegd kreeg, of een overeenkomst tussen de verrijkte en een derde de verrijking van de verrijkte ten koste van de verarmde rechtvaardigt, is het *Koker/Cornelius*-arrest.¹⁴³ Valentine Cornelius woont krachtens een levenslang gebruiksrecht in een woning – ‘De Groene Specht’ – toebehorend aan haar zuster Renate Cornelius. Gedurende de tijd dat Valentine het huis bewoonde, heeft zij – onverplicht – aanzienlijk in het huis geïnvesteerd en bovendien heeft zij ervoor gezorgd dat het huis een woonbestemming bleef behouden. Om redenen die in het arrest niet duidelijk worden, wil Renate Cornelius het levenslange gebruiksrecht van haar zuster beëindigen: zij wil het contractuele gebruiksrecht van haar zuster opzeggen. Wanneer dit niet lukt, verkoopt en levert zij het huis aan haar zoon Koker, voor een prijs die fors beneden de markt-

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

142 R.o.v. 8 van het arrest van het Gemeenschappelijk Hof, te kennen uit: HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7249, NJ 1997/719, m.nt. Jac. Hijma (Setz/Brunings).

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

waarde ligt. Koker, die contractueel niet aan dit gebruiksrecht is gebonden, slaagt als eigenaar van de woning wél in de ontruiming van het huis.

Valentine Cornelius spreekt Koker vervolgens aan uit hoofde van onge-rechtvaardigde verrijking. Valentine Cornelius betoogt dat Koker tegen een zeer gunstige prijs eigenaar is geworden van een huis, dat dankzij haar inspanningen de waarde heeft verkregen die het nu heeft. Het hof wijst de verrijkingsactie van Valentine Cornelius toe: tussen haar en Koker bestaat er geen rechtsverhouding die de verrijking van de eerstgenoemde ten koste van de laatste rechtvaardigt. De Hoge Raad casseert en geeft het volgende uitgangspunt:¹⁴⁴

‘Het gaat hier om een geval waarin de waarde van een onroerende zaak (een woning) is vermeerderd als gevolg van investeringen door een persoon (de verarmde) die daarvoor geen vergoeding heeft gekregen. De zaak is vervolgens door de eigenaar daarvan verkocht en geleverd aan een derde (de koper) tegen een prijs die vrij aanzienlijk lager was dan de (door de zojuist genoemde investeringen verhoogde) marktwaarde van de zaak. In een dergelijke situatie geniet de koper van de zaak, als elke koper die een zaak verwerft voor een koopprijs die beneden de marktwaarde ligt, een voordeel. Dat voordeel vindt in beginsel rechtvaardiging in de koopovereenkomst. De omstandigheid dat een derde (de verarmde) in het verleden op eigen kosten de zaak heeft verbeterd en daardoor in waarde heeft doen toenemen, brengt in het algemeen niet mee dat een zodanig verband bestaat tussen de verrijking van de koper en de verarming van de verarmde dat de koper ongerechtvaardigd verrijkt is ten koste van de verarmde.’

In het vervolg formuleert de Hoge Raad vier aandachtspunten waarmee in een geval als dit de verrijkingsaanspraak moet worden beoordeeld. Heeft de verarmde geen aanspraak op de verkoper dan ook niet op een latere koper;¹⁴⁵ is de verarmde geen huurder, dan kan artikel 7:216 BW niet op zijn situatie worden toegepast; ontleent de verrijkte zijn voordeel aan een gunstige overeenkomst in de familiesfeer, dan rechtvaardigt de schenkingswil van de verkoper mede de verrijking van de verrijkte; als de verrijking van de bevoordeelde koper al ongerechtvaardigd is, moet nog worden gezien of schadevergoeding redelijk is.

Indien A investeert in de woning van B en B de woning vervolgens verkoopt aan C voor een prijs die onder de marktwaarde ligt, dan wordt de verrijking van C ten koste van A in beginsel gerechtvaardigd door de koopovereenkomst B-C. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van dit uitgangspunt worden afgeweken.¹⁴⁶ Veralgemeeniseren wij deze regel, dan lijkt de Hoge Raad in het arrest *Koker/Cornelius* zich op het standpunt te stellen, dat een verrijking die C ontleent aan een overeenkomst met B in beginsel ook gerechtvaardigd is tegenover derden, die geen partij bij de overeenkomst zijn. Anders gezegd, ontleent iemand een voordeel aan een overeenkomst met zijn of haar wederpartij, dan is het uitgangspunt dat deze verrijking ook gerechtvaardigd is jegens derden. Slechts bijzondere omstan-

144 R.o.v. 3.6.3.

145 Ik meen echter, dat er uitzonderingen mogelijk zijn; Zie par. 6.5.3.5. en par. 9.3.3.7.

146 Dezelfde interpretatie is te vinden bij Van Maanen 2006, p. 42-44.

digheden kunnen maken dat dit anders is. Met dit arrest lijkt de Hoge Raad zich aldus aan te sluiten bij de visie van Hartkamp, Gerdes en Wissink die de overeenkomst tussen de verrijkte en een derde – waaraan de verrijkte zijn voordeel dankt – in beginsel als rechtvaardigingsgrond zien.¹⁴⁷

Het *Ponzi-scheme*-arrest lijkt echter aan de veralgemenisering van de regel uit het *Koker/Cornelius*-arrest in de weg te staan.¹⁴⁸ Deze zaak draait om de verwikkelingen rond een *Ponzi-scheme*. De fraudeur trekt liquide middelen aan door aan beleggers hoge rendementen op leningen of beleggingen te beloven: steeds is de boodschap dat hij kans ziet het uitgeleende of ingelegde geld lucratief weg te zetten. De fraudeur belegt het geld echter niet. Als de fraudeur de rente al betaalt, dan doet hij dat niet van de aldus gegenereerde winsten, maar van de inleg of uitleningen van andere deelnemers. Niet alle deelnemers lijden verlies: zij die hoog in de piramide zitten, kunnen (forse) winsten behalen. In de *Ponzi-scheme*-zaak gaat de fraudeur failliet en stelt de curator een verrijkingsactie namens de schuldeisers in diens faillissement in tegen een deelnemer die een flinke winst heeft gemaakt dankzij forse rentebetalingen van de fraudeur. De gelukkige deelnemer is volgens de curator ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van de schuldeisers in het faillissement, omdat de laatsten zijn benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden door het hoge uitgekeerde rentepercentage. Het hof doet de zaak af met de overweging, dat de deelnemer in een geval als dit niet ongerechtvaardigd is verrijkt, nu zij de verrijking ontleent aan een rechtsgeldige overeenkomst met de fraudeur. De Hoge Raad acht het middel tegen dit oordeel gegrond. Daarbij overweegt de Hoge Raad het volgende:¹⁴⁹

‘[...] het bestaan van een aan de verrijking ten grondslag liggende (rechtsgeldige) overeenkomst tussen de verrijkte en de verarmde rechtvaardigt in beginsel die verrijking, maar een verrijking van een partij bij een overeenkomst ten koste van een derde wordt niet steeds en zonder meer gerechtvaardigd door die overeenkomst. Dat laatste geldt in nog sterkere mate indien tussen de prestaties waartoe die overeenkomst verplicht een wanverhouding bestaat, zoals in dit geval in cassatie veronderstellenderwijs moet worden aangenomen [...].’

De Hoge Raad lijkt hier een ander uitgangspunt te nemen dan in het arrest *Koker/Cornelius*. In dat arrest acht de Hoge Raad de verrijking van de koper van een huis, die hij aan de koopovereenkomst ontleent, in beginsel gerechtvaardigd jegens de verarmde die het huis in waarde heeft doen toenemen. In het *Ponzi-scheme*-arrest overweegt de Hoge Raad in algemene bewoordingen dat een overeenkomst tussen de verrijkte en een derde de verrijking van eerstgenoemde ‘niet zonder meer’ jegens de verarmde legitimeert. Dit wordt nog eens versterkt, doordat de Hoge Raad ten aanzien van de tweepartijen-verhouding overweegt, dat de overeenkomst tussen de verrijkte en de ver-

147 Hartkamp 2001, p. 332-334; Wissink 2002, p. 32; Gerdes 2005, par. 8.5.1c, p. 188-193.

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

149 R.o.v. 3.7.2.

armde de verrijking van eerstgenoemde 'in beginsel' rechtvaardigt. Aldus lijkt de Hoge Raad tot een omgekeerd uitgangspunt als in het *Koker/Cornelius*-arrest te komen: ontleent de verrijkte een voordeel aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde, dan kan de verrijkte die overeenkomst niet 'zonder meer' als rechtvaardigingsgrond aan de verarmde tegenwerpen. Daarmee loopt het *Ponzi-scheme*-arrest in de pas met de visie verdedigd in de recente dissertaties van Koolhoven en Damminga.¹⁵⁰ Zij gaan beide uit van het uitgangspunt, dat een overeenkomst tussen de verrijkte en een derde in beginsel *niet* kan gelden als een rechtvaardigingsgrond jegens de verarmde.

Ik sluit echter niet uit, dat het maar schijn is dat de Hoge Raad van standpunt is veranderd. De casusposities die onderscheidenlijk aan het *Koker/Cornelius*-arrest en het *Ponzi-scheme*-arrest ten grondslag liggen, verschillen wezenlijk van elkaar. In het eerste geval ligt het voor de hand aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking af te wijzen – wat heeft een koper te maken met iemand die voor de koop de zaak heeft verbeterd voor de vorige eigenaar? –, terwijl in het tweede geval deze uitkomst veel twijfelachtiger is, omdat in dat geval de verrijkte profiteert van de fraude van een fraudeur ten koste van het vermogen van zijn slachtoffers. Wellicht leent de algemeen geformuleerde overweging uit het *Ponzi-scheme*-arrest zich niet voor veralgemenisering en moeten wij eigenlijk lezen, dat de overeenkomst tussen de 'winnaar' van een piramidespel en de organisator daarvan niet zonder meer de verrijking van eerstgenoemde rechtvaardigt jegens de verliezers.

In het *Bouwgros*-arrest lijkt de Hoge Raad (weer) van oordeel, dat de overeenkomst tussen de verrijkte en de derde in beginsel als rechtvaardigingsgrond kan gelden jegens de verarmde.¹⁵¹ Een verhuurder ontvangt, vanwege het faillissement van diens huurder, van de bank een bedrag dat gelijk staat aan een jaar huur op grond van een daartoe strekkende bankgarantie. De vraag rees of de verhuurder daarmee ongerechtvaardigd was verrijkt ten koste van de boedel. Die vraag speelde, omdat de curator op grond van artikel 39 Fw de huurovereenkomst met inachtneming van een opzegtermijn van drie maanden kan opzeggen, en dat een beding met een langere huurtermijn de boedel niet kan worden tegengeworpen: niet door de verhuurder, maar ook niet door een derde.¹⁵² De bank echter, had zich voor een jaar garant gesteld en had zich via verrekening verhaald op de boedel, zonder dat de curator zich daartegen had verzet, terwijl hij dit wel kon. In plaats daarvan spreekt de curator de verhuurder aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Deze heeft een jaar huur ontvangen die – uiteindelijk, via verrekening door de bank – ten laste van de boedel was gekomen. De Hoge Raad wijst verrijkingsaansprakelijkheid van de verhuurder af.

¹⁵⁰ Koolhoven 2011, p. 236; Damminga 2014, p. 4 en 231-233.

¹⁵¹ HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278, *NJ* 2017/142, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Bouwgros).

¹⁵² HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, *NJ* 2014/68, m.nt. P. van Schilfgaarde (Romania Beheer), r.o. 3.3.4 *in fine*.

De ontvangst van de verhuurder van een betaling waartoe zij 'in haar verhouding tot ABN AMRO gerechtigd was, werd immers niet ongerechtvaardigd doordat ABN AMRO verhaal nam op de boedel en de curator dit niet verhinderde'.¹⁵³ De bankgarantie legitimeert de verrijking van de verhuurder, zodat hij niet ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de boedel.

6.5.3.4 *Uitgangspunt: verrijgingsrechtelijke derdenwerking*

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt, dat de verrijkte niet steeds en altijd diens overeenkomst met de derde aan de verarmde kan tegenwerpen als rechtvaardigingsgrond voor zijn verrijking. Terecht. Een dergelijke strikte opvatting zou weliswaar de rechtszekerheid dienen en in de pas lopen met een soepel lopend rechtsverkeer, maar er is dan geen ruimte om de bijzondere omstandigheden van het geval mee te wegen. Daar waar er in een tweepartijenverhoudingen verschillende *checks and balances* zijn – variërend van de finesses van de wilsvertrouwensleer tot het paardenmiddel van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid – zijn deze tussen de indirect verarmde en de indirect verrijkte – bij ontstentenis van een onderlinge contractuele relatie – afwezig. De algemene verrijgingsactie zou in plaats van de contractuele mechanismes kunnen functioneren als 'check'. Zou de rechtshandeling met een derde per definitie als rechtvaardigingsgrond gelden voor het door de verrijkte ten koste van de verarmde genoten voordeel, dan zou de verrijgingsactie die rol niet kunnen vervullen, hetgeen niet goed zou passen bij de op de redelijkheid en billijkheid gefundeerde aanvullende functie van de verrijkingsovereenkomst. Die richting is de Hoge Raad dan ook niet opgegaan.

De resterende analyse draait om het te hanteren uitgangspunt. Is het zo dat de overeenkomst tussen de verrijkte en de derde waaraan de verrijkte zijn voordeel ontleent 'niet zonder meer' geldt als rechtvaardigingsgrond jegens de verarmde (*Ponzi-scheme*), of moet het uitgangspunt zijn dat een dergelijke overeenkomst een toereikende rechtvaardigingsgrond is (*Koker/Cornelius, Bouwgro*)? Zijn er, anders geformuleerd, bijzondere omstandigheden nodig om de overeenkomst tussen de verrijkte en de derde aan te merken als rechtvaardigingsgrond jegens de verarmde, of wordt de overeenkomst tussen de verrijkte en de derde in beginsel ook jegens de verarmde als rechtvaardiging voor de verrijking van de verrijkte aangemerkt en kunnen alleen bijzondere omstandigheden dit anders doen zijn?

In mijn optiek moet het uitgangspunt zijn, dat het voordeel dat de verrijkte ontleent aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde (een derde) in beginsel niet ongerechtvaardigd is jegens de verarmde, omdat de overeenkomst waaruit het voordeel voortvloeit – behoudens bijzondere omstandigheden – de verrijking van de verrijkte rechtvaardigt. Enerzijds beschermt een dergelijk uitgangspunt het rechtsverkeer, dat erbij is gebaat

153 R.o. 4.2.

dat iemand die een gunstig contract sluit niet te gemakkelijk kan worden aangesproken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking door iemand die buiten de overeenkomst staat.¹⁵⁴ Anderzijds laat dit model toe – doordat verrijgingsrechtelijke derdenwerking slechts het uitgangspunt is – dat er bijzondere omstandigheden kunnen zijn die dit anders kunnen maken, zodat onwenselijke resultaten worden voorkomen.

Is het uitgangspunt van de verrijgingsrechtelijke derdenwerking niet in strijd met de relativiteit van de overeenkomst?¹⁵⁵ Het antwoord op deze vraag moet ontkennend luiden. Het contractuele uitgangspunt dat een overeenkomst alleen tussen partijen rechten en verplichtingen in het leven roept, is – in mijn optiek – niet een overtuigend argument om verrijgingsrechtelijke derdenwerking aan de overeenkomst tussen de verrijkte en een derde te ontfangen. Het relativiteitsbeginsel brengt primair met zich, dat uit een overeenkomst enkel en alleen tussen de contractspartijen verbintenissen voortvloeien. De verrijkte die jegens de verarmde een overeenkomst met een derde opvoert als rechtvaardigingsgrond, beroept zich wel op een contract, doch hij beroept zich ‘slechts’ op een overeenkomst met een derde om zich tegen de door de verarmde ingestelde verrijgingsactie te verweren. Hij gebruikt de overeenkomst niet om een verplichting aan de verarmde op te dringen, doch om vordering uit ongerechtvaardigde verrijking met succes af te wenden.

Met de enkele constatering dat de relativiteit van de overeenkomst niet principieel aan een mogelijke verrijgingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst in de weg staat, is nog niet aangetoond dat die werking daadwerkelijk bestaat, of behoort te bestaan. Die diepere grondslag is in mijn optiek wel te geven.

6.5.3.5 Grondslag verrijgingsrechtelijke derdenwerking

De verrijgingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst tussen de verrijkte en een ander dan de verarmde berust in mijn optiek op een fundament, dat op het snijpunt ligt van het goederenrecht en het verbintenissenrecht. De omstandigheid dat de gedaagde het voordeel ontleent aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde, betekent namelijk dat het voordeel primair uit het vermogen van die ander (een derde) afkomstig is. Voor Janssen is dit reden voor de conclusie dat er geen causaal verband tussen de verrijking van de gedaagde en de verarming van de eiser bestaat.¹⁵⁶ Dat gaat, zoals eerder betoogd, te ver.¹⁵⁷ De omstandigheid dat de gedaagde zijn voordeel aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde dankt, behoort echter wél mee te brengen dat de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser in beginsel niet ongerechtvaardigd is. De derde waarmee

154 Zie voor dit argument ook Gerdes 2005, par. 8.5.1c, p. 190

155 Vgl. Koolhoven 2011, p. 236; Damminga 2014, p. 4 en 231-233.

156 Janssen 2009, par. 5.1.1.

157 Zie par. 5.4.4.3.

de verrijkte gedaagde heeft gecontracteerd is namelijk bevoegd om – met binding tegenover eenieder – over zijn vermogen te beschikken.

Die beschikkingsbevoegdheid heeft meer dan een dimensie. Draagt iemand zijn piano ten titel van koop over op de voet van artikel 3:84 BW, dan is de verkrijger in beginsel eigenaar van de piano tegenover de rest van de wereld. De beschikkingsbevoegdheid manifesteert zich hier als de bevoegdheid om een afzonderlijk vermogensbestanddeel in goederenrechtelijke zin over te dragen. Maar ook als de piano nog niet geleverd is, heeft de verkoper reeds – met de verkoop – over zijn vermogen beschikt op een manier die derdenwerking heeft. De verkoper staat vanaf het moment van koop met zijn vermogen in om de piano te leveren. Bij het verhaal op het vermogen van de verkoper zullen diens schuldeisers rechtens rekening moeten houden met de vordering van de koper. Alle schuldeiser hebben, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang, een gelijk recht op verhaal en moeten uit de netto-opbrengst van de goederen naar evenredigheid worden voldaan (artikel 3:277 lid 1 BW).

De verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst moet worden gezien als een andere consequentie van de bevoegdheid van de rechthebbende om over zijn vermogen te beschikken. Omdat de derde rechthebbende is van zijn vermogen ten opzichte van de rest van de wereld, kan hij de gedaagde ten koste van zijn vermogen bevoordelen op een manier die ook tegenover derden – waaronder de verarmde – werkt. De verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst, is de afgeleide van de bevoegdheid van de wederpartij van de verrijkte om over diens vermogen te beschikken.

Dit kan worden toegepast op de zaak *Koker/Cornelius*.¹⁵⁸ Valentine Cornelius investeert in het huis van Renate Cornelius. De investeringen van de eerste doen het huis van de laatste in waarde stijgen. Renate Cornelius verkoopt het huis vervolgens aan haar zoon Koker voor een prijs onder de marktwaaarde. Koker kan die overeenkomst aan Valentine Cornelius als rechtvaardigingsgrond tegenwerpen. Redengevend hiervoor is dat Renate Cornelius rechthebbende is van haar vermogen ten opzichte van de rest van de wereld, waardoor zij met werking tegenover eenieder over haar vermogen kan beschikken. Iets soortgelijks geldt in *Bouwgros*. De verrijking van de verhuurder die een jaar huur krijgt op grond van een daartoe strekkende bankgarantie, is niet ongerechtvaardigd ten koste van de boedel omdat de bank bevoegd is haar vermogen tot een dergelijke prestatie te binden. Daarmee is de verrijking van de verhuurder gelegitimeerd.

De verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst tussen de verrijkte en een derde is het uitgangspunt. Bijzondere omstandigheden kunnen de verrijkingsrechtelijke derdenwerking echter doorbreken.

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

In de eerste plaats kan het geval zodanig zijn, dat de ratio van de verrijdingsrechtelijke derdenwerking in de omstandigheden van het geval afwezig is. Dit is het geval indien degene waarmee de verrijkte gedaagde heeft gecontracteerd – X – heeft beschikt over vermogensbestanddelen die aan de verarmde toebehoren. Dit zou aan de orde zijn als X het vakantiehuis van de verarmde aan de verrijkte verhuurt of ter beschikking stelt.¹⁵⁹ De algemene beschikkingsbevoegdheid van X om diens vermogen te binden is dan geen sterk argument voor verrijdingsrechtelijke derdenwerking van deze overeenkomst, omdat de verhuurde vakantiewoning niet aan X, maar aan de verarmde toebehoort. De verrijking van de verrijkte ten koste van de verarmde is ongerechtvaardigd als er geen nadere rechtvaardigingsgrond voor het gebruik van de verrijkte kan worden aangewezen.¹⁶⁰

In de tweede plaats kunnen er bijzondere omstandigheden zijn die een uitzondering op de verrijdingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst kunnen rechtvaardigen. Hier toont zich de op de redelijkheid en billijkheid gefundeerde aanvullende functie van de verrijkingsvordering. Daar waar het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht mechanismes heeft om recht te doen aan de omstandigheden van het geval, kan er in het verrijdingsrecht op basis van de bijzondere omstandigheden van het geval een uitzondering worden gemaakt op de verrijdingsrechtelijke derdenwerking.

Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een geval, waarin X juridisch technisch over diens eigen vermogen beschikt, maar dat desalniettemin dicht tegen een geval aanligt waarin X over het vermogen van de verarmde beschikt. Dit is het geval in het *Ponzi scheme*-arrest:¹⁶¹ de spin in het web betaalt de winst van de gedaagde met beleggingen van potentiële eisers.¹⁶² Weliswaar behoorden de gelden de beleggers niet meer in goederenrechtelijke zin toe, maar de oplichter besteedt de gelden ‘van’ de beleggers op een andere manier als beloofd. Zoals we hebben gezien overweegt de Hoge Raad juist in dat arrest dat een overeenkomst niet steeds en zonder meer derdenwerking heeft.

Maar er zijn ook andere gevallen denkbaar waarin het gerechtvaardigd is om van het uitgangspunt van de verrijdingsrechtelijke derdenwerking af te wijken. In een geval als *Koker/Cornelius* zou dit bijvoorbeeld het geval kunnen zijn als Koker de verarmde Valentine Cornelius zou hebben aangeemoedigd om in het huis van Renate Cornelius te investeren, terwijl hij wist dat hij het huis binnen afzienbare tijd voor een zacht prijsje zou verkrijgen. In dat geval rechtvaardigt het principe dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag, een uitzondering op het beginsel van verrijdingsrech-

159 Het voorbeeld is ontleend aan: Damminga 2014, p. 242-243.

160 Toch zal de verrijkingsactie lang niet altijd slagen. Enerzijds kan de verrijkte door diens aansprakelijkheid een ongewenst bestedingspatroon opgedrongen krijgen zodat aansprakelijkheid niet redelijk is. Anderzijds kan hij zich mogelijk beroepen op de in art. 6:212 lid 2 en 3 neergelegde verweermiddelen. Zie: Damminga 2014, p. 242-243.

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

162 Zie verder par 9.3.3.

telijke derdenwerking, óók als dit handelen niet kwalificeert als een onrechtmatig handelen in de zin van artikel 6:162 BW.¹⁶³ Anders dan de Hoge Raad van oordeel lijkt te zijn, zou de omstandigheid dat Valentine Cornelius geen (contractuele) vordering heeft jegens Renate Cornelius ter zake van de investeringen, niet per definitie aan een verrijkingsactie van de verarmde tegen de verrijkte in de weg moeten staan.¹⁶⁴

Verdere grenzen van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking en de uitzondering daarop zullen verderop in dit boek nader worden verkend.¹⁶⁵

6.5.4 Rechtvaardiging door wet

6.5.4.1 Heersende leer; rechtvaardiging door wet

Als de verarmde per ongeluk op de grond van de verrijkte een huis heeft gebouwd, dan is de verrijkte krachtens de natrekkingsregel eigenaar van het huis. De vermogensverschuiving is dan veroorzaakt door de wet. Als een vermogensverschuiving aldus door de wet is veroorzaakt, hangt het van de strekking van de wettelijke regeling af, of de wet ook als rechtvaardigingsgrond geldt in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW.¹⁶⁶ Als de wet de strekking heeft, de daaruit voortvloeiende vermogensverschuiving ook in obligatoire zin te legitimeren, dan is er van een ongerechtvaardigde verrijking geen sprake. Heeft de wet die strekking niet, dan is een daaruit voortvloeiende verrijking – behoudens een andere rechtvaardigingsgrond zoals een tot de verrijking strekkende overeenkomst – ongerechtvaardigd en moet bezien worden of een verplichting tot de betaling van schadevergoeding redelijk is. Omdat de voornoemde natrekkingsregel ‘slechts’ de goederenrechtelijke ordening beoogt, strekt de regel er niet toe de grondeigenaar op wiens grond gebouwd is te verrijken, zodat de verrijking van de grondeigenaar in beginsel ongerechtvaardigd is. Deze in de rechtspraak en de literatuur heersende zienswijze – die de strekking van de wet ziet als allesbepalende factor – is één op één terug te voeren tot de beschouwingen daarover in de parlementaire geschiedenis.¹⁶⁷

Bij de beoordeling van de (on)gerechtvaardigdheid van de verrijking ligt de focus dus op de strekking – de uitleg – van de wet. Dit uitgangspunt kan onderschreven worden. Als de wet een bepaalde vermogensverschui-

163 Vgl. Gerdes 2005, par. 8.5.1c, p. 191, alwaar hij aanstipt dat ‘unclean hands’ de verrijkingsrechtelijke derdenwerking kan doorbreken.

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

165 Hoofdstuk 9.

166 Zie bijvoorbeeld: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/466; *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Vriesendorp), nr. 316; Hartlief 2012, p. 253-256, p. 262. HR 15 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0155, NJ 2004/126, m.nt. W.M. Kleijn (Daams/Staat), r.o. 3.4; HR 24 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9600, NJ 2010/508 (Groesbeek/Derks c.s.), r.o. 3.5. Vgl. Wissink 2002, p. 21-26 en p. 57-65.

167 PG Boek 6, p. 830 en p. 836. Daarover Wissink 2002, p. 24-25.

ving beoogt, dan brengt reeds een voor de hand liggende wetssystematische uitleg met zich, dat een daarmee samenhangende verrijking niet ongerechtvaardigd is in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW. 'Het is niet logisch', zo merkt Wissink op, 'met de ene hand te geven, wat met de andere is weggenomen'.¹⁶⁸

Ik geef een aantal voorbeelden. Bij de analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad zullen er meer volgen.

(i) Het goederenrecht kent verschillende bepalingen, die de daaruit voortvloeiende vermogensverschuivingen in verrijgingsrechtelijke zin legitimeren. Degene die, bijvoorbeeld, wordt beschermd tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder op de voet van artikel 3:86 en 3:88 BW, wordt daarmee verrijkt ten koste van de rechthebbende.¹⁶⁹ Die verrijking is niet ongerechtvaardigd. Degene die te goeder trouw een goed bezit, wordt op de voet van artikel 3:120 BW eigenaar van de daardoor afgescheiden vruchten. Ook die verrijking is niet ongerechtvaardigd.¹⁷⁰

(ii) Is de gedaagde op grond van bevrijdende verjaring bevrijd van een rechtsvordering op de voet van artikel 3:306 e.v. BW dan is de daarmee samenhangende verrijking niet ongerechtvaardigd.¹⁷¹ Een architect die buiten de verjaringstermijn een factuur verstuurt, en aldus zijn vorderingsrecht verliest, kan zich vervolgens niet beroepen op ongerechtvaardigde verrijking.¹⁷² Voor verkrijgende verjaring op grond van artikel 3:99 e.v. BW geldt hetzelfde.

(iii) Een natuurlijke verbintenis kan fungeren als een rechtvaardigingsgrond.¹⁷³ Wanneer de eiser bijvoorbeeld in het kader van een affectieve relatie investeert in de huurwoning van de gedaagde en dit kwalificeert als een 'dringende morele verplichting' als bedoeld in artikel 6:3 lid 2 sub b BW, dan levert dit geen ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde op.¹⁷⁴ Iets soortgelijks moet gelden als de eiser jegens de gedaagde een rechtshandeling voldoet waaraan 'de wet of een rechtshandeling de afdwingbaarheid onthoudt'.¹⁷⁵

(iv) Wordt aan iemand, zo bepaalt artikel 7:7 lid 1 BW, ongevraagd een zaak toegezonden en mag de ontvanger redelijkerwijze aannemen dat deze zaak verzonden is om hem tot verkoop te bewegen, dan mag de ontvanger de zaak om niet behouden tenzij het de ontvanger is toe te rekenen dat de zaak aan hem verzonden is. De strekking van artikel 7:7 lid 1 BW is dat de ontvanger die de hem toegezonden zaak mag houden, niet ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van degene die hem de zaak heeft toegezonden.¹⁷⁶

¹⁶⁸ Wissink 2002, p. 63.

¹⁶⁹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/467.

¹⁷⁰ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/467.

¹⁷¹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/467.

¹⁷² Hof Amsterdam 10 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4641, *NJF* 2016/96.

¹⁷³ Zie: Koolhoven 2011, p. 190-191.

¹⁷⁴ Zie bijvoorbeeld: Rb. Haarlem 9 juli 2003, ECLI:NL:RBHAA:2003:AI1183, *NJF* 2003/54.

¹⁷⁵ Zie art. 6:3 lid 1 sub a. BW.

¹⁷⁶ In gelijke zin t.a.v. art. 6:203: Asser/Hijma 7-I* 2013/155.

6.5.4.2 Heersende leer; rechtvaardiging door stelsel wet

Nauw verwant met de situatie waarin de verrijking van de gedaagde wordt gerechtvaardigd door een *specifieke* wettelijke bepaling, is de situatie waarin de verrijking wordt gerechtvaardigd door het stelsel van de wet. Er zijn twee verschillende manieren op grond waarvan het stelsel van de wet een verrijking kan rechtvaardigen.

In de eerste plaats kan een verrijgingsgeval exclusief door een specifieke wettelijke regeling worden bestreken.¹⁷⁷ Of die regeling exclusief is, zal afhangen van de strekking van die wettelijke regeling¹⁷⁸ en de plaats van die regeling in het systeem van het vermogensrecht.

(i) Is, bijvoorbeeld, de mogelijkheid om een rechtshandeling te vernietigen wegens een wilsgebrek verjaard of vervallen, dan kan de wederpartij van de benadeelde partij niet worden aangesproken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking.¹⁷⁹ De eventuele verrijking die met het ontvallen van de vernietigingsmogelijkheid samenhangt, is niet ongerechtvaardigd. De verrijking wordt gerechtvaardigd door de belangenafwegingen die aan de verjarings- of vervalregels ten grondslag liggen.

(ii) Is de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser, het gevolg van een tussen hen gewezen rechterlijke uitspraak dan is die verrijking – óók als het oordeel achteraf onterecht is – niet ongerechtvaardigd.¹⁸⁰ Staat er nog hoger beroep of cassatie open, dan moet de eiser die weg kiezen met inachtneming van de daarvoor geldende processuele regels. Staat er géén hoger beroep open en is het vonnis of arrest in gezag van gewijsde gegaan, dan geeft het vonnis of het arrest het recht tussen de partijen weer. Een verrijkingsoverdracht kan daar geen verandering in brengen.¹⁸¹ Deze *hard and fast rule* volgt uit het gesloten systeem van rechtsmiddelen en de daaraan ten grondslag liggende gedachte dat aan een procedure eens een einde moet komen.

(iii) Schuldeisers in een faillissement kunnen ten koste van een individuele schuldeiser (de eiser) worden verrijkt, in die zin dat de eersten betere verhaalsmogelijkheden hebben gekregen doordat de laatste in een onhandige transactie met de failliet verzeild is geraakt.

Dit is bijvoorbeeld het geval, als de eiser voor het faillissement onverschuldigd aan de failliet heeft betaald of als iemand een lening aan de failliet verstrekt – en op grond van die lening heeft uitbetaald – zonder zekerheid

177 PG Boek 6, p. 830.

178 Zie Wissink 2002, p. 24-25.

179 PG Boek 6, p. 830; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/467; M.W. Scheltema in: GS *Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 6.3.

180 PG Boek 6, p. 833; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/467; M.W. Scheltema in: GS *Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 6.3; Koolhoven 2011, p. 196.

181 Zie: Hof Den Bosch 13 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4099, *Prg.* 2016/284, r.o. 3.8. Het gezag van gewijsde kan ook een zekere reflexwerking hebben voor een partij die buiten de rechterlijke uitspraak staat. Zie: Rb. Oost-Brabant 1 februari 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:445.

te bedingen. De solvent en degene die krediet heeft verstrekt hebben slechts een concurrente vordering, terwijl het beloop van respectievelijk de onverschuldigde betaling en de geldlening in de failliete boedel vallen, hetgeen een verbetering in de verhaalsmogelijkheden voor (een deel van) de overige schuldeisers kan betekenen.

De verrijking van (een deel van) de schuldeisers in het faillissement ten koste van respectievelijk degene die voor het faillissement onverschuldigd heeft betaald en degene die de geldlening heeft verstrekt is echter niet ongerechtvaardigd. De verrijking wordt in beide gevallen gerechtvaardigd door het stelsel van de faillissementswet.¹⁸² Volgens Schoordijk is één van de gouden regels van het verrijgingsrecht, dat het preferentiesysteem niet doorbroken mag worden door de toepassing van de verrijgingsvordering.¹⁸³

6.5.4.3 Heersende leer; rechtvaardiging door stelsel wet; vervolg

In de tweede plaats kan het zich voordoen, dat de gedaagde ten koste van de eiser wordt verrijkt, terwijl niet aan alle vereisten is voldaan van een rechtsfiguur die de verrijking in potentie ongedaan kan maken en die *prima facie* voor toepassing in aanmerking komt. Sluit het feit dat niet aan de voorwaarden van bijvoorbeeld onverschuldigde betaling, zaakwaarneming of onrechtmatige daad is voldaan, ook de verrijgingsvordering uit? De minister formuleert het probleem als volgt:¹⁸⁴

‘Het ligt voor de hand dat een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking niet is uitgesloten op de enkele grond dat de schuldeiser zijn vordering reeds op een andere rechtsgrond kan baseren. Maar minder eenvoudig te beantwoorden is de vraag wanneer de afbakening van die rechtsgrond meebrengt dat een verrijking die met een daarop gebaseerde vordering niet aangepakt kan worden, daardoor ook niet ongerechtvaardigd is, omdat zij blijkbaar door de wetgever na afweging van de over en weer bestaande belangen zonder bezwaar is geacht.’

Verrijkingsaansprakelijkheid afwijzen omdat er niet aan de eisen voor een andere grondslag (onrechtmatige daad, zaakwaarneming, onverschuldigde betaling, etc.) is voldaan, mag nooit een automatisme zijn. Redengevend daarvoor is het negatieve karakter van het feit dat een bepaalde regeling op een geval *niet* van toepassing is. Is niet voldaan aan de eisen voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, dan vallen domweg *alle* gevallen daaronder waarin niet aan alle vereisten van artikel 6:162 lid 2 BW is voldaan. Een eenvoudig voorbeeld. Als de eiser de schuld van de gedaag-

182 Zie in algemene zin Engelhard & Van Maanen 1998, p. 317-319. Voor de onverschuldigde betaling volgt dit (impliciet) uit: HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, NJ 1998/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (Ontvanger/Hamm), r.o. 3.4; Voor de geldlening volgt dit uit: HR 30 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1779, NJ 1995/707 (Royal/Van Kemenade q.q.), r.o. 3.5. Zie over het laatstgenoemde arrest: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/469.

183 Schoordijk 1979, p. 457.

184 PG Boek 6, M.v.A., p. 833.

de voldoet bij X, dan kan de gedaagde aansprakelijk zijn uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking omdat hij bevrijd is van zijn schuld bij X. De omstandigheid dat in de omstandigheden van het geval geen onrechtmatige daad van de gedaagde jegens de eiser besloten ligt, is in geen enkel opzicht een argument tegen de verrijkingsaansprakelijkheid.

Wissink heeft – op basis van passages uit de parlementaire geschiedenis – voor dit soort gevallen een hanteerbare toets gegeven op basis waarvan kan worden beoordeeld, wat het betekent voor de toepasbaarheid van de verrijkingsactie indien aan de eisen van een andere regel niet is voldaan. Volgens hem moet worden bezien waarom de gedaagde niet jegens de eiser aansprakelijk is op grond van regeling *x* of *y*.¹⁸⁵ Vervolgens moet worden onderzocht of de reden die aan toepassing van regeling *x* of *y* in de weg staat, ook een obstakel is voor aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Daarbij komt het aan op de strekking van de bijzondere regeling. Wissink geeft twee voorbeelden uit de parlementaire geschiedenis. Als een vordering tot vernietiging is verjaard, zo betoogt Wissink, dan is de verrijkingsvordering uitgesloten. Is echter niet aan alle vereisten voor zaakwaarneming voldaan, dan is verrijkingsaansprakelijkheid niet uitgesloten.

Ik kan instemmen met het denkkader zoals dat is geformuleerd door Wissink, al vergt de aard van het probleem – de invloed van de niet-toepasbaarheid van regeling *x* of *y* op de ongerechtvaardigdheid van de verrijking – steeds een nauwkeurige analyse. Ik geef een aantal voorbeelden.

(i) De verhouding tussen onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking is in dit verband eenvoudig. Faalt de vordering uit onverschuldigde betaling omdat deze niet gericht is tegen de ontvanger of omdat er geen sprake is van betaling dan is verrijkingsaansprakelijkheid van de gedaagde niet uitgesloten.¹⁸⁶ Bezien moet worden of aan de vereisten van artikel 6:212 lid 1 BW is voldaan. Faalt de vordering uit onverschuldigde betaling echter omdat er niet ongegrond is betaald, dan sluit dat in de meeste gevallen aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking uit.¹⁸⁷

(ii) Iets soortgelijks geldt voor de zaakwaarneming. Faalt de zaakwaarneming bij ontstentenis van een redelijke inmengingsgrond, dan is aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking mogelijk voor zover dit redelijk is, dat wil zeggen zolang de autonomie van de gedaagde niet wordt aangetast door de verrijkingsaansprakelijkheid. Faalt de zaakwaarneming omdat de ‘zaakwaarnemer’ zijn bevoegdheid tot inmenging ontleent aan een overeenkomst tussen hem en de belanghebbende, dan zal dit de verrijkingsvordering in de regel ook uitsluiten omdat de belangenbehartiging dan een rechtvaardiging zal vinden in de overeenkomst. In het

185 Wissink 2002, p. 24-25.

186 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/433.

187 Getwijfeld kan worden in de zaak: HR 23 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2620, NJ 2006/100 (LRS/Sint Willibrordus). Daar zal het in mijn optiek niet helemaal zeker zijn of de nagetrokken kunstvoorwerpen op grond van onverschuldigde betaling kunnen worden teruggevorderd.

geval van een leemte kan de belanghebbende op grond van de aanvullende redelijkheid en billijkheid ex 6:248 lid 1 BW verplicht zijn om een vergoeding voor de (mogelijk onverwachte) belangenbehartiging te betalen.

(iii) De vorige voorbeelden laten zich redelijk makkelijk oplossen omdat het steeds gaat om leerstukken waaraan de *sine causa* conceptie van het verrijkingsbeginsel aan de oppervlakte ligt. Lastiger wordt het wanneer er andersoortige regels in de analyse worden betrokken.

De Hoge Raad is bijvoorbeeld van oordeel, dat het niet voor de hand ligt, dat degene die ten onrechte geen ingebrekestelling heeft gestuurd en daarom niet met succes schade kan vorderen op grond van artikel 6:74 BW, een deel van zijn schade op grond van ongerechtvaardigde verrijking kan vorderen.¹⁸⁸ Zoals we verderop in dit boek zullen zien, is de gevolgtrekking allerm minst vanzelfsprekend.¹⁸⁹ Verderop zal betoogd worden dat verrijkingsaansprakelijkheid een middenweg kan bieden tussen helemaal geen aansprakelijkheid en een op artikel 6:74 BW gefundeerde aansprakelijkheid.¹⁹⁰

(iv) De gedachte dat een verrijking niet ongerechtvaardigd is, vanwege het enkele feit dat de handeling waarmee de gedaagde diens verrijking ten koste van de eiser tot stand heeft gebracht niet onrechtmatig is, moet worden verworpen.¹⁹¹ Is er sprake van een vermogensverschuiving dan moet er voor de vermogensverschuiving een rechtvaardigingsgrond bestaan. Is er geen sprake van een vermogensverschuiving, dan moet de verrijkingsoverdracht in beginsel worden afgewezen. Niet omdat er geen sprake is van een onrechtmatige daad, maar omdat eenieder in beginsel de in het economische verkeer behaalde voordelen mag behouden. Bijzondere omstandigheden echter, kunnen toch tot de conclusie nopen dat de verrijking ongerechtvaardigd is. De vraag in hoeverre de vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking die uit de onrechtmatige daad kan aanvullen, wordt onderzocht in hoofdstuk 10.

6.5.4.4 Een nuance op de heersende leer

De strekking van de wet bepaalt, volgens de heersende leer, of een verrijking die wordt veroorzaakt door een wettelijke bepaling of het stelsel van de wet al dan niet ongerechtvaardigd is. Toch is de zienswijze waarbij enkel en alleen naar de strekking van de wet wordt gekeken wat eenzijdig. Er zijn in mijn optiek twee, aan elkaar complementaire redenen, om uit te gaan van de opvatting waarin – onder sprekende omstandigheden – een vermogensverschuiving toch ongerechtvaardigd kan zijn, als deze het gevolg is van een

188 HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3363, NJ 2004/458, m.nt. Jac Hijma. (Caribbean Bistros/Club Caraïbe), r.o. 3.4.2.

189 Kritisch is ook: Wissink 2003, p. 93-94.

190 Zie par. 8.5.5. en ten aanzien van de onrechtmatige daad: hoofdstuk 10.

191 In die richting echter: HR 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6098, NJ 2008/120, m.nt. Ch. Gielen (CFS/Stork). Op dit arrest wordt verderop in dit hoofdstuk in kritische zin teruggekomen.

wet die impliciet of zelfs expliciet tot deze vermogensverschuiving strekt. De eerste reden hangt samen met de aard van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking, de tweede reden hangt samen met de specifieke aard van de wet als rechtvaardigingsgrond.

In de eerste plaats kan worden opgemerkt wat hiervoor meerdere malen naar voren is gebracht. De verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking heeft als sluitstuk van het vermogensrecht een aanvullende functie. Wordt aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking als een *hard and fast rule* afgewezen, zodra de wet die de verrijking heeft veroorzaakt tot de desbetreffende verrijking strekt, dan verliest de verrijkingsactie daarmee aan aanvullende en corrigerende kracht. Bij een actie, die het verbintenisrecht aanvult om in concrete – niet voorziene – casusposities zoveel als mogelijk tot aanvaardbare resultaten te komen, behoren de concrete omstandigheden van het geval principieel een rol te kunnen spelen. Kijkt men slechts naar de strekking van de wet, dan verliest men licht de bijzonderheden van het te beoordelen geval uit het oog. De hier verdedigde opvatting past goed bij de observatie van Wissink dat de redelijkheid en billijkheid – als onderdeel van het systeem van het vermogensrecht – een rol mogen spelen bij de toepassing van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking.¹⁹²

In de tweede plaats is de wet in haar kwaliteit van verrijkingsrechtelijke rechtvaardigingsgrond in een bepaald opzicht meer zwart-wit dan een overeenkomst. Daar waar het overeenkomstenrecht mechanismen heeft die de bindende kracht van de overeenkomst van binnenuit kunnen aantasten in de vorm van *checks and balances* – men denke in het bijzonder aan de wilsgebreken, de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en de rechterlijke wijzigingsbevoegdheid vanwege onvoorziene omstandigheden – zijn er geen *checks and balances* die een wettelijke bepaling als *prima facie* rechtvaardigingsgrond opzij kunnen zetten als de omstandigheden van het geval dit eisen.

Als nu wordt aanvaard dat een verrijking, in bijzondere omstandigheden, toch ongerechtvaardigd kan zijn in gevallen waarin de wet tot de desbetreffende vermogensverschuiving strekt, dan kan de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking als een soort 'check' functioneren die de scherpe kanten van een wettelijke regel verzacht. In twee, niet helemaal van elkaar te onderscheiden gevallen, zou de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking een dergelijke rol kunnen vervullen. Dit is enerzijds het geval als er zich een door de wetgever niet voorzien geval voordoet en anderzijds als de vermogensverschuiving in de concrete omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.¹⁹³ Ik geef een voorbeeld:

192 Wissink 2002, p. 65.

193 Dezelfde norm is te vinden in resp. art. 6:2 en 6:248 BW. Als de eiser en de gedaagde (nog) geen schuldeiser en schuldenaar van elkaar zijn, zijn deze normen niet van toepassing. De redelijkheid en billijkheid is geen zelfstandige bron van verbintenissen.

Stel, X steelt een drachtig paard van de eiser en schenkt dit aan de gedaagde, die te goeder trouw is. De gedaagde wordt, ondanks zijn goede trouw, niet tegen de beschikkingsonbevoegdheid van X beschermd op de voet van artikel 3:86 lid 1 BW. De gedaagde heeft om niet verkregen.¹⁹⁴ Wél is de gedaagde na de schenking en levering bezitter te goeder trouw van het paard. Aan de bezitter te goeder trouw behoren krachtens artikel 3:120 lid 1 BW de natuurlijke en burgerlijke vruchten toe. Bevalt het paard dan behoort het veulen dientengevolge aan de gedaagde toe. Artikel 3:120 lid 1 BW beoogt de verrijking van de bezitter te goeder trouw (de gedaagde) ten koste van de rechthebbende (de eiser) te legitimeren.

Kan de verrijking in bijzondere omstandigheden toch ongerechtvaardigd zijn? De verrijking is in mijn optiek niet ongerechtvaardigd als het drachtige paard en/of het veulen maandenlang verzorgd is door de gedaagde. Maar wat is rechtens als het paard daags na de schenking bevalt, vlak voor het moment dat de eiser het paard revindiceert? In dat geval vind ik het verdedigbaar de verrijking van de gedaagde ongerechtvaardigd te achten. Het recht behoort niet over één nacht ijs te gaan. Dit geldt des te sterker als het paard wordt vervangen door een pandabeer, waarvan de drachtige exemplaren nog zeldzamer zijn.

Waar het om gaat, is dat er in een voorbeeld als dit, de wet geen mechanismen heeft die mogelijke onaanvaardbare consequenties van het systeem kunnen mitigeren. De bezitter te goeder trouw behoren de afgescheiden vruchten toe. De regel doet ongeacht de omstandigheden van het geval zijn werk. In het genoemde voorbeeld zou – indien de hier verdedigde zienswijze wordt gevold – de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking – met instandhouding van de goederenrechtelijke ordening¹⁹⁵ – eventuele onaanvaardbare consequenties van deze regel kunnen corrigeren.

Zo ver lijkt de Hoge Raad nog niet te zijn. Wel zal ik aan de hand van de nu volgende analyse van rechtspraak van de Hoge Raad laten zien dat er voor de hier verdedigde ruimere opvatting enige – kleine – aanknopingspunten te vinden zijn, al hanteert de Hoge Raad – in de gevallen waarop ik het oog heb – vooralsnog een rechtsverfijnende interpretatiemethode waarbij een zodanige draai aan de strekking van de wet wordt gegeven, dat de wet in de concrete omstandigheden de verrijking niet rechtvaardigt.¹⁹⁶ Tegelijkertijd zijn er arresten aan te wijzen waarbij de Hoge Raad – in weerwil van bijzondere omstandigheden – een groot gewicht aan de strekking van de wet hangt.

194 En als hij al beschermd zou worden – wat dus niet zo is – dan zou de eigenaar op grond van 3:86 lid 3 nog drie jaar de tijd hebben om zijn paard op te eisen.

195 In een mogelijk faillissement van de bezitter, zou de rechthebbende slechts een concurrente vordering hebben.

196 Zinsnede letterlijk ontleent aan: Van der Linden 2016, p. 298.

6.5.5 Rechtvaardiging door wet; jurisprudentie; strekking versus omstandigheden¹⁹⁷

6.5.5.1 De ruilverkavelingsarresten

In het arrest *Groesbeek/Derks c.s.* komt de verhouding tussen de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking en het stelsel van de wet heel nadrukkelijk naar voren. De feiten lagen als volgt.¹⁹⁸ Derks c.s. verloren in 1996 als gevolg van de ruilverkaveling 'Groesbeek' enkele percelen grond aan de gemeente zonder dat daar enige compensatie tegenover stond. Dit hadden Derks c.s. min of meer aan zichzelf te wijten: zij hadden verzuimd om binnen de termijn van artikel 170 lid 1 van de Landinrichtingswet bezwaar te maken. Wel waren de termijnen tamelijk kort: Derks c.s. moesten binnen een maand en twee weken vanaf het moment dat 'de lijst van rechthebbenden' ter inzage lag, bezwaar indienen. Derks c.s. stelden een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking tegen de gemeente in. In de daaropvolgende procedure kwam de vraag centraal te staan, of de strekking van de Landinrichtingswet de verrijking van de gemeente rechtvaardigde.

De rechtbank was van oordeel dat de verrijking van de gemeente niet ongerechtvaardigd was, omdat de toewijzing van de percelen aan de gemeente plaats had gevonden overeenkomstig de procedure die besloten lag in de Landinrichtingswet. Het hof vernietigde het vonnis van de rechtbank. Het hangt, aldus het hof, van de strekking van de wettelijke regeling af, of een verrijking die het gevolg is van die wettelijke regeling ongerechtvaardigd is. Vervolgens overweegt het hof dat de Landinrichtingswet niet beoogt om aan de één ten koste van de ander enig voordeel te verschaffen. Het gaat, volgens het hof, om een herverdeling van goederenrechtelijke aanspraken op stroken grond, zonder dat het de bedoeling is dat iemand door de regeling ten koste van een ander wordt verrijkt. Dit leidt het hof af uit het feit dat de Landinrichtingswet zelf voorziet in schadeloosstelling als iemand zijn rechten verliest. Voorts blijkt nergens uit de wet dat iemand al zijn rechten verliest op de enkele grond dat hij een in de wet opgenomen termijn overschrijdt. Aldus redenerend komt het hof tot de conclusie dat de Landinrichtingswet een verrijkingsactie niet uitsluit en dat het instellen van een verrijkingsactie in beginsel mogelijk is.

De Hoge Raad casseert. De Hoge Raad overweegt dat het hof op zichzelf terecht van oordeel was dat de wetgever met de Landinrichtingswet niet de bedoeling had de een ten koste van de ander te bevoordelen. Juist om dit te voorkomen heeft de Landinrichtingswet een met waarborgen omklede procedure in het leven geroepen op grond waarvan belanghebbenden bezwaar kunnen maken. Anders dan het hof is de Hoge Raad van oordeel dat deze

197 De basis van deze analyse is voor een groot deel eerder gepubliceerd in: Van der Linden, 2013b, p. 1451-1463.

198 HR 24 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9600, NJ 2010/508 (*Groesbeek/Derks c.s.*).

regeling uitputtend is en dat er derhalve geen plaats is voor een verrijkingsactie. De Hoge Raad overweegt dan:

‘Zoals het hof heeft overwogen, dienen de in de Landinrichtingswet opgenomen termijnen ertoe om binnen korte tijd het proces van ruilverkaveling onherroepelijk te kunnen afronden door middel van een onaantastbare vaststelling van de rechten op in de ruilverkaveling betrokken percelen. Behoudens bijzondere gevallen, waarvan in dit geding geen sprake is, is daarmee niet te verenigen dat ter zake van de voordelen en nadelen die voor de betrokkenen uit de ruilverkaveling voortvloeien en waarvoor in het kader van de ruilverkaveling een definitieve (financiële) regeling wordt getroffen, na het verstrijken van de wettelijke termijnen alsnog een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking zou kunnen worden ingesteld.’¹⁹⁹

Omdat de Landinrichtingswet een met waarborgen omklede procedure bevat, op grond waarvan belanghebbenden bezwaar en beroep kunnen instellen, verzet de strekking van de wet zich ertegen dat een benadeelde een verrijkingsactie instelt tegen iemand die in zijn ogen ‘te veel’ heeft gekregen. Dit oordeel lijkt mij juist. Het gaat niet aan om de procedure zoals gegeven in de Landinrichtingswet te doorbreken: bedacht moet worden dat met een dergelijke actie niet alleen andere materiële regels van toepassing zijn maar – uiteraard – ook andere procesregels. De strekking van de Landinrichtingswet geeft bij de Hoge Raad dus de doorslag. Het recht – zeker voor zover dat voortvloeit uit de Landinrichtingswet – is voor de waakzamen geschreven.

Maar wat als ook de waakzame burger mistast? Waarschijnlijk mede voor hen heeft de Hoge Raad de deur op een kier gelaten: in bijzondere gevallen kan de verarmde een verrijkingsactie instellen tegen degene die ten koste van hem is verrijkt door de werking van de Landinrichtingswet. En daarmee komt de aanvullende en corrigerende functie van de verrijkingsactie in beeld. Leidt de Landinrichtingswet tot een verrijking waarvan het, alle omstandigheden in aanmerking genomen, *onaanvaardbaar* is als de verrijkte die ten koste van de verarmde zou mogen behouden, dan is de conclusie gewettigd dat de verrijking ongerechtvaardigd is in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW. Of dat in een concreet geval zo is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Dat dit niet snel het geval zal zijn ligt voor de hand.

Dat de slag om de arm geen *slip of the pen* is geweest blijkt uit het arrest Post/Kleijweg.²⁰⁰ Op grond van de Reconstructiewet waren er in Midden-Delfland goederenrechtelijke wijzigingen doorgevoerd. Hoewel er ten aanzien van de percelen van Post en Kleijweg niets op de planning stond, verloor Kleijweg zijn erfdienstbaarheid die op het erf van Post rustte. Dit was het gevolg van het feit dat hetzij het Kadaster hetzij de Reconstructiecommissie verzuimd had om de erfdienstbaarheden in de akte van toedeling over te nemen. Kleijweg stelde niet binnen de voorgeschreven termijn bezwaar in. Dit leek hem duur komen te staan omdat Post weigerde om opnieuw de erfdienstbaarheden te vestigen. Nadat de Hoge Raad had over-

199 R.o. 3.5.

200 HR 25 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0472, NJ 2012/143 (Post/Kleijweg).

wogen dat de strekking van de Reconstructiewet, evenals die van de Land-inrichtingswet, een verrijkingsactie uitsloot was de Hoge Raad van oordeel dat zich een bijzonder geval voordeed. Het ging hier namelijk om een administratieve vergissing. De Hoge Raad overweegt:

‘In een dergelijk bijzonder geval komt de toewijzing van een vordering tot herstel van de erfdienstbaarheden, zoals hier door het hof uitgesproken, niet in strijd met het gesloten stelsel van de wet. Die vordering betreft immers niet een heropening van (het debat over) de verdeling en vaststelling van rechten en aanspraken in het kader van de reconstructie en doorkruist het wettelijk stelsel niet. Het gaat slechts om de correctie achteraf van een vaststaande, onmiskenbare fout, waarbij duidelijk is, door genoemde bijzondere omstandigheden van het geval, hoe de vaststelling van rechten zou zijn geweest indien de fout niet zou zijn begaan, en waarbij de correctie alsnog leidt tot het resultaat waartoe die vaststelling zou hebben geleid. Die correctie betreft dezelfde partijen als ten aanzien van wie de fout is gemaakt en speelt zich uitsluitend tussen hen af. Rechten en belangen van derden zijn niet in het geding.’²⁰¹

Hoewel de Hoge Raad over ‘het stelsel van de wet’ spreekt, zijn het in wezen de bijzondere omstandigheden die maken dat een verrijkingsactie niet in strijd komt met het stelsel van de wet. Anders gezegd, de strekking van de wet ‘spreekt’ pas in het licht van de bijzondere omstandigheden van het geval. De ratio van de Reconstructiewet staat, aldus de Hoge Raad, in dit specifieke geval niet aan een verrijkingsactie in de weg. In wezen ging het om een geval dat niet door de reconstructiewet was voorzien. Enerzijds ging het om een fout die zonder uitvoerig debat te herstellen is en anderzijds waren er geen belangen van derden in het geding. De vermogensverschuiving die het gevolg is van een dergelijke administratieve vergissing wordt niet gerechtvaardigd door de Reconstructiewet. Post is ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van Kleiweg.

De ruilverkavelingsarresten tonen aan, dat men niet kan volstaan met een analyse van de strekking van de wet. Alle omstandigheden van het concrete geval kunnen van invloed zijn op de vraag of de verrijking die wordt veroorzaakt door een wettelijke bepaling, ongerechtvaardigd is. Dit neemt niet weg dat de strekking van de wet – zo leert het arrest *Groesbeek/Derks c.s.* – zwaar weegt.

6.5.5.2 *Ontvanger/Hamm*

Als er ergens géén ruimte lijkt te zijn voor de verrijkingsactie en de weging van ‘de omstandigheden van het geval’, dan is het wel bij de toepassing van de regels van de faillissementswet. Er werd dan ook fikse kritiek geleverd op het *Ontvanger/Hamm*-arrest.²⁰² In dit arrest maakte de Hoge Raad uit dat

201 R.o. 4.4.3.

202 Zie bijv: Kortmann, 2006, p. 156-164; Engelhard & Van Maanen, p. 312; Verstijlen 2001, p. 937 en Vranken in zijn noot onder HR 7 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3796, NJ 2002/608 (Komdeur/Nationale Nederlanden). Vranken bestempelt *Ontvanger/Hamm* als een geval van *Einzelfallgerechtigkeit*.

de curator, op grond van de maatschappelijke betamelijkheid, verplicht is een tijdens het faillissement verrichte onverschuldigde betaling integraal terug te storten indien de betaling per onmiskenbare vergissing is verricht. Dit is het geval als er, kort gezegd, tussen de solvent en de gefailleerde geen rechtsverhouding bestaat of heeft bestaan die aanleiding tot de betaling gaf. Zou de curator anders handelen dan zouden de boedelschuldeisers worden verrijkt ten koste van degene die per onmiskenbare vergissing heeft betaald. Voor deze verrijking is volgens de Hoge Raad geen rechtvaardiging te vinden, noch in het stelsel van de Faillissementswet, noch in de regeling die de rangorde van vorderingen regelt.

‘Ingevolge het bepaalde in art. 6:212 BW is de curator in het hier bedoelde geval dan ook verplicht om, nadat hij het onverschuldigd betaalde heeft ontvangen en heeft geconstateerd dat sprake is van een vergissing, uit de beschikbare middelen van de boedel een bedrag gelijk aan dat waarmee de boedel is verrijkt te voldoen aan degene die onverschuldigd heeft betaald.’²⁰³

Tegen dit arrest zijn met name twee punten van kritiek gerezen. (i) Het eerste punt van kritiek is, zoals gezegd, dat de beslissing van de Hoge Raad *contra legem* is: omdat het stelsel van de wet geen preferentie toekent aan een onverschuldigde betaling, zo luidt de kritiek, leveren alle onverschuldigde betalingen die verricht zijn na het faillissement een concurrente boedelvordering op.²⁰⁴ In die opvatting wordt de verrijking van de boedelschuldeisers, die het gevolg is van de onverschuldigde betaling aan de boedel, juist wel gerechtvaardigd door het stelsel van de Faillissementswet. (ii) Het tweede punt van kritiek is, dat er geen aansprekende verklaring zou kunnen worden gegeven, voor het feit dat een onverschuldigde betaling voor het faillissement van de ontvanger ‘slechts’ een *concurrente* vordering oplevert, terwijl de betaling na het faillissement wordt behandeld als een *preferente* boedelvordering. Tegen beide punten van kritiek kan een weerwoord worden gegeven.²⁰⁵

(i) Hoewel er zeker iets te zeggen is voor de opvatting dat de *Ontvanger/Hamm*-regel op gespannen voet staat met het stelsel van de faillissementswet, is op dit kritiekpunt zeker wat af te dingen.

Een onverschuldigde betaling die is verricht vóór het faillissement valt krachtens het in artikel 20 Fw neergelegde fixatiebeginsel in het faillissement.²⁰⁶ Deze vordering is concurrent, nu de wet (artikel 3:277 e.v. BW) geen

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

204 Kortmann 2006, p. 161.

205 Het arrest is bevestigd in: HR 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4569, NJ 2007/419, m.nt. P. van Schilfgaarde (Van der Werff/BLG); Zie over dit arrest ook Boekraad 2007, p. 209-213.

206 Pannevis & Polak 2017, p. 370.

voorrecht aan een dergelijke vordering verbindt. Juridisch gezien levert de betaling voor de faillissementsdatum derhalve geen probleem op.²⁰⁷

Is de onverschuldigde betaling na de faillietverklaring verricht dan ligt het anders. Een onverschuldigde betaling die is verricht tijdens het faillissement kan niet ter verificatie worden ingediend: de betaling heeft immers na het fixatiemoment plaatsgevonden. Wel levert een onverschuldigde betaling op de voet van artikel 24 Fw een *boedelschuld* op voor zover de boedel door de onverschuldigde betaling is gebaat.²⁰⁸ Ten opzichte van de gewone schuldeisers in het faillissement gaat een boedelschuldeiser voor: eerst als alle boedelschuldeisers (waaronder de curator zelf) zijn voldaan, komen de gewone schuldeisers aan bod. Desondanks kan het voorkomen dat de faillissementskosten hoger zijn dan het aanwezige vermogen in de boedel zodat de boedel ontoereikend is om alle boedelschuldeisers te voldoen. In een zogenaamde ‘negatieve boedel’ rijst de vraag wat de rang is van een onverschuldigde betaling die tijdens het faillissement is verricht.

Welnu de rangorde van *boedelschulden* is *niet* wettelijk geregeld.²⁰⁹ De Hoge Raad heeft dit probleem in het arrest *De Ranitz/Ontvanger* opgelost door uit te maken dat de rangorde die tussen gewone schuldeisers geldt – in beginsel – van overeenkomstige toepassing is voor de rangorde tussen boedelschuldeisers.²¹⁰ Deze regel zou meebrengen dat een onverschuldigde betaling die is verricht tijdens het faillissement een *concurrente* boedelschuld oplevert, omdat de wet geen voorrecht toekent aan een onverschuldigde betaling.²¹¹ Goed beschouwd maakt de Hoge Raad in het *Ontvanger/Hamm*-arrest een uitzondering op de *jurisprudentiële* regel dat de voorrangsregels van overeenkomstige toepassing zijn op boedelschulden.²¹² De *Ontvanger/Hamm*-regel is in zoverre in strijd met het stelsel van de faillissementswet, dat de analogie niet voor de onverschuldigde betaling na het faillissement wordt doorgetrokken. Hier komt nog bij dat de vraag wat de rangorde tussen boedelschuldeisers is en behoort te zijn voorwerp van discussie is.²¹³

(ii) In de tweede plaats heerst in de literatuur de mening dat er geen goede grond is, om een per onmiskenbare vergissing verrichte onverschuldigde betaling die voor het faillissement van de ontvanger is verricht, anders te behandelen dan een onverschuldigde betaling die na het intreden van het faillissement van de ontvanger is verricht. Niet zou kunnen worden verklaard, waarom er in het eerste geval een concurrente vordering ontstaat, terwijl de onverschuldigde betaling in het tweede geval een preferente boedelvordering doet ontstaan.²¹⁴

207 Kritisch is echter: Zwalve 1996, p. 88-97.

208 Pannevis & Polak 2017, p. 370.

209 Van Galen 1997, p. 255.

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

211 Kortmann 1995, p.160.

212 Zie ook: Smelt 2017, p. 43.

213 Zie: Jongsma 2010, p. 851-861.

214 Boekraad 2007, p. 210; Kortmann 2006, p. 161; Vriesendorp 2008, p. 132.

In mijn optiek is het verschil in behandeling wel degelijk te verklaren. In de eerste plaats is expliciet door de wet geregeld – zoals hierboven betoogd – dat een onverschuldigde betaling die voor het faillissement is verricht, leidt tot een concurrente vordering. De status van de vordering naar aanleiding van een per onmiskenbare vergissing verrichte onverschuldigde betaling tijdens het faillissement is ten hoogste impliciet geregeld, zodat de rechter daar meer ruimte heeft.²¹⁵ Uiteraard blijft dan staan, de vraag waarom een per onmiskenbare vergissing verrichte onverschuldigde betaling die voor het faillissement is verricht anders behoort te worden behandeld dan een eveneens per onmiskenbare vergissing verrichte onverschuldigde betaling die tijdens het faillissement is verricht. Ik meen dat er een klein maar principieel verschil is, dat naar voren komt als wij het geval vergelijken waarin onverschuldigd betaald is voor het faillissement met het geval waarin betaald is tijdens het faillissement.

In één opzicht lopen beide gevallen gelijk op. Zowel degene die per onmiskenbare vergissing voor het faillissement onverschuldigd heeft betaald aan de failliet als degene die dat tijdens het faillissement doet zullen – Zwolve heeft daar indringend op gewezen – in de regel geen vertrouwen hebben gesteld in hun failliete schuldenaar: de betaling is immers onverschuldigd verricht.²¹⁶ Beiden raken min of meer toevallig verzeild in een faillissement, zonder dat zij – anders dan de meeste andere schuldeisers van de failliet – van tevoren het insolventierisico hebben ingeschat en zonder dat zij de kans hebben gehad enige vorm van zekerheid te bedingen.

De twee gevallen verschillen echter ten opzichte van elkaar ten aanzien van het gerechtvaardigd belang van respectievelijk de schuldeisers in het faillissement en de boedelschuldeisers. Als onverschuldigd is betaald vóór het faillissement, dan is er een som geld in het vermogen van de uiteindelijk failliete ontvanger gevloeid. Als de onverschuldigde betaling groot genoeg is, dan bestaat de kans dat de onverschuldigde betaling een schijn van liquiditeit of de schijn van kredietwaardigheid in het leven roept.²¹⁷ De betaling komt immers terecht op een bankrekening of wordt geïnvesteerd in vaste of vlottende bedrijfsmiddelen. Het is denkbaar dat deze schijn van kredietwaardigheid voor de overige schuldeisers van invloed is geweest op de beslissing om in zee te gaan met degene die uiteindelijk failliet is. In mijn optiek is er een zekere analogie te trekken met het goederenrechtelijke publiciteitsbeginsel van het goederenrecht. Door een onverschuldigde betaling wordt de schijn in het leven geroepen dat de onverschuldigd betaalde som tot het vermogen van de ontvanger behoort. Het is terecht dat degene die onverschuldigd betaalt voor het faillissement slechts een concurrente vordering krijgt, omdat het mogelijk is dat een aantal schuldeisers in het faillisse-

215 Zie ook: Smelt 2017, p. 43.

216 Zwolve 1996, p. 92 en p. 97.

217 Dit gezichtspunt wordt – genuanceerd – besproken in: Verstijlen 2001, p. 931 e.v.

ment zijn afgegaan op de schijn van kredietwaardigheid die door de onverschuldigde betaling in het leven is geroepen.²¹⁸

Wordt er per onmiskenbare vergissing betaald aan de failliet tijdens diens faillissement dan vloeit er *out of the blue* een som gelds in de boedel zonder dat er – op het tijdstip van de betaling – boedelschuldeisers zijn die zijn afgegaan op de schijn van kredietwaardigheid. De boedelschuldeisers hebben weliswaar een belang bij de onverschuldigd betaalde som, maar dit belang is – zo zou kunnen worden betoogd – minder zwaarwegend omdat zij niet op de betaling hebben voortgebouwd op het moment dat de superpreferente *Ontvanger/Hamm*-vordering ontstaat. Er is, anders gezegd, minder gevaar dat zij door de betaling op het verkeerde been zijn gezet door een valse schijn van kredietwaardigheid.²¹⁹ Bij een onverschuldigde betaling die is verricht vóór het faillissement en die na de faillietverklaring nog níet is gerestitueerd is het gevaar dat een tijdlang een valse schijn van kredietwaardigheid van de failliet heeft bestaan groter.

In een *Ontvanger/Hamm*-geval heeft dus enerzijds degene die heeft betaald, nimmer het insolventierisico van de failliet aanvaard. Anderzijds zullen de boedelschuldeisers minder snel op de betaling hebben voortgebouwd. Hierin ligt – in mijn optiek – in ieder geval een begin van een rechtvaardiging van de *Ontvanger/Hamm*-uitzondering besloten.

6.5.5.3 Geen uitbouw *Ontvanger/Hamm*

Hoewel het oordeel van de Hoge Raad in *Ontvanger/Hamm* niet in strijd is met het stelsel van de *Faillissementswet* (de rangorde van boedelschulden is, als gezegd, niet expliciet geregeld), zie ik het arrest toch als een aanwijzing dat niet alleen de strekking van de wet bepaalt of de verrijking ongerechtvaardigd is, maar ook de omstandigheden van het geval. Zou het stelsel van de *Faillissementswet*, met in haar kielzog de regeling inzake rangorde en verhaal, hier immers analogisch worden toegepast conform het arrest *Ranitz/De Ontvanger*, dan zou degene die onverschuldigd betaalt aan de failliet na diens faillissement slechts een concurrente boedelvordering hebben. De verrijking van de boedelschuldeisers zou dan worden gerechtvaardigd door het stelsel – en de strekking – van de *Faillissementswet*. Het feit dat de Hoge Raad aanvaardt dat de verrijking van de boedelschuldeisers niet wordt gerechtvaardigd door de *Faillissementswet*, is een aanwijzing dat naast het stelsel van de wet, de aard van het specifieke geval meeweegt in het oordeel inzake de (on)gerechtvaardigheid van de verrijking.

218 Verstijlen 2001, p. 931.

219 Verstijlen heeft erop gewezen dat er ook een schijn van kredietwaardigheid van de boedel kan intreden als de curator de per onmiskenbare vergissing verrichte onverschuldigde betaling niet op tijd erkent en de onderneming voortzet. Verstijlen 2001, p. 931-933. Het is een van de redenen waarom Verstijlen kritisch is op dit arrest..

Wel is het zo – en in zoverre is de rechtspraak niet erg consequent – dat de Hoge Raad tot op heden de *Ontvanger/Hamm*-regel niet oprekt naar situaties die daarvoor in aanmerking zouden komen.

(i) Wanneer de curator bij de eiser een vonnis executeert die bij voorraad uitvoerbaar is verklaard, dan heeft de eiser slechts een concurrente boedelvordering als het vonnis in een latere instantie vernietigd wordt en de betaling achteraf onverschuldigd blijkt te zijn. De curator hoeft het bedrag dat met de executie was gemoeid, met andere woorden, niet met voorbijgaan aan de andere boedelschuldscheisers uit te keren. De Hoge Raad beargumenteert dit in *Komdeur q.q./Nationale Nederlanden* met de overweging dat de *Ontvanger/Hamm*-regel slechts geldt voor een *Ontvanger/Hamm*-geval, waarbij de solvent na het faillissement betaald heeft als gevolg van een onmiskenbare vergissing.²²⁰ Nu is *Komdeur* in zoverre te verklaren dat de solvent in zeker opzicht het insolventierisico van de failliet op zich genomen heeft.²²¹ Enerzijds speelde het veroordelende vonnis in het kader van een onroerend-goedtransactie, zodat de solvent met de ontvanger van de betaling in zee gegaan was. Anderzijds had de solvent, zoals Zwolve betoogt, van de curator zekerheid kunnen verlangen voor het geval de betaling achteraf onverschuldigd zou zijn.²²²

(ii) Minder goed te verklaren dan *Komdeur* – en daardoor minder aansprekend (al wordt daar verschillend over gedacht)²²³ – is *Rabobank/Verdonk*, waarin de curator ten onrechte een aan de bank verpande vordering heeft geëind omdat hij er – ten onrechte – vanuit ging dat het pandrecht niet geldig was.²²⁴ Niet in discussie is, dat de Rabobank een boedelvordering heeft met dezelfde voorrang als een pandrecht.²²⁵ Het probleem was echter dat de boedel *negatief* was en dat de kosten van vereffening – als *De Ranitz/Ontvanger* zou worden toegepast – vóór de vordering van de Rabobank zou gaan. Effectief betekende dit, dat de salarismvordering van de curator vóór zou gaan, zodat de curator profiteerde van zijn onrechtmatige gedraging. De Hoge Raad verwierp het middel, dat erop was gebaseerd, dat de Rabobank in ieder geval vóór de curator voldaan zou moeten worden, omdat deze anders zou profiteren van zijn onrechtmatige gedraging. De Hoge Raad overweegt (refererend aan de regel uit *De Ranitz/De Ontvanger* waarin hij overwoog dat de rangorde tussen boedelvorderingen overeenkomstig artikel 3:277 BW e.v. plaats moet vinden):²²⁶

220 Zie: HR 7 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3796, NJ 2002/608, m.nt. J.B.M. Vranken (*Komdeur/Nationale Nederlanden*), r.o. 3.3.

221 Zwolve wijst op het belang van dit perspectief zie: W.J. Zwolve 2002, p. 482.

222 T.a.p.

223 Instemmend: Wibier 2016, p. 635-636. Naar het resultaat genomen kritisch is: Smelt 2017, p. 43.

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

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

226 R.o. 3.3.4.

‘Anders dan het onderdeel betoogt, dient deze regel ook toepassing te vinden in een geval waarin het boedelactief mede bestaat in de opbrengst van verpande vorderingen die door de curator onrechtmatig zijn geïncasseerd. Weliswaar kan dit tot het onwenselijke resultaat leiden dat de curator de door hem gemaakte kosten van executie en vereffening – waaronder zijn salaris – kan verhalen ten koste van de pandhouder wiens rechten en verhaalsmogelijkheden hij heeft gefrustreerd en die zonder die handelwijze van de curator niet ten laste van de pandhouder zouden zijn gekomen, maar daarin is geen grond gelegen om het wettelijk preferentiestelsel opzij te zetten.’

De Hoge Raad geeft het tussen de regels zelf aan: het resultaat dat de curator profiteert van zijn onrechtmatige gedrag is ‘onwenselijk’. *Ontvanger/Hamm* doorbreekt de rangorde van *De Ranitz/Ontvanger* voor een welomschreven, bijzonder, geval: een onverschuldigde betaling, die per onmiskenbare vergissing na het faillissement is verricht. Waarom zou er niet een nieuwe categorie aanvaard kunnen worden voor het geval waarin de curator dreigt te profiteren van zijn eigen onrechtmatige gedraging?²²⁷

Degene die meent dat het hier om een zware, enkel op de curator q.q. rustende, zorgvuldigheidsnorm gaat – zodat het profiteren van onereus gedrag mogelijk een minder krachtig argument is – werp ik tegen dat de salarisbetaling aan de curator *pro se* (op wie een minder strenge zorgvuldigheidsnorm rust) in ieder geval een verrijking oplevert die buiten de normale gang van zaken ligt. Zou hij, anders gezegd, als curator q.q. de vorderingen niet ten onrechte hebben geïnd, dan had hij minder salaris ontvangen. Fnuikend is, dat in het huidige recht de persoon van de curator er belang bij kan hebben om als curator q.q. een gok te wagen en bij twijfel tot inning over te gaan.

De Hoge Raad geeft wel een uitweg. De curator kan, aldus de Hoge Raad, persoonlijk aansprakelijk zijn. Hij verwijst daarbij naar de rechtspraak waarin de maatstaven van de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator zijn neergelegd.²²⁸ Dat is echter niet een race die bij voorbaat gelopen is.²²⁹ De zorgvuldigheidsnormen die gelden voor de curator q.q. zijn, als gezegd, zwaarder dan de normen voor de aansprakelijkheid *pro se*. In de zaak *Verdonk/Rabobank* was de persoonlijke aansprakelijkheid bij de rechtbank bijvoorbild afgewezen (daartegen was namens de Rabobank geen grief gericht).²³⁰

In mijn optiek zou *Ontvanger/Hamm* aan kracht winnen als de Hoge Raad bereid is de norm uit te bouwen. Wat te denken van het volgende geval.²³¹ De failliet steelt of verduisterd tijdens diens faillissement een som geld dat hij stort op zijn bankrekening. In een dergelijk geval is het zeer verdedigbaar om *Ontvanger/Hamm* overeenkomstig toe te passen. De bestolene behoort gelijk te worden behandeld als degene die per onmiskenbare vergis-

227 De mogelijkheid wordt opgeworpen maar verworpen door: Smelt 2017, p. 40.

228 Zie 3.3.5. De Hoge Raad verwijst daarin naar: HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727 (Maclou) en HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, NJ 2012/515, m.nt. Verstijlen (X/Gips).

229 Smelt 2017, p. 41-42.

230 Zie de feitenvaststelling van de Hoge Raad: HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, NJ 2016/187, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Rabobank/Verdonk), 3.2.2.-3.2.3.

231 Zie ook de voorbeelden bij Verstijlen 2001, p. 936-937.

sing betaalt aan de failliet. Ook in dat geval heeft de verarmde het insolventierisico van de failliet/dief niet aanvaard. Ook dan vloeit er *out of the blue* geld in de boedel, dat afkomstig is van iemand die voorheen niets met de failliet te maken heeft gehad. Het is echter maar zeer de vraag of de Hoge Raad dat met mij van oordeel zou zijn.

6.5.5.4 *Andere arresten over ongerechtvaardigde verrijking en faillissement*

Degenen die bevreesd zijn dat de Hoge Raad het stelsel van de faillissementswet in *Ontvanger/Hamm* te licht opvat, en ruimhartig bereid is om, geïnspireerd door de omstandigheden van het geval, de regels van de faillissementswet door middel van de verrijkingsactie te doorbreken, zal – nog afgezien van de hierboven weergegeven uitspraken waarin de Hoge Raad niet lijkt voort te willen bouwen op *Ontvanger/Hamm* – worden gerustgesteld door enkele andere verrijkingsrechtelijke arresten op het vlak van het faillissementsrecht.

Gedacht kan in de eerste plaats worden aan *Royal/Van Kemenade*.²³² Van Empel brengt schade toe aan Everstijn. Everstijn spreekt daarop verzekeraar Royaal aan, die eerst dekking weigert, maar in kort geding in het ongelijk wordt gesteld. Om te voorkomen dat Van Empel zich tegenover Royal verweert met de stelling dat laatstgenoemde ten onrechte heeft uitgekeerd, komen Royal en Everstijn een geldleningsconstructie overeen. Royaal keert aan Everstijn de schadepeningen als renteloze geldlening uit. De lening zou pas opeisbaar worden als Everstijn zich met succes op Van Empel zou verhalen of als Royal dit krachtens volmacht namens Everstijn zou doen. Everstijn gaat failliet. De door Royal gevoerde procedure wordt door de curator in het faillissement van Everstijn overgenomen. In het kader van een minnelijke schikking betaalt Van Empel f 200.000 uit aan de curator. De curator weigert dit bedrag desgevraagd aan Royal uit te keren en stelt zich op het standpunt, dat het slechts een concurrente vordering is. Royal stelt een verrijkingsvordering in, stellende dat de boedel ongerechtvaardigd is verrijkt doordat én de verzekeringspenningen in de boedel zijn gevloeid én hetgeen van Empel ter zake van diens aansprakelijkheid heeft voldaan. De verrijkingsactie wordt afgewezen.²³³

‘De door het Hof aangenomen verplichting om het door Van Empel betaalde bedrag af te dragen aan Royal, berust op de vóór de faillietverklaring tussen Royal en Everstijn gesloten overeenkomst, welke overeenkomst [...] bepaalt dat Everstijn uit de ontvangen schadeloosstelling, en tot ten hoogste het bedrag daarvan, het van Royal ontvangen bedrag aan deze zal terugbetalen. Dit brengt mee dat Royal ter zake van deze terugbetaling slechts een concurrente, in het faillissement in te dienen, vordering had en dat derhalve geen sprake is van een boedelschuld. [...] De verrijking van de boedel die het onderdeel hierin ziet, vindt haar rechtvaardiging in het stelsel van de Faillissementswet, met name in de gelijkheid van de schuldeisers bij de verdeling van de in de boedel aanwezige baten.’

232 HR 30 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1779, NJ 1995/707 (Royal/Van Kemenade q.q.).

233 R.o. 3.5.

Het oordeel is terecht. De onregelmatigheid van het geval ligt in de merkwaaardige constructie die de verzekeraar Royal heeft voorgesteld om de schade af te wikkelen. Krijgen de overige schuldeisers in het faillissement van Everstijn hierdoor een groter deel van hun uitstaande vordering uitgekeerd, dan schuilt hier geen ongerechtvaardigde verrijking in.

Een moeilijk geval ligt ten grondslag aan het *Ponzi-scheme*-arrest.²³⁴ In dit arrest laat de Hoge Raad het stelsel van de Faillissementswet sterk doorwerken in zijn oordeel over de ongerechtvaardigdheid van de daar aan de orde zijnde verrijking. In deze zaak treedt de curator op in het faillissement van degene die een *Ponzi scheme* in het leven heeft geroepen. Namens de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement van de oplichter spreekt de curator een vrouw aan, die hoge rentepercentages uitbetaald heeft gekregen. De oplichter had de vrouw voorgehouden dat hij de rente kon realiseren doordat hij in staat was het geld lucratief weg te zetten; in werkelijkheid betaalde hij de rente – als hij dit al deed – van andere, veelal minder gelukkige deelnemers.

Kan de curator met vrucht een verrijkingsactie tegen de vrouw instellen, vanwege een ongerechtvaardigde verrijking van de vrouw ten koste van de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement van de oplichter, die in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld als gevolg van de rentebetalingen? Is de verrijking van de vrouw ten koste van de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement van de oplichter ongerechtvaardigd in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW? Na de overweging dat de overeenkomst van geldlening tussen de vrouw en de oplichter niet zonder meer als rechtvaardigingsgrond voor haar verrijking geldt jegens derden (zoals de gezamenlijke schuldeisers), wijst de Hoge Raad aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking van de vrouw jegens de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement van de oplichter af.

Krachtens artikel 47 Fw kan de curator de voldoening van een opeisbare schuld slechts op twee gronden vernietigen. Dat kan, ten eerste, als degene die de betaling ontving wist dat het faillissement reeds was aangevraagd, en ten tweede, wanneer de betaling het gevolg is van overleg tussen de schuldeiser en de schuldenaar en de betaling was verricht met het doel de desbetreffende schuldeiser boven de andere schuldeisers te bevoordelen. De Hoge Raad overweegt dat deze bepaling een limitatieve opsomming bevat: blijkens de parlementaire geschiedenis is het uitgangspunt dat er 'geen redelijke rechtsgrond bestaat om degene die ontving waarop hij krachtens zijn vorderingsrecht aanspraak had, tot teruggaaf daarvan te noodzaken' en dat het rechtsverkeer erbij is gebaat als de schuldeiser erop mag vertrouwen dat betaling aan hem onaantastbaar blijft, ook als vlak nadien het faillissement wordt uitgesproken. Na deze beschouwing komt de Hoge Raad toe aan de kernoverweging:

234 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, NJ 2012/495, m.nt. F.M.J. Verzijl (Ponzi scheme). Zie voor een bespreking ook: Strijbos 2012.; Bierens 2012, p. 279-286.

'Dit brengt mee dat in het stelsel van de Faillissementswet de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheid doordat de schuldenaar voor zijn faillissement betalingen aan een derde heeft verricht ter voldoening aan een opeisbare schuld, behoudens de in art. 47 uitdrukkelijk geregelde uitzonderingen, geen grond oplevert de derde tot teruggaaf (aan de boedel) van die betalingen te noodzaken. Zulks is van belang omdat, zoals is opgemerkt in Parl. Gesch. Boek 6, p. 836, bij beantwoording van de vraag of een verrijking ongerechtvaardigd is, grote betekenis toekomt aan het stelsel van de wet, en inhoud en strekking van een wetsbepaling de verrijking kunnen rechtvaardigen. Daarom kan, gelet op het stelsel van art. 47 Fw en de daaraan ten grondslag gelegde redenen zoals hiervoor weergegeven, de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden doordat X. [de oplichter, TvdL] vóór zijn faillissement betalingen aan Y. [de vrouw, TvdL] heeft verricht ter voldoening aan zijn verplichtingen uit de overeenkomsten met haar, door de curator niet met een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking worden bestreden; in het kader van het faillissement van X. is de verrijking van Y. immers, gelet op het stelsel van art. 47 Fw, niet ongerechtvaardigd ten opzichte van de aldus in hun verhaalsmogelijkheden benadeelde schuldeisers.²³⁵

De verrijking van de vrouw ten koste van de schuldeisers in het faillissement wordt, aldus de Hoge Raad, gerechtvaardigd door artikel 47 Fw. Aldus laat de Hoge Raad zich niet verleiden artikel 47 Fw met een beroep op de algemene verrijkingsactie te doorbreken: het rechtsverkeer en het recht van de schuldeiser zouden zich daartegen verzetten. De Hoge Raad laat zich bij zijn oordeel dat de verrijking van de vrouw ten koste van de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement niet ongerechtvaardigd is sterk leiden door de strekking en het stelsel van de faillissementswet. Het *Ponzi scheme*-arrest prent ons aldus in, dat de strekking van de wet in beginsel leidend is voor de vraag, of een verrijking die uit de wet voortvloeit ongerechtvaardigd is.

Hier zij opgemerkt dat een andere uitkomst in deze zaak ook alleszins verdedigbaar zou zijn geweest. In het kader van artikel 47 Fw gaat het veelal om een, ten opzichte van de andere schuldeisers in het uiteindelijke faillissement, minder correcte *afwikkeling* van over het algemeen normale schulden. In dit – bijzondere – geval gaat het om een *regelmatige* afwikkeling van een schuld uit een minder correcte rechtsverhouding: het betreffen winsten uit een soort piramidespel. Dit laatste is – wellicht – een grond om artikel 47 Fw met een verrijkingsactie ten behoeve van alle schuldeisers in het faillissement aan te vullen. Inderdaad, men kan zich afvragen in hoeverre het rechtsverkeer door zijn hoeven zakt, als succesvolle *Ponzi scheme*-beleggers niet altijd veilig zijn voor een door de curator ingestelde verrijkingsactie.

Bij de beoordeling of er ruimte is voor een dergelijke verrijkingsactie ligt het voor de hand artikel 3:86 BW analogisch toe te passen en de vraag te laten afhangen in hoeverre de ontvanger van de *Ponzi scheme* betaling te goeder trouw is ter zake van de onderliggende rechtsverhouding. Met andere woorden: wist of behoorde de ontvanger op enigerlei wijze te weten dat het contract niet in de haak was? Is de gedaagde te goeder trouw dan zal de verrijkingsaansprakelijkheid afstuiten op het redelijkheidsvereiste. Maar dit zal niet zonder meer het geval zijn. In een wereld waar de goederen schaars

235 R.o. 3.7.4.

zijn, zijn geldleningen tegen tientallen procenten rente op jaarbasis op zijn zachtst een grond voor een twijfelplicht.²³⁶ Anders dan de Hoge Raad lijkt mij een op artikel 6:212 lid 1 BW gefundeerde *actio Ponziana* ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, onder omstandigheden gerechtvaardigd.

6.5.5.5 Conclusie

Overziet men de jurisprudentie, dan is de omstandigheid dat de wet de verrijking beoogt te rechtvaardigen van groot gewicht. Slechts in heel bijzondere omstandigheden kan de strekking '*overruled*' worden. Het arrest *Post/Kleijweg* is daarvan een voorbeeld. Het arrest *Ontvanger/Hamm* ook, al lijkt de Hoge Raad geen uitbouwmogelijkheden te zien.

Zelf zou ik voor een openlijker – op de aanvullende functie geënte – corrigerende functie zijn,²³⁷ die meer ruimte laat om de omstandigheden van het geval mee te wegen. Zoals een overeenkomst, bijvoorbeeld, op grond van een verandering van omstandigheden door de rechter gewijzigd kan worden, zo zou de rechter ook de wet of het stelsel van de wet als *prima facie* verrijkingsrechtelijke rechtvaardigingsgrond opzij moeten kunnen zetten als de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dit is een tot terughoudendheid nopen de maatstaf. Er zullen ook *no-go area's* zijn. De verrijkingsvordering zal bijvoorbeeld niet een rechterlijke uitspraak die tussen eiser en gedaagde in gezag van gewijsde is gegaan opzij kunnen zetten omdat het oordeel onjuist blijkt te zijn of omdat er nieuwe feiten aan het licht zijn gekomen. Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen is daar te fundamenteel voor.

6.6 VERRIJKING ZONDER VERMOGENSVERSCHUIVING

6.6.1 Algemeen

In de vorige paragraaf ging het om de maatstaf van ongerechtvaardigdheid die moet worden toegepast bij een vermogensverschuiving. Is er sprake van een vermogensverschuiving, dan moet er voor de daaruit voortvloeiende verrijking een rechtvaardigingsgrond bestaan. Verschillende rechtvaardigingsgronden zijn de revue gepasseerd, zoals de overeenkomst, de wet en het stelsel van de wet.

Nu is het tijd nader in te gaan op de – veel – zeldzamere groep gevallen waarin de gedaagde ongerechtvaardigd is verrijkt, zonder dat er tussen de eiser en de gedaagde sprake is van een daadwerkelijke vermogensverschuiving. Is dit het geval, dan is het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond een noodzakelijke, maar niet een voldoende voorwaarde voor het oordeel

236 Opgemerkt zij dat in rechte kwam vast te staan dat mevrouw Y in ieder geval niet te kwader trouw was.

237 Welwillend lijkt Vranken 1998, p. 1501-1502.

dat de verrijking van de eiser ten koste van de gedaagde ongerechtvaardigd is. Er moet een bijzondere reden zijn op grond waarvan de verrijking aangetekend kan worden als een ongerechtvaardigde verrijking. Hiervoor is deze theorie al voor een goed deel uiteengezet. In deze paragraaf beperk ik mij tot een twee punten.

Allereerst zal ik laten zien dat er in het arrest *Van der Tuuk Adriani/Batelaan* enige aanknopingspunten te vinden zijn voor de benadering, waarbij een verrijking die niet het gevolg is van een vermogensverschuiving slechts ongerechtvaardigd is als daar – naast het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond – positieve indicatoren voor zijn. Vervolgens zal ik laten zien dat de hier verdedigde benadering een werkbaar kader biedt om een geval als *CFS/Stork* te beoordelen. In de rest van het boek zullen we meer voorbeelden aantreffen waarin de hier bepleite *unjust factors*-benadering kan worden beproefd. De verschillende in dit boek onderscheiden concepties van het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijkingen moeten worden tegengegaan kunnen daarbij een rol van betekenis spelen.

6.6.2 Het arrest-*Van der Tuuk Adriani/Batelaan*

In het arrest *Van der Tuuk Adriani/Batelaan* passen hof en Hoge Raad weliswaar de taal van de *sine causa*-benadering toe, maar uiteindelijk zijn het in deze zaak positieve indicatoren die het oordeel stutten dat de verrijking van de gedaagde ongerechtvaardigd is.

Het gaat om het volgende.²³⁸ De zich in Smilde vestigende apotheker Van der Tuuk Adriani had langs bestuursrechtelijke weg bewerkstelligd, dat de in Smilde gevestigde huisarts Batelaan diens apothekersvergunning verloor. Van der Tuuk Adriani kon dit doen, omdat de toenmalige *Wet op de Geneesmiddelenvoorziening* hierin voorzag. De achtergrond van deze wet was het uitgangspunt dat de apothekerspraktijk en de dokterspraktijk zoveel mogelijk gescheiden moet worden uitgeoefend. In de zogenaamde BACO-overeenkomst hadden de beroepsorganisaties zich verbonden om hun leden er in dit soort gevallen ertoe te bewegen de huisartsenapotheek over te dragen, respectievelijk over te nemen, tegen de in de BACO-overeenkomst vastgestelde tarieven.²³⁹ Van der Tuuk Adriani had Batelaan 125% van het BACO-tarief geboden, maar toen Batelaan dit bod niet aanvaardde bewandelde Van der Tuuk Adriani – met succes – de bestuursrechtelijke weg. Pas op het moment dat Batelaan diens vergunning definitief kwijt was, wilde hij het aanbod alsnog accepteren. Toen Van der Tuuk Adriani dit weigerde stelde Batelaan een verrijkingsvordering in.

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

239 Concl. A-G. Koopmans, r.o. 3 bij: HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2018, NJ 1997/3, m.nt. E.J.H. Schrage (Van der Tuuk Adriani/Batelaan).

Na de intrekking van de vergunning waren de klanten van de doktersapotheek van Batelaan aangewezen op Van der Tuuk Adriani, zodat de laatstgenoemde feitelijk 'om niet' het klantenbestand van de eerste had 'overgenomen.' In een geval als dit, is Van der Tuuk Adriani verrijkt ten koste van Batelaan, zonder dat er sprake is van een vermogensverschuiving of op een met een vermogensverschuiving gelijk te trekken wijze.²⁴⁰ De *sine causa*-benadering werkt dan minder goed. Als klanten van A aangewezen zijn op B dan maakt het enkele ontbreken van een rechtvaardigingsgrond de verrijking van B ten koste van A niet ongerechtvaardigd. De klanten behoren de ondernemer niet in vermogensrechtelijke zin toe.

Hof en Hoge Raad passen de *sine causa*-benadering dan ook niet *more geometrico* toe. Het hof was van oordeel dat Van der Tuuk Adriani ongerechtvaardigd was verrijkt en legde de nadruk op twee punten. In de eerste plaats was het, gelet op de BACO-overeenkomst, in de branche gebruikelijk dat de apotheker een vergoeding betaalde voor de overname van de doktersapotheek. In de tweede plaats hadden respectievelijk de Commissie voor Gebiedsaanwijzing, de Minister en de Afdeling rechtspraak, die tot intrekking van de apothekersvergunning van Batelaan hadden besloten, in hun oordeel meegewogen dat Van der Tuuk Adriani een vergoeding had aangeboden. De Hoge Raad laat dit oordeel in stand.²⁴¹

'De enkele omstandigheid dat de overgang van de bevoegdheid tot geneesmiddelenvoorziening, waardoor Batelaan inkomsten heeft verloren en Van der Tuuk Adriani inkomsten heeft verworven, steunt op de wet, brengt niet mee dat Van der Tuuk Adriani de daarin gelegen verrijking mag behouden zonder gehouden te zijn de schade van Batelaan, voor zover dat redelijk is, te vergoeden.

In aanmerking genomen dat Van der Tuuk Adriani zich op eigen initiatief in het verzorgingsgebied van Batelaan heeft gevestigd, en door een daartoe strekkend verzoek heeft bewerkstelligd dat aan Batelaan diens vergunning om een apotheek te houden, werd ontnomen, alsmede de omstandigheid dat blijkens de totstandkoming van de "BACO-overeenkomst" niet alleen de beroepsorganisatie van de artsen, maar ook die van de apothekers een door de apotheker in gevallen als het onderhavige te betalen vergoeding redelijk heeft geoordeeld, geeft 's Hofs oordeel, dat geen enkele redelijke grond aanwezig is, waarom Van der Tuuk Adriani de geneesmiddelenvoorziening kosteloos van Batelaan zou kunnen overnemen (rov. 24 eerste tussenaarrest), niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dit oordeel is voorts niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.'

240 Zie echter Damminga 2014, p. 253-254. Aldaar wordt betoogd dat Van der Tuuk Adriani een inbreuk maakt op de *goodwill* van de apotheek van Batelaan. Vgl. Van Boom 2002, p. 140-144, waarin het geval wordt gezien als een 'private taking'. In mijn optiek blijft staan dat de huisarts geen exclusief recht heeft op diens klanten zodat de *sine causa*-benadering niet zomaar één op één kan worden toegepast. Hoogstens kan de *sine causa*-benadering analogisch worden toegepast, dan is gelijkenis met de vermogensverschuiving de bijzondere reden die de verrijking ongerechtvaardigd doet zijn. Dwingend is de gelijkenis niet. Van der Tuuk Adriani neemt niet zozeer de *goodwill* over, maar het 'blote' klantenbestand.

241 R.o. 3.7.

Deze overweging valt uiteen in twee delen. Allereerst overweegt de Hoge Raad dat de wet niet de strekking heeft om de verrijking van Van der Tuuk Adriani ten koste van Batelaan te sanctioneren. Het oordeel dat de wet niet zomaar kan dienen als een rechtvaardigingsgrond voor de verrijking van Van der Tuuk Adriani leidt echter niet *mutatis mutandis* tot de gevolgtrekking dat diens verrijking dus ongerechtvaardigd is.

In het tweede deel van de overweging somt de Hoge Raad de omstandigheden op, waarom de verrijking van Van der Tuuk Adriani als een ongerechtvaardigde verrijking moet worden gezien. Doorslaggevend lijkt te zijn dat Van der Tuuk Adriani zelf het initiatief heeft genomen om de vergunning van Batelaan te doen intrekken en dat zowel de beroepsorganisatie van de huisartsen als die van de apothekers een vergoeding destijds redelijk achten. Het zijn in dit geval de bijkomende omstandigheden die de verrijking van Van der Tuuk Adriani ten koste van Batelaan ongerechtvaardigd doen zijn. De gevolgtrekking van de Hoge Raad dat de verrijking van Van der Tuuk Adriani 'geen redelijke grond' heeft past weliswaar bij de taal van de *sine causa*-benadering, maar kan niet wegnemen dat bijzondere omstandigheden de verrijking uiteindelijk ongerechtvaardigd doen zijn. Het oordeel 'geen redelijke grond' is meer een etiket op de eindconclusie.

Het arrest kan in de sleutel worden gezet in de gedachte dat een verrijking die buiten de normale gang van zaken is ontstaan met een kritisch oog moet worden gezien.²⁴²

6.6.3 Een nieuw perspectief op CFS/Stork

In de vorige paragraaf heb ik laten zien dat er in de overwegingen van het hof en de Hoge Raad in de *Van der Tuuk Adriani/Batelaan*-zaak aanknopingspunten te vinden zijn voor de benadering waarbij positieve indicatoren de verrijking ongerechtvaardigd doen zijn. In de nu volgende analyse zal ik laten zien dat deze benadering ook in een geval als *CFS/Stork* de voorkeur verdient. Enerzijds schept de hier verdedigde benadering meer ruimte om de tegenover elkaar staande belangen af te wegen dan de *sine causa*-benadering. Anderzijds kan de verrijkingsactie in deze benadering op overtuigender wijze worden afgewezen als de vordering inderdaad afgewezen moet worden.

Het ging in deze zaak om het volgende.²⁴³ CFS had een Europees Octrooi-recht op een industriële oven en beriep zich jegens afnemers van concurrent Stork op dit octrooi. Het gevolg is dat afnemers van Stork daarmee mogelijk werden aangespoord om naar CFS over te lopen of hun relatie met Stork anderszins te beëindigen. Nadat het octrooi van CFS op initiatief van Stork was vernietigd, vorderde Stork schadevergoeding op grond van onrecht-

²⁴² Zie daarover: par. 2.10.

²⁴³ HR 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6098, NJ 2008/120, m.nt. Ch. Gielen (CFS/Stork). De zaak wordt aangestipt in: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/475.

matige daad en ongerechtvaardigde verrijking omdat CFS zich – achteraf ten onrechte – op het octrooi had beroepen.

Om het oordeel over de (on)gerechtvaardigdheid van de verrijking van CFS kritisch te bespreken, is het nodig om het oordeel over de mogelijke onrechtmatigheid van het gedrag van CFS in de analyse te betrekken, omdat hof en Hoge Raad een koppeling maken tussen de beoordeling van het gedrag en de (on)gerechtvaardigdheid van de verrijking.

Bij de beantwoording van de vraag of de handelswijze van CFS moet worden aangemerkt als een onrechtmatige daad, overweegt de Hoge Raad dat er twee gezichtspunten tegenover elkaar staan, die elk richting een andere uitkomst wijzen.²⁴⁴ Enerzijds ligt aan het octrooiestelsel de gedachte ten grondslag, dat het doen van uitvindingen, en de daarmee gepaard gaande investeringen gestimuleerd moeten worden. Een te ver gaande aansprakelijkheid zou ondernemingen kunnen ontmoedigen te innoveren en te octrooieren. Anderzijds werkt een octrooi concurrentiebeperkend terwijl in een vrije markt vrije concurrentie het uitgangspunt behoort te zijn. In het karakter van het octrooirecht als een gerechtvaardigde uitzondering op het beginsel van de vrije markt, ligt een argument besloten voor de opvatting dat degene die zich heeft beroepen op een octrooi dat achteraf is vernietigd of herroepen het risico moet dragen 'van de onjuistheid van zijn pretenties'.²⁴⁵

De Hoge Raad hecht het meeste aan het eerste gezichtspunt en is van oordeel dat het enkele beroep op een achteraf vernietigd octrooi niet zonder meer onrechtmatig is. Voor aansprakelijkheid wegens het beroepen op een achteraf vernietigd octrooi is vereist dat de octrooihouder heeft beseft 'dat een serieuze, niet te verwaarlozen kans bestaat dat het octrooi geen stand zal houden'.²⁴⁶ De Hoge Raad overweegt dat dit oordeel in lijn is met de rechtspraak, de wet en de literatuur en dat in Duitsland en het Verenigd Koninkrijk tenminste enige verwijtbaarheid vereist is voor aansprakelijkheid van degene die zich onterecht op een achteraf vernietigd octrooi beroept.

Het oordeel van de Hoge Raad, dat iemand die zich te goeder trouw op een later vernietigd octrooi heeft beroepen in beginsel niet onrechtmatig heeft gehandeld, is aldus het resultaat van een zorgvuldige afweging van de belangen pro en contra. Het oordeel sluit grotendeels aan bij advocaat-generaal Huydecoper die meent, dat het handhavingsperspectief, waarbij past dat degene die zich te goeder trouw op een achteraf vernietigd octrooi heeft beroepen niet jegens de benadeelde aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad, een 'lichte voorkeur' verdient in het licht van het EU-recht dat belang hecht aan effectieve handhaving van IE-rechten.²⁴⁷

244 R.o. 5.5.

245 R.o. 5.5. *in fine*.

246 R.o. 5.8.

247 Zie nr. 29 van de aanvullende conclusie van A-G Huydecoper bij: HR 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6098, NJ 2008/120, m.nt. Ch. Gielen (CFS/Stork).

Stork beroept zich, als gezegd, niet alleen op onrechtmatige daad maar ook op ongerechtvaardigde verrijking. Door de uitoefening van het achteraf vernietigde octrooirecht, zou CFS – door de overlopende klanten – ten koste van Stork meer winst hebben gerealiseerd en zich aldus ten koste van Stork ongerechtvaardigd hebben verrijkt. Hiermee staat de vraag centraal, hoe het oordeel dat het te goeder trouw uitoefenen van een later vernietigd octrooi niet onrechtmatig is, zich verhoudt tot een op basis van deze feiten ingestelde vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking.

Het Hof is van oordeel dat het feit dat het CFS vrijstond om zich op het octrooi te beroepen, *mutatis mutandis* meebrengt dat de daaruit voortvloeiende verrijking niet ongerechtvaardigd is. De Hoge Raad gaat hierin mee.²⁴⁸

‘Het onderdeel faalt omdat het oordeel van het hof juist is. Ook als zou komen vast te staan dat CFS is verrijkt ten koste van Stork door zich tegenover (potentiële) afnemers van laatstgenoemde en tegenover derden te beroepen op haar achteraf vernietigde octrooi, leidt dit niet zonder meer tot toewijzing van een op art. 6:212 BW gebaseerde vordering, nu daarvoor mede noodzakelijk is dat die verrijking in relatie tot Stork een ongerechtvaardigd karakter heeft. In het — door de eerder besproken onderdelen van het middel tevergeefs bestreden — oordeel van het hof dat het CFS vrijstond zich tegenover derden op haar octrooirechten te beroepen, ligt besloten dat en waarom aan deze laatstgenoemde voorwaarde niet is voldaan. De omstandigheid dat de vernietiging van het octrooi van CFS terugwerkende kracht heeft, brengt hierin geen wijziging.’

De minutieuze belangenafweging die in het kader van de onrechtmatige daad wordt gemaakt, steekt schril af tegen de verrijkingsrechtelijke belangenafweging. De Hoge Raad laat het oordeel van het hof dat de verrijking van CFS niet ongerechtvaardigd is, omdat zij niet onrechtmatig handelde in stand. De onrechtmatige daad lijkt op de voet van de *sine causa*-benadering als een soort rechtvaardigingsgrond voor de verrijking van CFS te functioneren. Dit is niet aansprekend en snijdt bij voorbaat een belangenafweging in een verrijkingsrechtelijke context af.²⁴⁹ Dit fnuikt omdat de ‘lichte voorkeur’ om degene die zich te goeder trouw op een octrooi heeft beroepen jegens de afnemers van de concurrent niet jegens de concurrent aansprakelijk te achten op grond van onrechtmatige daad, in mijn optiek, heel wel kan omslaan naar de andere kant bij de vraag, of degene die zich te goeder trouw – maar onterecht – op een octrooi beroepen heeft, wél jegens de concurrent aansprakelijk moet worden geacht uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking voor de daardoor behaalde voordelen.

Bedacht moet worden, dat daar waar aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad in beginsel strekt tot *volledige schadevergoeding*, aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking is gemaximeerd tot de omvang van de (door Stork te bewijzen) verrijking. Voorts kan de rechter de aansprakelijkheid op de voet van de redelijkheid verminderen tot, bijvoorbeeld, 50% van het behaalde voordeel. Bovendien kan in het kader van

248 R.o. 5.10.

249 Zie in kritische zin ook Damminga 2014, p. 168.

artikel 6:212 lid 2 en 3 BW rekening worden gehouden met een eventuele vermindering van de verrijking aan de kant van degene die zich ten onrechte op een octrooi heeft beroepen. De ongerechtvaardigde verrijking kan zich aldus als middenweg aandienen tussen géén aansprakelijkheid en volledig aansprakelijkheid en de belangen van partijen meer in evenwicht brengen dan in het geval is in een alles-of-niets-oordeel.

De *ad rem* belangenafweging lijkt in dit arrest uit te blijven doordat de zaak in het keurslijf van de *sine causa*-benadering wordt gezet en de onrechtmatige daad vervolgens als *de facto* rechtvaardiging wordt aangemerkt. In het kader van de in dit hoofdstuk ontwikkelde benadering van het ongerechtvaardigdheidsvereiste is er meer ruimte voor een belangenafweging en kan de aansprakelijkheid – als dit nodig is – op een inzichtelijke wijze worden afgewezen. Uitgangspunt van de analyse moet in dit verband namelijk zijn, dat de verrijking van CFS ten koste van Stork in beginsel niet ongerechtvaardigd is omdat deze niet het gevolg is van een vermogensverschuiving. Het is daartoe niet nodig artikel 6:162 BW als een rechtvaardigingsgrond op te voeren of om anderszins naar de onrechtmatige daad te verwijzen.

Van het uitgangspunt dat de verrijking niet ongerechtvaardigd is, kan worden afgeweken als er in de omstandigheden van het geval een goede reden is aan te wijzen die maakt dat de verrijking van CFS ten koste van Stork toch ongerechtvaardigd is. Een dergelijke indicatie zou wellicht gevonden kunnen worden in het feit dat CFS zich heeft beroepen op een ten onrechte verleend – en later vernietigd – octrooirecht, waardoor er mogelijk klanten van Stork naar CFS zijn overgelopen. Dit is, gelet op het uitgangspunt van vrije concurrentie, een verrijking die buiten de normale gang van zaken ligt en die dientengevolge met een kritisch oog moet worden gezien. Onderzocht moet worden of een effectieve handhaving van IE-rechten zich ook verzet tegen de verplichting van CFS om in plaats van volledige schadevergoeding, het behaalde voordeel geheel – of ten dele – af te dragen uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Is dit niet het geval, dan is er veel voor te zeggen om de verrijking van CFS als een ongerechtvaardigde aan te merken.²⁵⁰

6.7 SLOTSOM

De te hanteren maatstaf om te bepalen of de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser ongerechtvaardigd is, verschilt al naar gelang er sprake is van een vermogensverschuiving of niet.

Is er sprake van een daadwerkelijke vermogensverschuiving, dan is de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser ongerechtvaardigd als er voor de verrijking een rechtvaardigingsgrond ontbreekt. Het ontbreken

250 Zie echter: BGH 14 februari 1978, BGHZ 71/86. Daarover Linssen 2001, p. 68-69. De verrijkingsaanspraak wordt in dit aan CFS/Stork verwante geval afgewezen, omdat de gedaagde geen inbreuk heeft gemaakt op het *Zuweisungsgehalt* van de eiser.

van een rechtvaardigingsgrond leidt bij een vermogensverschuiving tot een ongerechtvaardigde verrijking, omdat de verrijkte iets in zijn vermogen heeft gekregen dat voorheen aan de verarmde toebehoorde. Dit kan als de *sine causa*-benadering worden aangeduid. Bij deze benadering ligt het zwaartepunt van de analyse bij de beantwoording van de vraag wat als rechtvaardiging voor een verrijking kan dienen. De overeenkomst, de wet en het stelsel van de wet zijn in dit verband als rechtvaardigingsgronden de revue gepasseerd.

Is er geen sprake van een daadwerkelijke vermogensverschuiving tussen de eiser en de gedaagde, dan is het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond een noodzakelijke, maar niet een voldoende voorwaarde om de verrijking van de gedaagde als een ongerechtvaardigde aan te merken. In dit soort gevallen heeft de gedaagde niet iets in zijn vermogen dat voorheen aan de eiser toebehoorde. In dat geval geldt als uitgangspunt dat eenieder de vruchten die het lot voor hem in petto heeft mag behouden. Bijzondere omstandigheden echter, kunnen de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser alsnog ongerechtvaardigd doen zijn.

Is de gedaagde ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van de eiser die hierdoor schade heeft geleden, dan staat de aansprakelijkheid van de gedaagde daarmee nog niet vast. De gedaagde is slechts aansprakelijk voor zover een verrijkingsrechtelijke schadevergoedingsverplichting redelijk is. Dit redelijkheidsvereiste staat in het volgende hoofdstuk centraal.