



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

8.1 INLEIDING

Tot nu toe hadden de beschouwingen een algemeen karakter. Deze zagen op de inbedding van het verrijkingbeginsel in het systeem van het vermogensrecht,¹ de functie van de verrijkingssactie² en de aan deze vordering gestelde toepassingsvoorwaarden.³ Rode draad is dat artikel 6:212 lid 1 BW het systeem aanvult en dat de aanvullende functie van de verrijkingssvordering van belang is voor de interpretatie van de aan artikel 6:212 lid 1 BW gestelde toepassingsvereisten. In dit verband is betoogd dat afbakening geen doel op zichzelf is en dat de vereisten niet zodanig restrictief moeten worden uitgelegd, dat bepaalde gevalstypen categorisch van het leerstuk worden uitgesloten. Een breed potentieel toepassingsgebied past bij de aanvullende functie van de verrijkingssvordering.

Het beeld zoals dat tot nu toe is geschetst verdient op één punt verijning. Het systeem van het vermogensrecht is als object van aanvulling wat ongedifferentieerd. Het vermogensrecht manifesteert zich nooit in zijn totaliteit als object van aanvulling. Een verrijkingssactie bevindt zich in de regel in de *slipstream* van een ander leerstuk of rechtsgebied. De verrijkingssregel vult veelal de specifieke regels aan, die *a priori* voor het op te lossen geval relevant lijken te zijn.

Een voorbeeld. Betaalt iemand per onmiskenbare vergissing aan iemand die reeds failliet is en rijst de vraag of de betaler recht heeft op integrale terugbetaling door de curator, dan is dit een vraagstuk dat in het verlengde ligt van het insolventierecht. De vraag of de betaler recht op terugbetaling heeft, moet worden beantwoord tegen de achtergrond van dit rechtsgebied en als de vordering, zoals thans,⁴ wordt erkend, dan zal de kritiek hetzij moeten komen vanuit een bepaald begrip van het verrijkingssrecht of vanuit het systeem van het faillissementsrecht.⁵ In dit voorbeeld is het voorwerp

1 Zie hoofdstuk 2.

2 Zie hoofdstuk 3.

3 Zie hoofdstuk 4-7.

4 Zie bijvoorbeeld: HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, NJ 1998/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (Ontvanger/Hamm); HR 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4569, NJ 2007/419, m.nt. P. van Schilfgaarde (Van der Werff/BLG). In het laatstgenoemde arrest is de Hoge Raad – tevergeefs – gevraagd van zijn *Ontvanger/Hamm*-arrest terug te komen.

5 De kritiek op *Ontvanger/Hamm* is dan ook steevast vanuit en faillissementsrechtelijk kader. Zie onder meer: Kortmann 2006, p. 156-164; E.F.D. Engelhard & G.E. van Maanen 1998, p. 312.

van aanvulling niet zozeer 'het systeem van het vermogensrecht' maar eerder 'het systeem van het insolventierecht'. Meer in het bijzonder gaat het om de regels inzake de rangorde bij verhaal van *boedelvorderingen* in het geval van een negatieve boedel, een onderwerp dat strikt genomen niet wettelijk geregeld is.⁶ Met het concrete geval kan er al een zekere schifting worden gemaakt in de regels en beginselen die mogelijk relevant kunnen zijn voor het te beoordelen geval.

Vanuit een macroperspectief kan gezegd worden, dat de verrijksactie het vermogensrecht aanvult. Vanuit een micro-perspectief – vanuit het perspectief van het op te lossen geval – zijn het over het algemeen een of meerdere concrete leerstukken (of rechtsgebieden) die worden aangevuld.⁷ In de beeldspraak van Schoordijk, dat het systeem moet worden afgetast,⁸ zit dit ook besloten: de jurist zal slechts tasten naar regels die in het verlengde liggen van het op te lossen geval. Om de aanvullende werking van de algemene verrijksactie goed te begrijpen, is het daarom nodig om de wisselwerking te bekijken tussen de algemene verrijksactie enerzijds en de specifiekere regels van vermogensrecht anderzijds.

In dit hoofdstuk en het volgende wordt onder de loep genomen hoe de ongerechtvaardigde verrijking het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht kan aanvullen. Daarbij wordt in dit hoofdstuk tweepartijenverhoudingen besproken en in het volgende meerpartijenverhoudingen. Vervolgens wordt in hoofdstuk 10 een soortgelijke exercitie ondernomen ten aanzien van de wisselwerking tussen de ongerechtvaardigde verrijking en de onrechtmatige daad. Welke rechtstekorten kan de verrijksactie opvullen die deze rechtsgebieden mogelijk nog in stand laten? Onderzocht wordt steeds hoe de verrijksvordering deze rechtsgebieden kan aanvullen en, omgekeerd, hoe de regels en beginselen van deze rechtsgebieden doorwerken bij de toepassing van de verrijksregel ex artikel 6:212 BW. Daarbij zullen we zien, dat er een spanning kan bestaan tussen de frisse blik van het verrijksrecht aan de ene kant en de 'verworvenheden' van het overeenkomstenrecht en het onrechtmatigedaadsrecht aan de andere kant.

De keuze om te bezien hoe de verrijksactie het overeenkomstenrecht en het onrechtmatigedaadsrecht kan aanvullen, is om twee redenen gemaakt. Enerzijds zijn de onrechtmatige daad en de overeenkomst de voornaamste bronnen van verbintenissen. Daarmee zijn het 'volwassen' onderwerpen die voldoende contrastmateriaal bieden. Anderzijds kunnen vanuit de gekozen invalshoek relatief veel verrijksgevallen worden besproken, zodat de beschouwingen een representatief gedeelte van het vermogensrecht beslaan.

6 Kernarrest is: HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, NJ 1991/305, m.nt. P. van Schilfgaarde (De Ranitz/Ontvanger).

7 Zo is ook de ventiefunctie te verklaren: doordat de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking het verbintenissenrecht kan aanvullen hoeven bepaalde regels niet ruimhartig te worden uitgelegd.

8 Schoordijk 1979, p. 453.

8.2 DE AANVULLING VAN HET RECHTSHANDELINGEN- EN OVEREENKOMSTENRECHT

Dit eerste hoofdstuk van het bijzondere deel gaat, als gezegd, over de wijze waarop de algemene verrijkingssactie het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht kan aanvullen.

Reeds hier kan al op één *no go-area* worden gewezen. Het verrijkingssleerstuk is geen geheime ingang voor de *iustum pretium*- of *laesio enormis*-leer.⁹ De algemene verrijkingssactie kan het overeenkomstenrecht niet aanvullen door een onevenwichtigheid in de overeengekomen prestaties te corrigeren. Degene die een ongunstige overeenkomst heeft gesloten is aangewezen op de *checks and balances* die besloten liggen in de regels van het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht.¹⁰ Gedacht kan worden aan de wilsgebreken aan de ene kant en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden aan de andere kant. Komt een 'onevenwichtige' overeenkomst ongeschonden door de klippen en klemmen van het contractenrecht heen, dan brengt het systeem van het recht mee, dat de daaruit voortvloeiende verrijking niet ongerechtvaardigd is.¹¹

De verrijkingssactie kan het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht op tenminste twee andere manieren aanvullen.

In de eerste plaats gaat het om gevallen waarin de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking fungeert als een soort surrogaat voor een overeenkomst die schittert door afwezigheid.¹² De verrijkingsaansprakelijkheid kan ontstaan, wanneer tussen partijen géén overeenkomst tot stand is gekomen, terwijl de ene partij wél ten koste van de andere een voordeel genoten heeft waarvoor normaal gesproken gecontracteerd pleegt te worden. Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn, indien een van de onderhandelende partijen substantieel verrijkt uit de onderhandelingsfase komt zonder dat de overeenkomst uiteindelijk tot stand is gekomen.¹³

9 De *iustum-pretium*-leer kent aanhangers, maar behoort niet tot het positieve recht. Zie: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/55; H. den Tonkelaar, in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 213 Boek 6 BW, aant. 64.2 en de op deze vindplaatsen vermelde rechtspraak en literatuur.

10 Zie par. 6.5.2.1-6.5.2.3.

11 Zie voor instructieve voorbeelden: HR 30 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6338, *NJ* 2000/536 (Ermer/ABN AMRO Bank); HR 24 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2778, *NJ* 2004/309, m.nt. P. van Schilfgaarde (Anthea Yachting/ABN AMRO).

12 De karakterisering van een bepaalde verrijkingsaanspraak als 'surrogaat' van een afwezige overeenkomst, haakt – qua terminologie – losjes aan bij de in Engeland verworpen *quasi-contract*-theorie. Op grond van deze theorie werd, bijvoorbeeld, de verplichting om een onverschuldigde betaling terug te betalen gebaseerd op een fictie: een '*implied contract*'. Zie daarover, bijvoorbeeld (steeds in kritische zin): Goff & Jones 2016, nr. 1-06; Goff & Jones 2007, nr. 1-002 e.v.; Birks 1985, p. 4-5. Hier wordt de verrijkingsvordering als 'surrogaat' voor een overeenkomst niet zozeer gebruikt als verklaring voor de aanspraak, maar om het type aanspraak te etiketteren, dit ter onderscheiding van verrijkingsaanspraken die hangende een overeenkomst kunnen ontstaan.

13 Zie par. 8.4.2.

In de tweede plaats kan het gaan om gevallen waarin de algemene verrijksactie de beschikbare contractuele remedies aanvult wanneer er juist wél een overeenkomst tot stand gekomen is. Kan een tekortkoming, bijvoorbeeld, niet aan de schuldenaar worden toegerekend – zodat hij in beginsel niet aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade – dan kan hij aansprakelijk zijn uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking voor voordelen die hij zonder de tekortkoming niet genoten zou hebben (artikel 6:78 BW). Naast het geval als bedoeld in artikel 6:78 BW, zijn er meer voorbeelden waarin er tijdens de afwikkeling van een overeenkomst mogelijk verrijksaanspraken kunnen ontstaan.

Beide groepen zullen afzonderlijk worden belicht. De rode draad die door beide categorieën loopt, is dat de toewijsbaarheid van de verrijksactie mede afhankelijk kan zijn van contractueel gekleurde overwegingen. Een verrijksaansprakelijkheid in de eerste genoemde categorie – waarin er géén overeenkomst voorhanden is – mag, bijvoorbeeld, niet het stelsel van aanbod en aanvaarding op een onaanvaardbare wijze doorkruisen.¹⁴ Het autonomiebeginsel, dat aan de contractsvrijheid ten grondslag ligt, verzet zich daartegen. In de tweede categorie kunnen, bijvoorbeeld, overwegingen van consumentenbescherming in de weg staan aan een door de consument te betalen gebruiksvergoeding na een vernietigde of ontbonden overeenkomst. In beide gevallen is er een zekere wisselwerking tussen het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht en het verrijksleerstuk.

Tot slot een voorbehoud. De verrijksrechtelijke aanvulling van het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht kan niet uitputtend behandeld worden. Enerzijds is dit praktisch onmogelijk; het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht is een uitgestrekt, sterk verkaveld, gebied. Anderzijds is dit theoretisch niet mogelijk; ongerechtvaardigde verrijking bestaat als aanvullende bron van verbintenissen voor een belangrijk deel bij de gratie van het niet voorziene geval. Doel is om uiteen te zetten, hoe de aanvullende functie van de verrijksactie zich in het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht manifesteert en kan manifesteren.

8.3 AANPALENDE LEERSTUKKEN

Voordat met de bespreking van de verrijksrechtelijke aanvulling van het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht begonnen wordt, moet eerst worden stilgestaan bij een tweetal aan de algemene verrijksactie verwante leerstukken. Het is namelijk niet zo, dat er naast de algemene verrijksactie in het geheel geen middelen zijn om de hierboven bedoelde problematiek te bestrijden.

14 Zie daarover Van der Linden 2013, p. 14-15.

Het tegendeel is waar. Is er zonder rechtsgrond gepresteerd, dan zal de prestant in beginsel beschikken over een vordering op grond van onverschuldigde betaling.¹⁵ En heeft de eiser de belangen van de gedaagde waargenomen omdat er geen gelegenheid voor een overeenkomst was dan kan hij – als er een redelijke grond voor de behartiging van het belang van de gedaagde was – de eventuele schade vergoed krijgen uit hoofde van zaakwaarneming.¹⁶ De onverschuldigde betaling en de zaakwaarneming ondervangen flink wat gevallen die in het verlengde van het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht liggen. Daarmee is het domein waarin de verrijkingssactie het enige middel is dat een oplossing biedt, beperkt. Om het werkterrein van de verrijkingssactie in kaart te brengen, is het nodig de verhouding van de algemene verrijkingssactie tot respectievelijk de onverschuldigde betaling en de zaakwaarneming kort neer te zetten.

8.3.1 Onverschuldigde betaling

8.3.1.1 Algemeen

In tenminste één opzicht lopen de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking gelijk op.¹⁷ Bij de onverschuldigde betaling gaat het om een betaling *zonder rechtsgrond*; bij de ongerechtvaardigde verrijking kan het gaan het om een verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser door een vermogensverschuiving *zonder toereikende rechtvaardigingsgrond*. Beide rechtsfiguren zijn daarmee geheel (de onverschuldigde betaling) of ten dele (de ongerechtvaardigde verrijking)¹⁸ geënt op de *sine causa*-conceptie van het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt.

De leerstukken lopen uiteen ten aanzien van de nadere vereisten. Bij de ongerechtvaardigde verrijking is vereist dat de gedaagde ten koste van de eiser is *verrijkt* en dat de eiser *schade* heeft geleden. Bij de onverschuldigde betaling staat daarentegen de onverschuldigde *betaling* centraal. Is er door de eiser zonder rechtsgrond *betaald* aan de gedaagde die als ontvanger is aan te merken, dan verdient het voor de eiser veelal de voorkeur om uit hoofde van onverschuldigde betaling te ageren. Spreekt de eiser de gedaagde op grond van onverschuldigde betaling aan, dan hoeft de eiser niet aan te tonen dat hij schade heeft geleden en in beginsel hoeft hij ook niet aan te tonen

15 Art. 6:203 BW. Gaat het om een prestatie van andere aard, die naar haar aard niet ongedaan gemaakt kan worden, dan kan onder de in art. 6:210 lid 2 BW gestelde voorwaarden een *waardevergoeding* aan de orde zijn.

16 Art. 6:198 BW.

17 Een ander punt van overeenstemming is het redelijkheidsvereiste uit art. 6:210 lid 2 BW.

18 Gaat het in het kader van art. 6:212 lid 1 BW om een verrijgingsgeval waarin er géén sprake is van een vermogensverschuiving, dan is het enkele ontbreken van een rechtvaardigingsgrond weliswaar een noodzakelijke, maar géén voldoende voorwaarde voor de conclusie dat er sprake is van een ongerechtvaardigde verrijking. Zie: par. 6.4.3 en par. 6.6.

dat de gedaagde door de betaling is verrijkt.¹⁹ Daarom is het een belangrijke vraag wanneer er nu sprake is van een *betaling* in de zin van artikel 6:203 BW.

Deze vraag heeft twee dimensies. In de literatuur is de nadruk komen te liggen op – wat ik hier noem – de *relationele* dimensie van het onverschuldigde betalingsbegrip. Daarbij gaat het om de (soms ingewikkelde en rechtspolitieke) kwestie wie als betaler kan worden aangemerkt en wie als ontvanger.²⁰ Dit is met name van belang in een meerpartijenverhouding. Voor de materiële dimensie van het onverschuldigde betalingsbegrip – die draait om de vraag *wat* als een onverschuldigde betaling kan worden aangemerkt – is er minder aandacht. Bij de verrijktingsrechtelijke aanvulling van het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht in tweepartijenverhoudingen is met name de materiële dimensie van het betalingsbegrip van belang.

Op het eerste gezicht lijkt de vraag, wanneer een prestatie als een prestatie in de zin van artikel 6:203 BW kwalificeert, niet veel moeilijkheden op te leveren. De wet kent een ruim prestatiebegrip.²¹ Het kan gaan om het geven van een goed (artikel 6:203 lid 1 BW), het geven van een som geld (artikel 6:203 lid 2 BW) of het verrichten van een prestatie van een andere aard (artikel 6:203 lid 3 BW).²² De laatste categorie lijkt een onbegrensd prestatiebegrip te impliceren.

De materiële dimensie van het betalingsbegrip draait echter niet alleen om de vraag wat het *voorwerp* van de betaling kan zijn. Het gaat tevens om de vraag, onder welke omstandigheden een handeling die – in potentie – een ‘prestatie’ *kán* zijn, in een concreet geval ook daadwerkelijk kwalificeert als een presteren in de zin van artikel 6:203 BW. Of een handeling kwalificeert als betaling zal afhangen van het antwoord op de vraag of de prestatie ‘naar zijn objectieve strekking’ als een betaling kan worden gezien.²³ Hierbij speelt de context een bepalende rol.²⁴ In mijn optiek gaat het erom, of een handeling, de omstandigheden waarin zij is gedaan in aanmerking genomen, naar *verkeersopvattingen* als een betaling gezien kan worden.²⁵

19 Dit is alleen anders als er sprake is van een betaling die naar haar aard niet ongedaan gemaakt kan worden in de zin van art. 6:210 lid 2 BW. Dan moet de betaler aantonen dat de betaling aan de ontvanger was toe te rekenen, dat de ontvanger een tegenprestatie heeft beloofd of dat de gedaagde door de betaling is verrijkt. In die drie gevallen heeft de betaler, voor zover dit redelijk is, een aanspraak op grond van onverschuldigde betaling.

20 Zie daarover bijvoorbeeld: Scheltema 1997, p. 68-130; Damminga 2014, p. 297-313.

21 Zie bijvoorbeeld Scheltema 1997, p. 30-32; Koolhoven 2011, p. 296.

22 De vraag is nog wel gesteld of verrekening, schuldvernieuwing en schuldvermenging een betaling opleveren in de zin van art. 6:203 BW. Impliciet in ontkennende zin: Scheltema 1997, p. 32 onder verwijzing naar Asser/Sieburgh 6-I 2016/225 (destijds bewerkt door Hartkamp). De kern is dat bij onverschuldigdheid er respectievelijk geen verrekening, schuldvernieuwing, schuldvermenging tot stand komt.

23 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/423.

24 Vgl. Hamaker 1970, p. 39 en p. 50. Hamaker noemt met name de ‘vermeende verbin-tenis’ als belangrijke omstandigheid, maar er zijn, zoals ik hieronder uiteenzet, méér omstandigheden bepalend.

25 De verkeersopvatting lijkt mij geschikt omdat een van de materiële functies van de verkeersopvatting de kwalificatie van feiten en omstandigheden is. Zie over deze functie in algemene zin Memelink 2009 p. 262.

Een eenvoudig voorbeeld. De één geeft de ander een briefje van tien in handen. In de regel zal er hier sprake zijn van een betaling die al dan niet onverschuldigd is verricht. Het gaat om het geven van een som geld (zie: artikel 6:203 lid 2 BW). Toch kunnen er omstandigheden zijn, die het geval in een ander licht zetten. Dit is het geval indien degene die het tientje heeft overhandigd, neerknielt om met zijn vrijgekomen handen zijn losgeschoten veter te strikken terwijl de ander met het tientje in de hand toekijkt. Hoewel het geven van een som geld voorwerp van betaling is, is er in dit geval van een betaling géén sprake. Voor het geven van een goed (zie: artikel 6:203 lid 1 BW) kunnen voorbeelden van gelijke strekking worden gegeven. Het tientje in het zojuist gegeven voorbeeld hoeft slechts vervangen te worden door een zak patat.

In de regel zal het geven van een goed of het geven van een som geld echter geen moeilijkheden opleveren. Geeft iemand een goed of geeft iemand een som geld, dan zal er in de regel sprake zijn van een betaling. Het is de context die dit anders kan doen zijn. Voor een prestatie die in iets anders bestaat dan het geven van een goed of het geven van een som geld (zie artikel 6:203 lid 3 BW), is de context waarin de prestatie plaatsvindt gewichtiger. Deze kan maken, dat een handeling, die doorgaans geen betaling is, toch als een betaling moet worden gezien. Wanneer iemand *géén* pizzeria opent in Leiden, dan is dit doorgaans geen betaling, ook niet jegens de pizzeria's die liever niet teveel concurrentie zien. Dit is anders, wanneer iemand ervan afziet een pizzeria te openen op grond van een non-concurrentiebeding. Blijkt het beding nietig, of wordt de nietigheid van het beding ingeroepen, dan kan het niet-openen van een pizzeria als een onverschuldigde betaling kwalificeren jegens de gewezen contractuele wederpartij. De contractuele context maakt, dat in het nalaten een betaling besloten ligt.²⁶

8.3.1.2 *De scheidslijn tussen ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling*

De voorgaande voorbeelden zullen in de regel niet relevant zijn voor de afgrenzing tussen ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling. Er zijn echter gevallen, waarin het sterk van de feitelijke context afhangt, of de eiser een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling heeft of 'slechts' beschikt over een vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Om dit te illustreren, komen drie gevalstypen kort aan de orde, waarin steeds één bepaalde handeling – afhankelijk van de context – nu eens als een betaling kwalificeert in de zin van artikel 6:203 lid 1 BW en dan weer niet. De handeling waarin de kandidaat-betaling besloten ligt, is steeds gearceerd weergegeven.

26 Hamaker 1970, p. 39.

(i) *De eiser heeft het huis van de gedaagde verbouwd.* Van een onverschuldigde betaling is sprake, wanneer de eiser een aannemer is die het huis van de aanbestedder (de gedaagde) heeft verbouwd op grond van een nietige of later vernietigde overeenkomst.²⁷ Een geval als dit – waarin een nietige of vernietigde overeenkomst afgewikkeld moet worden – behoort tot het typische werkteerein van de onverschuldigde betaling.²⁸ Een verrijkingsactie is in theorie mogelijk, maar een beroep daarop ligt niet voor de hand, omdat de aannemer dan zal moeten aantonen dat hij schade heeft geleden en dat de gedaagde aanbestedder is verrijkt.

Hetzelfde geldt indien de aannemer het verkeerde huis onder handen heeft genomen of als de aannemer – ten onrechte – dacht ter uitvoering van een met de gedaagde gesloten overeenkomst te verbouwen. Ook in dit geval zal de eiser een vordering op grond van onverschuldigde betaling in kunnen stellen, indien het aan de ontvanger is toe te rekenen dat er jegens hem is gepresteerd, als de gedaagde heeft ingestemd met een tegenprestatie of als de ontvanger is verrijkt. Of de vordering slaagt hangt ervan af of ‘dit redelijk is’. Opvallend is, dat in weerwil van het additionele schadevereiste er in de praktijk in dit soort gevallen meer dan eens geageerd wordt op grond van ongerechtvaardigde verrijking in plaats van onverschuldigde betaling.²⁹

De situatie verandert als de aannemer (de eiser) het huis van de gedaagde heeft verbouwd ter uitvoering van een overeenkomst met een *ander* dan de huiseigenaar.³⁰ Heeft de eisende aannemer, vanuit het perspectief van artikel 6:203 BW, betaald aan de eigenaar van het huis of jegens zijn contractuele wederpartij in wiens opdracht hij het huis heeft verbouwd? De vraag bevindt zich op het snijpunt van de materiële en relationele dimensie van het betalingsbegrip. Heersend is de leer, dat de vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling gericht moet zijn op de *ontvanger* van de prestatie.³¹

27 Een voorbeeld is: HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0305, NJ 1992/787, m.nt. C.J.H. Brunner (Verkerk/Van der Veen q.q.). Als voorbeeld gegeven in: R. Koolhoven in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 6:203 BW, aant. 1.2.

28 In art. 6:210 lid 2, waarin is geregeld wanneer de ontvanger van een prestatie waardevergoeding moet betalen indien de prestatie naar zijn aard niet ongedaan kan worden gemaakt, ziet één categorie – namelijk de gevallen waarin de ontvanger een tegenprestatie heeft beloofd – specifiek op deze situatie. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/448; R. Koolhoven in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 6:210 BW, aant. 6; Scheltema 1997, p. 199.

29 Zie bijvoorbeeld: HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3195, NJ 2015/448 (Muradin/Waaijer B.V.); Rb. Middelburg 20 juli 2011, ECLI:NL:RBMID:2011:BT5885, NJF 2011/462 (garage gaat de opdracht te buiten); Rb. Haarlem 28 december 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BV0329, Prg. 2012/51 (over energielevering).

30 Zowel aan het Quint/Te Poel-arrest en het Vermobo/Van Rijswijk-arrest lag een casus van een vergelijkbare structuur ten grondslag (zij het dat het daar niet ging om een verbouwing maar om de bouw op andermans grond). Zie: HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, NJ 1994/172, m.nt. P. van Schilfgaarde (Vermobo/Van Rijswijk); HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, NJ 1959/548, m.nt. D.J. Veegens (Quint/Te Poel).

31 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/435; R. Koolhoven in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:203 BW, aant. 3.1.1.

Maar wie is hier de ontvanger? Is het de contractuele wederpartij van de aannemer in wiens opdracht hij het huis moest verbouwen? Of is het de eigenaar van het huis dat verbouwd is? In mijn optiek heeft de aannemer betaald aan zijn contractuele wederpartij, omdat de prestatie is verricht op grond van een uit die overeenkomst voortvloeiende verbintenis. Tegen de huiseigenaar ontstaat – eventueel – slechts een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking.

We kunnen verder variëren. Maken we van de eiser en de gedaagde een man en een vrouw die een affectieve relatie hebben gehad, dan verandert het geval opnieuw van kleur. Van een betaling van de man aan de vrouw zal er, in mijn optiek, naar verkeersopvatting geen sprake zijn. Enerzijds omdat de man ook zélf baat zal hebben gehad bij de verbouwing. Anderzijds omdat de verbouwing niet in een economische context plaatsvindt. Een aanwijzing voor deze verkeersopvatting is dat in de praktijk over het algemeen uitsluitend geageerd wordt uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking.³² Wil de man na het einde van de affectieve relatie aanspraak maken op vergoeding, dan is hij aangewezen op de algemene verrijkingssactie. Consequentie is, dat de man moet aantonen, dat hij door de verbouwing *schade* heeft geleden.³³

(ii) *De gedaagde gebruikt zonder daartoe strekkende overeenkomst een goed van de eiser.* Boeve heeft erop gewezen, dat het voor de eiser gunstig kan zijn om een vordering op grond van onverschuldigde betaling in te stellen.³⁴ Vereist is dan wél dat er in de omstandigheden van het geval een onverschuldigde betaling besloten ligt.

Gebruikt iemand een zaak onder een later vernietigde huurovereenkomst, dan is er inderdaad sprake van een onverschuldigde betaling.³⁵ Er zal echter niet altijd van een onverschuldigde betaling sprake zijn wanneer iemand andermans goed of zaak gebruikt. Meert de gedaagde – ongevraagd – zijn duwbakken aan op meerpalen van de eiser,³⁶ dan is er geen sprake van een onverschuldigde betaling van de eiser aan de gedaagde. De eiser heeft dan immers geen handeling verricht die als betaling kwalificeert. De eiser is dan aangewezen op de onrechtmatige daad of de ongerechtvaardigde verrijking en moet aantonen dat hij schade heeft.³⁷ Hetzelfde geldt, als het gaat om het gebruik na de vernietiging van een koopovereenkomst. Ook dan zal de eiser – ter zake van het gebruik van de zaak – aangewezen zijn op de verrijkingsovereenkomst.

32 Zie bijvoorbeeld: Hof Den Haag 29 mei 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW7033; Hof Den Bosch 12 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW0990, *JPF* 2013/29, m.nt. B.E. Reinhartz.; Assen, 20 juni 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BW9881; Rb. Den Haag 30 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7892; Hof Arnhem-Leeuwarden 20 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7564, *RVR* 2017/4.

33 HR 11 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC1957, *NJ* 1986/622 (Baartman/Huijbers).

34 Boeve 2016, p. 332-333 en de aldaar vermelde rechtspraak.

35 Scheltema 1997, p. 178.

36 Rb. Oost-Brabant 8 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:2854, *NJF* 2016/348.

37 Scheltema 1997, p. 178.

Soms is twijfel op zijn plaats. Wat te denken van het geval dat aan het *Subway*-arrest ten grondslag ligt? Subway had het pand van Credit Suisse tijdens de onderhandelingen al in gebruik omdat zij deze eerder huurde van een onderverhuurder (*Easy*).³⁸ Tijdens de maandenlange onderhandelingen bleef Subway het pand gebruiken. Is er hier sprake van een onverschuldigde betaling van Credit Suisse aan Subway? Wellicht zou in het stilzwijgend dulden van de feitelijke situatie een betaling kunnen worden gezien, temeer omdat het geval is gesitueerd in een economische context.³⁹ Daar staat tegenover dat het loutere 'dulden' tijdens de onderhandelingen een dunne vorm van presteren is.⁴⁰ Dit laatste geldt des te meer in een geval waarin de gedaagde een zaak na een mislukte of ontbonden huurovereenkomst nog een tijdje onder zich heeft.⁴¹

(iii) *De eiser geeft de gedaagde informatie.* Van een betaling is sprake indien de informatie in opdracht van de gedaagde gegeven is. Een advocaat wordt gevraagd een *legal opinion* te schrijven. Wordt de daartoe strekkende overeenkomst vernietigd, dan ligt er in de informatieverschaffing een onverschuldigde betaling besloten. Het hangt van artikel 6:210 lid 2 BW af of er hiervoor een vergoeding verschuldigd is. Krijgt de gedaagde echter tijdens de onderhandelingen *en passant* nuttige informatie in handen, dan zal hierin veelal géén betaling besloten liggen. In het laatste geval kan, als de omstandigheden daarnaar zijn, een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking aan de orde zijn.

8.3.1.3 Evaluatie

Het hangt dus van de omstandigheden van het geval af, of de verrijkingsschuldeiser alleen een actie uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking heeft, of óók een – voor hem veelal gunstigere – aanspraak uit hoofde van onverschuldigde betaling. Het zal ervan afhangen of de eiser (1) een handeling heeft verricht die (2) in het rechtsverkeer als betaling van de eiser aan de gedaagde kan worden beschouwd. Soms ontbreekt de handeling van de eiser (denk aan de meerpalen) soms ontbreekt de economische context (denk aan de affectieve relatie), soms maken de overige omstandigheden dat er van een echte betaling geen sprake is (denk aan de verstrekte informatie tijdens de onderhandelingen). Is er geen onverschuldigde betaling, dan is de schuldeiser aangewezen op de verrijkingsvordering.

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

39 G.J. Boeve p. 332, zie ook J.L.R.A. Huydecoper in zijn noot onder HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782, NJ 2013/540 (Credit Suisse/Subway).

40 Hamaker 1970, p. 50.

41 Zoals in het geval: HR 27 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:996, NJ 2017/312, m.nt. Jac. Hijma (Van de Booren/Grenkefinance).

Het zou op het eerste oog voor de hand liggen, om de gevallen die onder het leerstuk van de onverschuldigde betaling gebracht kunnen worden in het vervolg van dit hoofdstuk structureel buiten beschouwing te laten. Hier is niet voor gekozen. In het vervolg zullen af en toe gevallen, die ook op grond van onverschuldigde betaling opgelost kunnen worden, in de beschouwing betrokken worden. Enerzijds loopt de belangenafweging van de ongerechtvaardigde verrijking en de onverschuldigde betaling in bepaalde gevallen voor een belangrijkdeel gelijk op.⁴² Voorbeelden die ook met artikel 6:203 BW kunnen worden opgelost, kunnen daarom ook verhelderend zijn voor artikel 6:212 BW. Anderzijds kan het, zoals we hebben gezien, soms twijfelachtig zijn of er nu sprake is van onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking. De leerstukken laten zich niet naadloos afgrenzen. Een advocaat zal er, bijvoorbeeld, in een geval zoals dat aan de orde kwam in *Subway*, er verstandig aan doen voor beide ankers te gaan liggen.

Dat in dit hoofdstuk in het kader van artikel 6:212 lid 1 BW ook casusposities worden behandeld die mogelijk onder het leerstuk van de onverschuldigde betaling vallen, neemt niet weg dat het voor de eiser in de regel voordeliger zal zijn om te ageren op grond van onverschuldigde betaling. De lezer dient hetgeen in deze paragraaf is opgemerkt in het achterhoofd te houden bij de lezing van het vervolg van dit hoofdstuk.

8.3.2 Zaakwaarneming

Een andere bron van verbintenissen die met de algemene verrijkingssactie concurreert is de zaakwaarneming.⁴³ De eiser laat (op eigen kosten) het slot van de deur van de afwezige – en onbereikbare – gedaagde repareren, nadat deze tijdens een inbraak is geforceerd. De eiser kan zijn schade (de door hem betaalde rekening) op de gedaagde verhalen op grond van zaakwaarneming (artikel 6:198 jo. artikel 200 lid 1 BW). Met de figuur van de zaakwaarneming biedt het recht een remedie als iemand zijn medemens een welkome dienst bewijst, maar er geen gelegenheid is geweest om te contracteren.

Heeft de eiser de keuze tussen zaakwaarneming of ongerechtvaardigde verrijking, dan biedt de zaakwaarneming hem betere vooruitzichten omdat voor de aansprakelijkheid op grond van zaakwaarneming niet is vereist dat de gedaagde door de zaakwaarneming is verrijkt.⁴⁴ Het gaat niet om het *resultaat*, maar om de vraag of de eiser het belang op een redelijke grond en

42 Heeft de eiser echter onverschuldigd gepresteerd op een andere wijze dan het geven van een goed of een som geld, zonder dat dit aan de gedaagde is toe te rekenen en zonder dat de gedaagde een tegenprestatie heeft beloofd, dan is de gedaagde slechts een waardevergoeding verschuldigd, indien hij door de prestatie is verrijkt en zulks slechts voor zover dit redelijk is. In wezen is hier sprake van een op art. 6:212 lid 1 BW geënte verrijkingssactie zonder schadevereiste. Zie voor dit laatste punt: Wissink 2002, p. 8.

43 Zie Koolhoven 2011, p. 288-294; Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (R.D. Vriesendorp), nr. 327.

44 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/412 *in fine*.

naar behoren heeft behartigd.⁴⁵ Verprutst de door de zaakwaarnemer ingeschakelde (erkende) slotenmaker de klus en raakt deze kort daarop insolvent (zodat geen verhaal op hem genomen kan worden), dan doet dit niets af aan de verplichting van de gedaagde om de schade van de eiser te vergoeden. Een verrijkingsaanspraak (artikel 6:212 lid 1 BW) zou echter stranden op het verrijkingsvereiste.⁴⁶

Voor een succesvol beroep op zaakwaarneming moet een aantal horden genomen worden. De eiser moet het *belang van de gedaagde* behartigd hebben en dit moet hij *willens en wetens* hebben gedaan.⁴⁷ De belangenbehartiging moet voorts op basis van een *redelijke grond* hebben plaats gevonden. Dit betekent dat de omstandigheden van het geval het ingrijpen moeten rechtvaardigen; daarbij is de vermoedelijke wil van de gedaagde een belangrijke indicator.⁴⁸ Veelal gaat het om een urgente situatie waarbij het niet mogelijk is het probleem aan de gedaagde (op tijd) voor te leggen. Ten slotte kan er alleen sprake van zaakwaarneming zijn, indien de zaakwaarnemer zijn bevoegdheid *niet* ontleent aan een daartoe strekkende rechtshandeling of een elders in de wet geregelde rechtsverhouding.

De vereisten die aan de zaakwaarneming zijn gesteld, zijn betrekkelijk streng. Hier is een goede reden voor. Is de belanghebbende uit hoofde van zaakwaarneming aansprakelijk voor de schade van de belanghebbende, dan is dit ongeacht het uiteindelijk resultaat van de inmenging. Dit betekent dat de belanghebbende – vaak buiten zijn toedoen om – óók aansprakelijk kan zijn als hij er door de inmenging van de zaakwaarnemer niet beter van geworden is.⁴⁹ Dit laatste is alleen gerechtvaardigd als er een redelijke grond tot inmenging is geweest en als de zaakwaarnemer het belang van de belanghebbende behartigde en ook beoogde te behartigen.

De ongerechtvaardigde verrijking als zelfstandige bron van verbintenissen maakt het onnodig om de eisen die aan de zaakwaarneming zijn gesteld, rekkelijk op te vatten. Zaakwaarneming en ongerechtvaardigde verrijking zijn complementair. Aldus ontstaat het volgende beeld. Is er aan de (streng) vereisten van de zaakwaarneming voldaan, dan is de gedaagde verplicht de schade van de eiser te vergoeden ongeacht het resultaat van de zaakwaarneming op grond van artikel 6:198 BW. Is er niet aan deze eisen voldaan, dan

45 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/412; R. Koolhoven in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:198 BW, aant. 7.

46 Iets soortgelijks geldt als er opnieuw wordt ingebroken en de sloten opnieuw worden geforceerd. De eiser kan onverminderd met succes ageren op grond van zaakwaarneming. De verrijkingsactie mist doel omdat de verrijking inmiddels is verminderd tot nihil.

47 Behartigt iemand primair zijn eigen belang (hij kapt een boom) en is andermans belang daarmee toevallig eveneens gediend (hij heeft beter uitzicht) dan is er geen sprake van zaakwaarneming. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/394; R. Koolhoven in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:198 BW, aant. 8.2.1. Zij verwijst naar: PG Boek 6, p. 790.

48 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/402; Jansen 2005, p. 29.

49 De gedaagde belanghebbende kan zelfs voor de schade van de zaakwaarnemer aansprakelijk zijn, als de belanghebbende er de facto op achteruit is gegaan.

is de gedaagde alleen aansprakelijk voor zover dit redelijk is en voor zover hij is verrijkt op grond van artikel 6:212 lid 1 BW. De aansprakelijkheid is dan afhankelijk van het bereikte resultaat.⁵⁰ De aanvullende werking van de verrijkingsactie fungeert hier dus als ventiel die de 'druk' op de eisen van artikel 6:198 wegneemt. De figuur van de zaakwaarneming hoeft niet onnodig ruimhartig te worden geïnterpreteerd om in een concreet geval tot een aanvaardbaar resultaat te komen. In de nu volgende paragraaf over ongerechtvaardigde verrijking als surrogaat voor de overeenkomst zal een deelparagraaf worden gewijd aan verrijkingsgevallen die in het verlengde van de zaakwaarneming liggen.⁵¹

8.4 ONGERECHTVAARDIGDE VERRIJKING ALS SURROGAAT VOOR EEN OVEREENKOMST

8.4.1 Algemeen

Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan.⁵² Het kan echter voorkomen, dat er rehtens géén overeenkomst tot stand lijkt te zijn gekomen, terwijl de gedaagde wél ten koste van de eiser waarde heeft genoten waarvoor normaal gesproken wordt gecontracteerd. Is het, om wat voor reden dan ook, gewenst om de gedaagde voor het verkregen voordeel aansprakelijk te houden, dan dienen twee oplossingen zich aan.

Het is mogelijk om de eisen die gesteld zijn aan de totstandkoming van een overeenkomst *extensief* uit te leggen.⁵³ Een voorbeeld van onverschuldigde betaling kan dit goed illustreren. In het geval waarin iemand zonder entreebewijs een bioscoop binnen glipt, kan de openstaande deur als een aanbod worden gezien. Het binnentreden en het plaatsnemen in de zaal kan vervolgens als een aanvaarding gelden, waarmee een overeenkomst tot stand komt tussen de bioscoop en de heimelijke bezoeker. Deze zienswijze heeft ook nadelen. In de eerste plaats berust zowel het aanbod van de bioscoop, als de aanvaarding door de bezoeker op een fictie. De openstaande deur weerspiegelt allermist de uitnodiging om zomaar binnen te lopen en ook de bioscoopganger zal niet de wil hebben dit 'aanbod' te aanvaarden. In de tweede plaats kan een extensieve interpretatie van het aanbod en de aanvaarding tot ongewenste resultaten leiden. In het bioscoop-voorbeeld is het niet alleen zo dat de indringer moet betalen, maar óók dat er een overeenkomst tot stand komt op basis waarvan ook voor de bioscoop verbintenissen ontstaan.

50 Vanuit een praktisch oogpunt zal de verrijkingsactie ook een rol van betekenis spelen als twijfelachtig is of er sprake is van een rechtsgeldige zaakwaarneming.

51 Zie par. 8.4.3.

52 Art. 6:217 BW.

53 Zie: Smits 2006, p. 431. Van Boom 2002, p. 101-102; Schoordijk 1979, p. 454.

De andere mogelijkheid is het onderwerp van dit hoofdstuk. Daar waar er geen overeenkomst tot stand gekomen is tussen de verarmde eiser en de verrijkte gedaagde, kan het verrijgingsrecht inspringen. De ongenode bioscoopganger kan worden voorgehouden dat hij aansprakelijk is uit hoofde van onverschuldigde betaling. En degene die ongevraagd aanmeert op andermans meerpalen, kan door de eigenaar van de meerpalen worden aangesproken op grond van ongerechtvaardigde verrijking.⁵⁴ Het bestaan van het verrijgingsrechtelijke vangnet maakt het mogelijk, om tot aanvaardbare uitkomsten te komen zonder dat de regels van het overeenkomstenrecht op een extensieve wijze hoeven te worden geïnterpreteerd. De verrijgingsactie heeft dan niet alleen een aanvullende functie, maar ook een ventiefunctie die voorkomt dat het overeenkomstenrecht onnodig onzuiver hoeft te worden uitgelegd. De verrijgingsaansprakelijkheid komt als het ware voor de contractuele aansprakelijkheid in de plaats. Wel zal het in de regel zo zijn, dat de verrijgingsaanspraak – door het verrijgings- en schadevereiste – een beperktere omvang zal hebben.

In deze paragraaf gaat het over gevallen waarin aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking als het ware de plaats inneemt van een afwezige overeenkomst. Het gaat in deze paragraaf om een toepassing van de verrijgingsvordering die eerder is aangestipt door Hijma. De verrijgingsactie kan, zo schrijft hij in zijn noot onder het *Setz/Brunings*-arrest, 'een vermogensverschuiving [...] afdwingen in een situatie waarin een dergelijke verschuiving ofwel is overeengekomen zonder dat dit kan worden bewezen, ofwel redelijkerwijze had behoren te worden overeengekomen'.⁵⁵ De bioscoopganger *behoorde* een kaartje te kopen. Degene die andermans meerpalen in gebruik neemt *behoort* met de eigenaar in contact te treden. Wij zullen meer voorbeelden tegenkomen. De vraag, die in de onderstaande beschouwingen centraal staat, is onder welke omstandigheden de ongerechtvaardigde verrijking kan fungeren als surrogaat van een overeenkomst die schittert door afwezigheid.

8.4.2 Onderhandelingsfase

8.4.2.1 Algemeen

Het eerste hier te bespreken gebied waar verrijgingsaansprakelijkheden zich kunnen voordoen is de precontractuele fase. Het gaat dan om situaties waarin de onderhandelingen níet tot een overeenkomst hebben geleid. Dan kan immers de vraag rijzen of één van de partijen (veelal zal het gaan om degene die afgebroken heeft, maar dit hoeft niet) ongerechtvaardigd verrijkt uit de onderhandelingsfase gekomen is, en zo ja, of een verrijgingsaansprakelijkheid redelijk is.

54 Zie anders: Rb. Oost-Brabant 8 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:2854, *NJF* 2016/34.

55 Zie Hijma, sub 7 in zijn noot onder: HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7249, *NJ* 1997/719 (*Setz/Brunings*).

Op het eerste gezicht kan het lijken dat er op dit punt géén behoefte is aan de verrijkingsvordering. Sinds het arrest *Plas/Valburg* heeft het leerstuk van de precontractuele fase immers een prominente plaats.⁵⁶ Krachtens deze leer moeten partijen die met elkaar onderhandelen, zich gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid.⁵⁷ Dit brengt met zich dat ze niet slechts hun eigen belang op het oog mogen hebben, maar dat zij ook rekening moeten houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.⁵⁸ Van hieruit kunnen zich drie situaties voordoen.⁵⁹ Het uitgangspunt is dat de partijen die met elkaar in onderhandeling getreden zijn, zich zonder meer uit de onderhandelingen terug mogen trekken zonder de wederpartij iets verschuldigd te zijn.⁶⁰ De contractsvrijheid brengt niet alleen mee, dat het iemand vrijstaat een overeenkomst te sluiten, maar óók om géén overeenkomst te sluiten. Er zijn echter omstandigheden denkbaar waarin het een partij weliswaar vrij staat zich terug te trekken, maar niet zonder de kosten van de wederpartij geheel of gedeeltelijk te vergoeden. Ten slotte kunnen de onderhandelingen – in uitzonderlijke gevallen – zo ver gevorderd zijn, dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is de onderhandelingen af te breken. Dit kán het geval zijn als er bij één van de partijen gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen is, of als het om een andere reden onaanvaardbaar is de onderhandelingen af te breken.⁶¹ Breekt iemand op dat moment toch af, dan kan hij gehouden zijn tot de vergoeding van het positieve contractbelang.

In de rechtspraak is aldus theoretisch een sluitend net ontwikkeld voor alle mogelijke precontractuele aansprakelijkheden. Daarmee is echter niet gezegd, dat het een makkelijk toepasbaar leerstuk is. Er is dan wel een uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende precontractuele grondnorm⁶² op grond waarvan partijen rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen, maar die norm is betrekkelijk vaag. Het is niet eenvoudig om daaruit af te leiden onder elke omstandigheden welke situatie

56 HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405, NJ 1983/723, m.nt. C.J.H. Brunner (*Plas/Valburg*); Tjittes 2016, p. 237-268.

57 Deze plicht gaat terug op het dwalingsarrest *Baris/Riezenkamp*, zie: HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, NJ 1958/67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*). Zie daarover onder meer: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/191; Ruygvoorn 2009, p. 51-52.

58 Zie daarover: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/191.

59 Er wordt ook wel gesproken van de stadia of 'fasen' van de precontractuele fase, zie bijvoorbeeld: *Rechtshandeling en Overeenkomst* (Valk), 2016/80. Ruygvoorn geeft er de voorkeur aan om van situaties te spreken, omdat de stadia zich niet noodzakelijkerwijs in de tijd opvolgen. Zie Ruygvoorn 2009, p. 55-57. Ik denk dat de term 'situatie' inderdaad neutraler is, zodat ik die term ook hanteer.

60 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/193. Zie expliciet, HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, NJ 2005/467 (CBB/JPO), r.o. 3.6.

61 HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, NJ 2005/467 (CBB/JPO), r.o. 3.6.

62 De term 'grondnorm' is treffend en ontleen ik aan Tjittes 2016, p. 237.

zich precies voordoet.⁶³ Voorts is in debat wat de precieze grondslag van het leerstuk van de precontractuele aansprakelijkheid is. Gaat het om de toepassing van de reguliere bronnen van verbintenissen (onrechtmatige daad, zaakwaarneming, onverschuldigde betaling, ongerechtvaardigde verrijking), gaat het om de redelijkheid en billijkheid als zelfstandige bron van verbintenissen of gaat het om een aansprakelijkheid die past in het stelsel van de wet of aansluit bij de wél in de wet geregelde gevallen?⁶⁴ Vanwege de vaagheid van de grondnorm (de redelijkheid en billijkheid) en de onduidelijkheden omtrent de precieze bronnen van de precontractuele aansprakelijkheid is het, zoals Ruygvoorn terecht opmerkt, goed aansluiting te zoeken bij de reguliere bronnen van verbintenissen.⁶⁵ Eén van die bronnen is de ongerechtvaardigde verrijking.⁶⁶

8.4.2.2 *De aanvullende functie in de precontractuele fase*

De aanvullende functie die artikel 6:212 BW kan vervullen, is in de precontractuele fase anders van karakter dan elders in dit boek. In de regel vult de verrijkingsactie het vermogensrecht aan, door een grondslag voor aansprakelijkheid te bieden die niet – of alleen met veel kunst- en vliegwerk – aan het overige vermogensrecht te ontleen is. De verrijkingsactie is dan een opening in het door artikel 6:1 BW deels afgesloten verbintenissenrecht. In die zin heeft de verrijkingsactie in de precontractuele fase géén aanvullende rol te vervullen.⁶⁷ Hoewel niet duidelijk is wát de precieze grondslagen zijn van de verschillende precontractuele aansprakelijkheden, is het niet betwist dát deze aansprakelijkheden in het verbintenissenrecht passen. Artikel 6:212 BW hoeft op dit punt geen leemte op te vullen. De verrijkingsactie vult het leerstuk echter op een andere manier aan. Voor bepaalde gevallen die zich in de precontractuele fase kunnen voordoen, heeft de verrijkingsregel ex artikel 6:212 BW méér normerende kracht, dan de algemene grondnorm van de precontractuele fase, die voorschrijft dat partijen zich in het kader van de

63 De doctrine van de derde fase moet volgens Smeehuijzen en Van Oosten zelfs in de ban worden gedaan, omdat de leer te veel rechtsonzekerheid oplevert terwijl de billijkheidsopbrengst gering is. Zie: Smeehuijzen & Oosten, 'Plas/Valburg: veel rechtsonzekerheid en ondermaats resultaat in de feitenrechtspraak', *AA* 2015/1, p. 72-77.

64 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/201-202; Y.G. Blei Weissmann in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:217 BW, aant. 1.33-1.39.2; De Kluiver 1992, p. 245-289; Ruygvoorn 2009, p. 279.

65 Zie Ruygvoorn 2009, p. 134 e.v. en p. 290 e.v.

66 Zie bijvoorbeeld: Pannebakker 2016, par. 3.6.

67 Blei Weissmann merkt terecht op dat de ongerechtvaardigde verrijking niet een 'algemene' grondslag van precontractuele aansprakelijkheid is. Zie Y.G. Blei Weissmann in *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:217 BW, aant. 1.33.

redelijkheid en billijkheid de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij moeten aantrekken. De verrijgingsregel is concreter.⁶⁸

Het zal duidelijk zijn dat slechts een klein deel van de problematiek van de precontractuele fase door artikel 6:212 lid 1 BW kan worden bestreken.⁶⁹ Een plicht tot het hervatten van de onderhandelingen zal, in de regel, niet op de verrijgingsregel gebaseerd kunnen worden.⁷⁰ Hoogstens kan een in de lucht hangende verrijkingsaanspraak reden zijn de onderhandeling nog een kans te geven. Het leerstuk biedt evenmin grondslag voor de vergoeding van het positieve contractbelang gelet op het schadevereiste en het verrijkingsvereiste.⁷¹ Verder is de verrijkingsactie ook een botte bijl als het gaat om kosten die een der contractspartijen heeft gemaakt die niet ten gunste van de wederpartij zijn gekomen.⁷² De verrijking ontbreekt dan. Maar is een van de onderhandelende partijen verrijkt ten koste van zijn wederpartij,⁷³ zonder dat het tot een overeenkomst is gekomen, dan komt artikel 6:212 lid 1 BW zonder meer voor toepassing in aanmerking.

Het ongerechtvaardigdheidsvereiste en het redelijkheidsvereiste verdienen daarbij speciale behandeling.

8.4.2.3 Ongerechtvaardigdheid

Wanneer is een voordeel, verkregen tijdens de onderhandelingsfase, ongerechtvaardigd?

Ten aanzien van het ongerechtvaardigdheidsvereiste kan een betrekkelijk concreet criterium worden gegeven als er sprake is van een *vermogensverschuiving*. Van een ongerechtvaardigde verrijking is sprake indien een toereikende rechtvaardigingsgrond ontbreekt. Hoe moet dit vereiste in de onderhandelingsfase worden ingevuld?

Ruygvoorn heeft als vuistregel gegeven, dat acquisitiekosten die naar verkeersopvatting gebruikelijk zijn voor eigen rekening komen.⁷⁴ Van hieruit betoogt hij dat verrijkingen die voortvloeien uit reguliere acquisitieacti-

68 Nieuwenhuis betoogt dat het verrijkings*beginsel* de precontractuele goede trouw inkleurt. Op de 'actie', zoals die thans in art. 6:212 BW is neergelegd, moet volgens hem geen nodeloos beroep worden gedaan. Zie: Nieuwenhuis 1988, p. 112-115. In mijn optiek loopt de verrijkingsaansprakelijkheid ex 6:212 samen met de algemene precontractuele aansprakelijkheid. Het is, krachtens de normale regelen van samenloop, aan de eiser hoe hij zijn vordering inkleedt.

69 Pannebakker 2016, par. 3.6.

70 In deze zin ook: Y.G. Blei Weissmann in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:217 BW, aant. 1.101.2.1. Helemaal uitgesloten is het echter niet. Het is mogelijk, dat de rechter bij wijze van schadevergoeding in natura de verrijkte een plicht op legt om door te onderhandelen.

71 Vgl. Y.G. Blei Weissmann in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:217 BW, aant. 1.101.2.2-1.101.2.3.

72 Y.G. Blei Weissmann in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:217 BW, aant. 1.101.2.4.

73 De verrijking moet dan – uiteraard – wel goed onderbouwd zijn. Zie voor een geval waar dit niet lukte: Rb. Utrecht 12 september 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX8478, *NJF* 2012/473.

74 Ruygvoorn 2009, p. 115-116.

viteiten van de eiser in beginsel niet ongerechtvaardigd of onverschuldigd zijn.⁷⁵

Naar het resultaat genomen ben ik dit met hem eens. Krijgt de gedaagde door de acquisitieactiviteiten van de wederpartij een voordeel, dan zal er in de regel een rechtvaardigingsgrond voor de daaruit voortvloeiende vermogensverschuiving kunnen worden aangewezen. Ik geef een eenvoudig voorbeeld om dit te adstrueren. Degene die bij de kaasboer of de wijnhandelaar een brok kaas of een slok wijn te proeven krijgt, zal in beginsel niet voor de geproefde kaas en wijn uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking schadevergoeding hoeven te betalen als hij de wijn of de kaas niet wenst te kopen. Het zal gaan om een rechtshandeling die dicht tegen de schenking aanligt, waarbij de aanbieder de potentiële klant niet zozeer wenst te verrijken,⁷⁶ maar hem een proefmonster om niet verschaft om hem tot contracteren te overreden. De verrijking van het verschaffen van een proefmonster is, anders dan bij de schenking, een ingecalculeerd *neveneffect*. Maar net zoals bij een schenking het geval is, is de verrijking van degene die een proefmonster om niet accepteert, niet ongerechtvaardigd omdat de verrijking berust op een rechtshandeling.⁷⁷

Begint een aannemer echter alvast met bouwen, voordat de aannem-overeenkomst met de grondeigenaar 'definitief' is in het vertrouwen dat de overeenkomst definitief zal worden, dan zal niet aangenomen mogen worden dat er een rechtvaardiging voor de verrijking van de grondeigenaar is.⁷⁸ Of de verrijkingsvordering slaagt hangt dan af van de redelijkheidstoets.

In de precontractuele fase kan een verrijking ook op een andere manier intreden dan een vermogensverschuiving. In dit verband kan gedacht worden aan de situatie waarin een afbrekende partij kostbare informatie of know how heeft verkregen van diens wederpartij. Er gaan dan geen vermogensbestanddelen van het ene naar het andere vermogen. Als het, zoals hier, om een verrijking gaat die niet het gevolg is van een vermogensverschuiving tussen de eiser en de gedaagde, dan is het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond voor die verrijking niet een voldoende voorwaarde voor de ongerechtvaardigdheid van die verrijking. Een verrijking die niet het gevolg is van een vermogensverschuiving, is alleen ongerechtvaardigd als in de omstandigheden van het geval een positieve reden van ongerechtvaardigdheid kan worden aangewezen.⁷⁹

75 Ruygvoorn 2009, p. 142-144 en p. 295-299.

76 Zoals art. 7:175 BW de schenking definieert.

77 Ook in andere – ingewikkeldere – gevallen kan een verrijking die tijdens de onderhandeling is opgekomen op een rechtshandeling berusten. Zie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3352 (waarborgsom); Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 juni 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:5400.

78 Vrij naar: HR 18 april 1969, NJ 1969/336, m.nt. G.J. Scholten (Katwijk/Westdijk). Hier strandde, onder het stramen van het oude BW, de verrijkingsaansprakelijkheid.

79 Zie: par. 6.4.3 en par. 6.6.

Bij de verkrijging van informatie zijn die aanknopingspunten wel te vinden. Hoewel niet-openbare informatie geen vermogensrecht is, behoort het de 'bezitter' ervan wel toe, in die zin dat het ontfutselen ervan een onrechtmatige daad kan opleveren.⁸⁰ Krijgt een onderhandelingspartij tijdens de onderhandelingen know how van diens wederpartij in handen en bouwt deze daarop voort, dan kan er wel degelijk een ongerechtvaardigde verrijking voorliggen.⁸¹ Het verkrijgen van waardevolle informatie heeft veel van een vermogensverschuiving weg, zodat de vraag of de gedaagde ongerechtvaardigd is verrijkt, met de *sine causa*-conceptie opgelost kan worden. De bijzondere omstandigheden liggen er dan in, dat de 'overgang' van know how op relevante punten op een vermogensverschuiving lijkt.

Ook voor informatie geldt echter, dat in het kader van de onderhandelingen bepaalde informatie zal moeten worden prijsgegeven. Voor zover het om normale kosten van acquisitie gaat, zal er geen ongerechtvaardigde verrijking voorliggen.

Bepaalde aan de afbrekende partij verschaft inlichtingen kunnen de normale acquisitiekosten echter (ver) te boven gaan. Nieuwenhuis noemt het voorbeeld, waarin een projectontwikkelaar onderhandelt met de gemeente over de ontwikkeling van een industrieterrein.⁸² Wanneer de gemeente aan de projectontwikkelaar vraagt om in het kader van de onderhandelingen een kostbaar bodemonderzoek te doen, dan kan de gemeente aansprakelijk zijn wanneer de gemeente de onderhandelingen afbreekt en het industrieterrein door een derde laat ontwikkelen met gebruikmaking van de gewonnen informatie. Ruygvoorn geeft een vergelijkbaar voorbeeld waarin de gemeente met een partij onderhandelt over de bouw van een zwembad.⁸³ Legt de bouwonderneming een uitgebreid plan voor, op basis van gedetailleerde tekeningen en berekeningen, dan kan de gemeente aansprakelijk zijn uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, wanneer de gemeente de onderhandelingen met de eiser afbreekt en het zwembad door een derde laat bouwen met gebruikmaking van de informatie die de gemeente van de afbrekende partij 'verkregen' heeft.

8.4.2.4 Het redelijkheidsvereiste

Behoren de schadeposten van de eiser niet tot de normale acquisitiekosten of heeft de gedaagde misbruik van de onderhandelings situatie gemaakt, dan ligt er in principe een ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser voor.

80 Zie bijvoorbeeld: C.J.J.C. van Nispen, in: *GS Onrechtmatige daad*, IV.5.2.11 en IV.6.2.18.

81 Zie: Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5625.

82 Nieuwenhuis 1988, p. 114. Nieuwenhuis geeft dit voorbeeld in het kader van zijn visie, dat het verrijkingsbeginsel de precontractuele goede trouw kan inkleuren. Het kan m.i. ook dienen als voorbeeld voor precontractuele aansprakelijkheid op basis van art. 6:212 lid 1 BW.

83 Ruygvoorn 2009, p. 142.

Voldoende voor aansprakelijkheid is dit evenwel nog niet. Schadevergoeding (in het kader van artikel 6:212 lid 1 BW) of waardevergoeding (in het kader van artikel 6:210 lid 2) moet *redelijk* zijn. In het hoofdstuk over het redelijkheidsvereiste is reeds aangegeven wat rechtens is, wanneer de verrijking in meer of mindere mate aan de verrijkte is opgedrongen. In gevallen waar het hier om gaat, moet met name worden gezien of de autonomie van de gedaagde door de verrijkingsaansprakelijkheid op een onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist.⁸⁴ Het uitgangspunt moet zijn, dat iemand niet zomaar aansprakelijk is voor een voordeel dat hem is opgedrongen. Zoals eerder is betoogd, kunnen er echter verschillende aanwijzingen zijn die maken dat aansprakelijkheid voor een dergelijke verrijking de autonomie van de gedaagde niet wezenlijk aantast.⁸⁵

In de precontractuele fase komt er, in mijn optiek, één overkoepelend gezichtspunt bij. Het redelijkheidsvereiste moet mede worden ingekleurd door de grondnorm van de precontractuele fase, dat onderhandelende partijen zich mede moeten laten leiden door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. De eis dat partijen rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen is medebepalend voor de vraag of de autonomie van de gedaagde door een verrijkingsaansprakelijkheid op een onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist.⁸⁶ Dit hangt samen met het feit dat een geval waarin de verrijking is ontstaan in de *onderhandelingsfase*, structureel verschilt van het klassieke geval waarin een schilder het verkeerde huis schildert. In het geval van de verstrooide schilder, komt de verrijking van de huiseigenaar uit de lucht vallen, hetgeen een sterk argument tégen aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking oplevert. In de precontractuele fase liggen de zaken subtieler omdat de verrijking veelal in enigerlei verband met het voorwerp van de onderhandelingen zal staan. Om die reden zal schadevergoeding voor die verrijking minder snel onredelijk zijn.

Om bij het voorbeeld van de schilder te blijven: gedacht kan worden aan de schilder die tijdens de onderhandelingen in de onjuiste veronderstelling is komen te verkeren dat hij de schilderklus voor € 2.000 had gekregen. Indien er in het geheel geen overeenkomst tot stand is gekomen, kan de vraag rijzen of de huiseigenaar een verrijkingsvordering tegen zich moet laten gelden. De huiseigenaar kan de schilder niet zomaar tegenwerpen dat hij een bestedingspatroon opgedrongen heeft gekregen, wanneer hem voorghouden wordt, dat hij – in plaats van de totale contractprijs van € 2.000 – uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking de schade van de schilder van

84 Van der Linden 2013, p. 18-20.

85 Zie par. 7.6 Zie par. 5.3.6-5.3.10. De verplichting, zo is daar betoogd, tot het betalen van een verrijkingsrechtelijke schadevergoeding is veelal niet onredelijk indien: i) de verrijking liquide is (geworden), ii) schadevergoeding in natura mogelijk is, iii) de gedaagde door het verrijkingsfeit noodzakelijke kosten heeft bespaard, iv) de verrijkte op het verregen voordeel heeft voortgebouwd of v) als de gedaagde de verrijking heeft laten ontstaan of als er vi) andere, bijzondere, omstandigheden zijn.

86 Elders: Van der Linden 2013, p. 20.

€ 1.600 – de kostprijs – verschuldigd is.⁸⁷ De onderhandelingscontext maakt dat schadevergoeding tot het bedrag van de verrijking niet onredelijk is.⁸⁸ Met de aansprakelijkheid ten belope van de schade van de schilder (*grosso modo* de kostprijs van het schilderwerk) wordt een evenwicht bereikt tussen het belang van de huiseigenaar (die een zo laag mogelijke prijs wil) en de schilder (die mogelijk niet de volle ‘brokken’ behoort te dragen van een fout in de communicatie).

In een zaak als *Katwijk/Westdijk* zal thans de vordering op grond van onverschuldigde betaling moeten slagen.⁸⁹ Nadat Westdijk informeel overeenstemming had bereikt over de uitbaggering van de Berghaven te Katwijk, begon hij met de baggerwerkzaamheden. Hoewel het college van B&W nog toestemming moest verlenen, was Westdijk al met de baggerwerkzaamheden begonnen onder aansporing van de directeur gemeentewerken. Op het moment dat het werk al voor een belangrijk deel was voltooid, gunde de gemeente het werk aan een andere partij en weigerde betaling. Westdijk ageerde op grond van ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling. De Hoge Raad wees zowel de verrijkingsaanspraak als de vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling af. De verrijkingsactie, omdat het oude recht nog geen algemene verrijkingsvordering kende, de onverschuldigde betaling omdat deze – destijds – niet gebruikt mocht worden voor gevallen zoals deze.

De vordering moet – in mijn optiek – naar huidig recht worden toegewezen. Omdat de gemeente ervan moet hebben geweten dat Westdijk begonnen was, had de gemeente – om aansprakelijkheid te ontlopen – Westdijk moeten tegenhouden. De gemeente heeft de gerechtvaardigde belangen van

87 Een gelijkkluidend oordeel gaf het gerechtshof te Amsterdam, te kennen uit: HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3195, *NJ* 2015/448 (Muradin/Waaijer B.V.). Het ging om de plaatsing van raamkozijnen in het kader van uitgebreidere bouwwerkzaamheden. Toen de eiser er niet in slaagde de opdracht voor het plaatsen van de raamkozijnen hard te maken, wees het hof schadevergoeding toe op grond van 6:212 lid 1 BW. De Hoge Raad casseert op twee punten. Niet omdat een verrijkingsvordering in een geval als dit niet aan de orde kan zijn, maar omdat het hof – ten onrechte – de rechtsgronden van de eisende partij heeft aangevuld (deze had alleen nakoming gevorderd en niet geageerd op grond van ongerechtvaardigde verrijking) en anderzijds omdat het hof bij de verrijkingsclaim niet de stelling van de gedaagde betrokken heeft, dat hij niet meer dan € 16.000 wilde betalen (het hof wees een kleine € 50.000 toe).

88 In mijn optiek levert toepassing van de onverschuldigde betalingsregel uit 6:210 lid 2 BW overigens geen ander resultaat op. Weliswaar is er in dit kader geen schade vereist, maar het lijkt mij niet redelijk als de schilder de volle marktwaaarde vergoed krijgt (die heel wel rond de gevraagde € 2.000 kan liggen). Met de aansprakelijkheid ten belope van de schade van de schilder (*grosso modo* de kostprijs van het schilderwerk) wordt een evenwicht bereikt tussen het belang van de huiseigenaar (die een zo laag mogelijke prijs wil) en de schilder (die niet de volle ‘brokken’ behoort te dragen van een fout in de communicatie). Zou de huiseigenaar de volle mep moeten betalen, dan zou hij aangetast worden in zijn autonomie omdat hem dan een ongewenste besteding wordt opgedrongen.

89 HR 18 april 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC4925, *NJ* 1969/336, m.nt. G.J. Scholten (*Katwijk/Westdijk*).

Westdijk veronachtzaamd, door hem enerzijds zijn gang te laten gaan en hem anderzijds de opdracht niet te gunnen.⁹⁰ Hierdoor kan de gemeente Katwijk niet meer met succes het verweer voeren dat verrijkingsaansprakelijkheid 'niet redelijk' is in de zin van artikel 6:210 lid 2 of artikel 6:212 lid 1 BW.

8.4.2.5 *Het belang van de uitgangspunten van de onderhandeling*

Naast de grondnorm van de precontractuele fase kunnen ook de uitgangspunten van de onderhandeling een rol spelen bij de beoordeling van de toewijsbaarheid van een verrijkingsaanspraak. Als de verrijkte in de onderhandelingsfase zijn budget kenbaar heeft gemaakt, dan zal de verrijkingsaansprakelijkheid daar – in beginsel – niet bovenuit mogen gaan. Gebeurt dit wel, dan wordt de verarmde een bestedingspatroon opgedrongen. Deze vuistregel is af te leiden uit het arrest *Muradin/Waaijer*.⁹¹

Waaijer plaatst ramen en gevelkozijnen in het huis van Muradin. Dit gebeurt in het kader van meer omvattende bouwwerkzaamheden. Muradin betoogt echter, dat hij nooit opdracht tot het plaatsen van de ramen en kozijnen gegeven heeft en weigert de facturen te voldoen. Het hof acht inderdaad niet bewezen dat er een overeenkomst tussen Waaijer en Muradin tot stand is gekomen met die strekking. Het hof wijst de verrijkingsactie wel toe. Het begroot de aansprakelijkheid op € 40.505,58.

In cassatie betoogt Muradin echter, dat het hof niet in zijn beoordeling heeft betrokken dat hij slechts € 16.000 aan de kozijnen wenste te besteden en dat Waaijer hiervan wist. Het middel is gegrond.⁹²

'Het hof heeft de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking niet kunnen toewijzen zonder op deze stelling in te gaan. Indien gegrond, kan deze immers meebrengen dat een schadevergoeding boven het bedrag van € 16.000,-- niet redelijk in de zin van [...] art. 6:212 BW is.'

De Hoge Raad formuleert het voorzichtig. Het budget dat door de verarmde is genoemd 'kan' meebrengen dat schadevergoeding boven dat bedrag niet redelijk is. In sommige gevallen kan getwijfeld worden in verband met de gerechtvaardigde belangen van de verarmde partij.

Gedacht kan worden aan een geval waarover de kantonrechter te Middelburg te oordelen kreeg.⁹³ De gedaagde brengt zijn auto naar de garage met het verzoek hem te informeren wanneer de reparatie boven de € 2.000 zal uitstijgen. De eiser repareert de auto en zendt een factuur van meer dan € 4.000. De gedaagde weigert te betalen omdat hij voor een dergelijke prijs geen toestemming gegeven heeft. In rechte spreekt de eiser de gedaagde

90 In gelijke zin: H.C.F. Schoordijk 1996, p. 865. Hij schrijft: 'Mij dunkt dat dit arrest na Plas/Valburg (NJ 1983,723) niet meer zo gewezen zou worden [...]'.
91 HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3195, NJ 2015/448 (Muradin/Waaijer B.V.).

92 R.o. 3.5.3.

93 Rb. Middelburg 20 juli 2011, ECLI:NL:RBMID:2011:BT5885, NJF 2011/462.

aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. De kantonrechter wijst de vordering toe tot een bedrag van € 2.500 omdat de auto met dat bedrag in waarde gestegen is. Tegen een aansprakelijkheid van € 2.500 pleit dat de gedaagde zijn grens op € 2.000 had gesteld. Vóór aansprakelijkheid tot € 2.500 pleit dat de marktwaarde van de reparatie (zo lijkt het) veel hoger lag en dat dit bedrag niet heel ver boven de afgesproken som ligt. In dit verband is het mogelijk relevant, dat het voor een garagehouder niet altijd eenvoudig in te schatten zal zijn wat een reparatie zal kosten. Het gerechtvaardigde belang van de garagehouder kan dan mogelijk meebrengen, dat de gedaagde tot een hoger bedrag wordt veroordeeld dan wat hij aan de auto wilde uitgeven.

Er zijn gevallen waarin het gerechtvaardigde belang van de verrijkte gedaagde meebrengt dat de verrijkingsaansprakelijkheid geheel moet worden afgewezen. Illustratief is de volgende Franse casus. De gedaagde, een consument, wil een offerte voor de reparatie van een antenne en geeft om die reden de antenne af aan de onderneming van de eiser.⁹⁴ De eiser doet meer dan het maken van een kostenraming en repareert de antenne van de gedaagde. Kan de eiser, bij ontstentenis van een overeenkomst, de gedaagde aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking (of onverschuldigde betaling)? De *cour de cassation* wijst aansprakelijkheid af, omdat de reparateur zijn verarming aan zichzelf te wijten heeft. Dit lijkt mij terecht. Voor een voor de reparateur milder oordeel is alleen plaats als het niet duidelijk is geweest wat de consument precies bedoelde.

8.4.2.6 *Het belang van de bijzonderheden van het geval*

Ook subtielere omstandigheden zouden de omvang van de verrijkingsaansprakelijkheid kunnen beperken. Wordt, zoals hier betoogd, aanvaard dat de grondnorm van de precontractuele fase (dat partijen rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen) een rol speelt bij de toepassing van de verrijkingsactie, dan is er bijvoorbeeld een kanttekening te maken bij het *Subway*-arrest.⁹⁵

Subway heeft, gedurende de onderhandelingen met Credit Suisse, het bedrijfspand gedurende de onderhandelingsfase elf maanden gebruikt, zonder dat zij hiervoor betaalde. Voor dit gebruik blijkt Subway aansprakelijk uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. De vraag kan echter worden gesteld, of het wel reëel is om van Subway – achteraf, wanneer de onderhandelingen zijn mislukt – te vragen de volle huur te betalen die zij eerder aan Eazie betaalde. Of dit redelijk is, zal in mijn optiek afhangen van de omstandigheden van het geval. Als Credit Suisse al die tijd geen betaling gevorderd heeft, dan kan dit stilzitten een verrijkingsactie achteraf deels onredelijk

94 G. De Geest, B.W.F. Depoorter, J. Haas (e.a.), 'Cass. fr. 15.12.1998, Enrichissement Sans Cause', ERP 2000/4, p. 613-688. Over deze zaak ook Schrage: Schrage 2002, p. 651.

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

maken. Enerzijds ‘zit’ een huurder minder lekker als hij er ten aller tijden uitgezet kan worden. Anderzijds had Credit Suisse er ongetwijfeld belang bij dat Subway, hangende de onderhandelingen, in het pand zou blijven zitten. Een leegstaand pand is niet goed voor de huurprijs.

8.4.3 Dienen andermans belang

8.4.3.1 *Algemeen*

Bij de precontractuele aansprakelijkheid gaat het om gevallen waarin, in weerwil van de onderhandelingen, géén overeenkomst tot stand is gekomen. Bij de materie die nu aan bod komt, gaat het om situaties waarin de onderhandelingen, om uiteenlopende redenen, achterwege zijn gebleven. Dit is het domein waar onder andere het leerstuk van de zaakwaarneming opereert. Zonder daartoe strekkende overeenkomst kan de zaakwaarnemer gerechtigd zijn de schade (zoals de door de zaakwaarnemer gemaakte kosten) op de belanghebbende te verhalen.⁹⁶ Handelt de zaakwaarnemer in de uitoefening van een beroep of bedrijf, dan heeft hij zelfs – voor zover dit redelijk is – recht op een marktconforme vergoeding.⁹⁷ Tevens scheppen omstandigheden die de behartiging van andermans belang rechtvaardigen een vertegenwoordigingsbevoegdheid om in naam van de belanghebbende rechtshandelingen te verrichten.⁹⁸

Kenmerkend voor de figuur van de zaakwaarneming is, zoals we reeds hebben gezien, dat de belanghebbende aansprakelijk kan zijn voor de schade – of zelfs een redelijk loon – wanneer de zaakwaarneming niet het gewenste effect heeft of als de belanghebbende anderszins niet door de zaakwaarneming is gebaat. Daarom is er niet zomaar sprake van zaakwaarneming. Vereist is dat de zaakwaarnemer (1) willens en wetens, (2) op basis van een redelijke grond (3) het belang van een ander heeft behartigd (4) zonder dat de bevoegdheid voortvloeit uit een wet of rechtshandeling. Als er niet aan de vereisten van de zaakwaarneming is voldaan – of als dit *onzeker* is – dan kan de vraag rijzen, of degene die de belangen van de ander heeft waargenomen een aanspraak heeft op grond van ongerechtvaardigde verrijking.

8.4.3.2 *Geen redelijke inmengingsgrond*

Een belangrijke klip waar aansprakelijkheid op grond van zaakwaarneming op kan stranden, is de afwezigheid van een redelijke inmengingsgrond. Op het eerste gezicht lijkt deze eis vergelijkbaar met het redelijkheidsvereiste van artikel 6:212 lid 1 BW op grond waarvan iemand alleen voor een ongerechtvaardigde verrijking schadevergoeding verschuldigd is ‘voor zover dit

96 6:200 lid 1 BW.

97 6:200 lid 2 BW.

98 6:201 BW.

redelijk is'.⁹⁹ Toch zal de redelijkheidseis die gesteld is aan de zaakwaarneming strenger zijn dan het redelijkheidsvereiste van artikel 6:212 lid 1 BW. Dit heeft ermee te maken, dat de aansprakelijkheid op grond van zaakwaarneming óók kan ontstaan als de belanghebbende niet is gebaat en voorts met het feit dat de belanghebbende zelfs aansprakelijk kan zijn voor een redelijk loon. In het kader van de verrijkingsactie is de omvang beperkt tot maximaal het laagste bedrag van de verrijking en de schade. Daarom kan het zo zijn, dat een vordering op grond van zaakwaarneming niet haalbaar is bij gebrek aan een redelijke inmengingsgrond, terwijl een verrijkingsaansprakelijkheid wel 'redelijk' kan zijn in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW.¹⁰⁰

Een casus uit de oorlogsjaren kan dit illustreren. Ten tijde van de bezetting bracht een Duitse – en dus vijandige – reder een zwaar gehavende, uit Frankrijk afkomstige, sleepboot bij een werf.¹⁰¹ De laatste besloot te treuzelen met de reparatie teneinde het schip zo lang mogelijk uit Duitse handen te houden. Eerst na de bevrijding ving de werf met de reparaties aan, zodat de rechtmatige eigenaar – Lloyd – haar schip in goede staat terugzag. De werf beriep zich met succes op zaakwaarneming en kreeg de gemaakte kosten terug.

In mijn optiek is het twijfelachtig of een vordering op grond van zaakwaarneming naar huidig recht moet slagen voor zover het gaat om de reparaties die ná de bevrijding hebben plaatsgevonden.¹⁰² Daarvoor lijkt immers geen noodzaak te hebben bestaan. Is dit laatste het geval, dan gaat aansprakelijkheid op grond van zaakwaarneming te ver. Dit zou namelijk betekenen dat de werf Lloyd kan aanspreken om een redelijk loon te betalen ongeacht de vraag of Lloyd is verrijkt. Het lijkt mij echter alleszins redelijk indien Lloyd de schade van de werf moet vergoeden voor zover hij door de reparaties is verrijkt. Verrijkingsaansprakelijkheid brengt de belangen van Lloyd en de werf in evenwicht. Hier zien wij heel duidelijk de ventiefunctie. Het bestaan van de algemene verrijkingsactie maakt het mogelijk om – met behoud van een aanvaardbaar resultaat – de eis van een redelijke inmengingsgrond streng op te vatten.

In dit verband kan ook gedacht worden aan situaties waarin iemand andermans schuld betaalt. Van een redelijke inmengingsgrond zal dan lang niet altijd sprake zijn. Maar dit betekent niet dat ook verrijkingsaansprakelijkheid daarmee onredelijk is. Integendeel, voor zover de gedaagde door de betaling van de eiser is verrijkt zal aansprakelijkheid op grond van artikel 6:212 lid 1 BW in beginsel op zijn plaats zijn.

99 In deze zin: Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Vriesendorp), nr. 327.

100 Vgl. Schoordijk 1988, p. 23-26.

101 HR 10 december 1948, NJ 1949/122 (Lloyd Rhenan/Terneuzense Scheepsbouwmaatschappij).

102 Schoordijk merkt op dat de Hoge Raad in dit geval 'mild' heeft geoordeeld. Schoordijk 1988, p. 43.

Illustratief is het volgende geval.¹⁰³ De gedaagde koopt een partij cosmetica bij het Taiwanese bedrijf Tiss Union Enterprise Co. Ltd (Tiss) voor een bedrag van \$ 30.812,50. De eiser regelt het vervoer en maakt daarbij een fout. Ze geeft de zending af aan de gedaagde, zonder dat de gedaagde het cognossement heeft gepresenteerd. De gedaagde kon – vermoedelijk – het cognossement niet laten zien, omdat zij niet aan Tiss betaald heeft. Ook na de ontvangst van de zending betaalt de gedaagde niet aan Tiss. Daarop spreekt Tiss de eiser aan, omdat deze de zending heeft afgeleverd zonder inname van het cognossement. De eiser betaalt de koopsom aan Tiss en spreekt de gedaagde vervolgens aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. De vordering slaagt. Er zal in mijn optiek – bij ontstentenis van een redelijke inmengingsgrond in de zin van artikel 6:198 BW – geen sprake van zaakwaarneming zijn, maar doordat de eiser de schuld van de gedaagde heeft voldaan, slaagt de verrijkingsactie, voor zover de gedaagde door de betaling is verrijkt.

Betaling van andermans schuld kan echter leiden tot een doorkruising van de autonomie van de gedaagde.¹⁰⁴

8.4.3.3 *Geen communicatie of miscommunicatie*

Van de zaakwaarneming wordt wel gezegd, dat het belang ervan tanende is, omdat iedereen tegenwoordig haast op afroep beschikbaar is dankzij de moderne communicatiemiddelen. Dit neemt niet weg, dat het kan voorkomen dat iemand zich het belang van een ander heeft aangetrokken, terwijl hij tegelijkertijd ‘tekort’ is geschoten om in contact met de belanghebbende te komen. De techniek schrijdt voort, de menselijke natuur is onverbeterlijk.

Als dit laatste het geval is, dan kan het betekenen dat de kandidaat-zaakwaarnemer geen redelijke grond voor de inmenging had omdat de belanghebbende gewoon bereikbaar was. In die gevallen kan het echter te rigoureus zijn als de quasi-zaakwaarnemer volledig met zijn schade blijft zitten. Ook hier kan de verrijkingsactie de belangen van de ‘zaakwaarnemer’ en de ‘belanghebbende’ in evenwicht brengen. De quasi zaakwaarnemer krijgt zijn schade vergoed, voor zover de belanghebbende door zijn optreden daadwerkelijk is verrijkt en er voorts van een opgedrongen bestedingspatroon geen sprake is. Het risico van het uitblijven van het gewenste positieve resultaat drukt dan op de pseudo-zaakwaarnemer die tekortgeschoten is in de communicatie.

Het volgende voorbeeld kan illustreren waar het in dit soort gevallen om kan gaan. Boer Slits koopt een vleeskuikenbedrijf om aldaar een varkensfokkerij te vestigen.¹⁰⁵ Bij de graafwerkzaamheden stuit hij echter op verontreinigde grond. In mei 2011 laat hij 1.328,98 ton grond door Grondbank afvoeren en opslaan voor € 5.382,36. Bij brief van 4 december 2001 laat de

103 Hof Den Haag 26 november 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:4911, *NJF* 2014/104.

104 Zie par. 7.6.3 en 7.7.2.

105 Hof Den Bosch 20 januari 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BJ3091, *NJF* 2009/284.

Grondbank Slits weten dat de grond ‘niet toepasbaar conform het Bouwstoffenbesluit’ is. In dezelfde brief geeft de Grondbank aan dat zij de grond voor f 95 per ton kan verwerken. Daarbij zullen de eerdere opslagkosten gedebiteerd worden. Boer Slits laat niets van zich horen. Op 31 december 2001 krijgt Slits de factuur. Slits reageert noch op de brief noch op de factuur. Kort na 31 december 2001 is de grond door Grondbank gesaneerd.

Het is twijfelachtig of hier voldaan zou zijn aan de vereisten van zaakwaarneming. De verrijkingsactie van Grondbank slaagt echter. Slits is verrijkt doordat hij van de verontreinigde grond af is en verder is er geen rechtvaardigingsgrond voor deze verrijking, omdat – zoals het hof vaststelde – de overeenkomst tussen Slits en Grondbank alleen zag op het afvoeren van de grond.¹⁰⁶ De aansprakelijkheid is ook niet onredelijk. Er moest iets met de grond gedaan worden, terwijl boer Slits door de brieven in de gelegenheid is gesteld om het probleem op een andere manier op te lossen.

8.4.3.4 Andermans belang wordt en passant behartigd

Voor een geslaagd beroep op zaakwaarneming is vereist, dat de zaakwaarnemer het belang van de belanghebbende willens en wetens behartigd heeft. Het kan zich voordoen dat iemand zijn eigen belangen behartigt, terwijl dit handelen *en passant* een ander ten goede komt. Iemand bouwt een dijk, waarmee niet alleen zijn eigen huis wordt beschermd tegen de zee, maar ook dat van de burens, die echter weigeren aan de dijk mee te betalen.¹⁰⁷ Heeft de eiser een juridisch middel om de burens aan te spreken om bij te dragen aan de dijk?

Van zaakwaarneming zal (vermoedelijk) geen sprake zijn. In het voorbeeld is enerzijds duidelijk dat de gedaagde niet wil betalen voor de dijk, zodat een grond van inmenging zal ontbreken en anderzijds heeft de eiser, met de bouw van de dijk, vooral zijn eigen belang op het oog. Het is slechts een neveneffect van de bouw van de dijk, dat het belang van de burens *en passant* wordt behartigd.

Heeft de eiser wél een verrijkingsaanspraak jegens de gedaagde als kan worden aangenomen dat de bescherming door de dijk een zekere vermogenswaarde vertegenwoordigt? Veelal wordt aangenomen, dat aansprakelijkheid van de gedaagde in een geval als dit ontbreekt, omdat er geen sprake is van een ongerechtvaardigde verrijking. Dit lijkt mij in beginsel juist. Omdat er géén vermogensverschuiving tussen de eiser en de gedaagde heeft plaats gevonden, is het enkele ontbreken van een rechtvaardigingsgrond niet genoeg om van een ongerechtvaardigde verrijking te spreken.¹⁰⁸ *Prima facie* moet de verrijkingsactie dus worden afgewezen. Er moet – naast het

106 R.o. 4.14.

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

108 Birks ziet in dit soort gevallen een *gift* – ‘...although possibly not warmly wished’ – als ‘explanatory basis’ van de verrijking. Birks 2005, p. 158.

ontbreken van een rechtvaardigingsgrond – iets ‘bijzonders’ aan de hand zijn, die de verrijking ongerechtvaardigd doet zijn. Heeft de eiser uit voorzichtigheid de dijk gebouwd, dan lijkt mij aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking van de burens uitgesloten. De burens hoeven niet mee te betalen aan de zwakke zenuwen van de eiser.

Maar wat is rechtens, als de noodzaak om de dijk te bouwen substantieel is, bijvoorbeeld omdat de zee eens in de tien jaar het land doet overlopen en alles beschadigd achterlaat? Denkbaar is, dat de gedaagde niet wenst bij te dragen, omdat hij weet dat de eiser het wel zal doen omdat de laatstgenoemde zwakke zenuwen heeft of een groot belang om zijn goed te beschermen. De omstandigheid die de verrijking van de gedaagde dan ongerechtvaardigd kunnen maken, zou gevonden kunnen worden in het misbruik van de positie of de zwakke zenuwen van de eiser. Zoals een overeenkomst die onder invloed van misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen vernietigbaar kan zijn, zo kan het misbruik dat besloten ligt in de *weigering* om samen te werken, een quasi contractuele verrijkingsactie rechtvaardigen.¹⁰⁹ De gedachte dat niemand behoort te profiteren van zijn onereuze gedrag kan de verrijking van de gedaagde ongerechtvaardigd doen zijn.

Een minder dramatisch, maar een aanmerkelijk meer voorkomend geval is dat waarin een eigenaar van een bungalow die deel uitmaakt van een vakantiepark – anders dan het merendeel van de bewoners van het park – weigert bij te dragen in de kosten van de algemene parkvoorzieningen (gedacht kan worden aan de groenvoorzieningen, onderhoud van de wandelpaden, aanvoer van water en elektra, de afvoer van vuil, enzovoorts). Een dergelijke situatie kan zich voordoen, wanneer de oorspronkelijke exploitant van het park failliet gaat en – bijna – alle overige bewoners de kosten van de voorzieningen gezamenlijk op zich nemen. In de rechtspraak wordt in dat soort gevallen wel aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking aangenomen om degene die níét wensen mee te betalen tot een bijdrage te dwingen.¹¹⁰

Ook hier is er géén sprake van een verrijking die het gevolg is van een vermogensverschuiving tussen de eisers (de coöperatieve bewoners) en de gedaagden (de bewoners die niet wensen bij te dragen). Het enkele ontbreken van een rechtvaardigingsgrond levert derhalve geen ongerechtvaardigde verrijking op. Voor de conclusie dat de verrijking ongerechtvaardigd is, zijn er bijzondere omstandigheden vereist die de verrijking ongerechtvaardigd doen zijn. In dit geval is er sprake van een verrijking die, zo zou kunnen worden betoogd, buiten de normale gang van zaken ligt; er is sprake van een *onregelmatige verrijking*. Zoals iemand niet eenzijdig de gemeentebelasting

109 Vgl. Friedmann 2003, p. 850.

110 Zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem 2 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX9890, NJF 2012/475; Rb. Midden-Nederland 4 maart 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:1377, NJF 2015/187. De aanspraak wordt ook wel geënt op de redelijkheid en billijkheid. Zie: Hof 's-Gravenhage 6 november 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY2904, NJF 2012/517; Hof 's-Hertogenbosch 9 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2084, NJF 2015/338.

kan ontwijken doordat hij alles zelf regelt, zo moet een bungaloweigenaar dat ook niet kunnen doen ten aanzien van noodzakelijke parkvoorzieningen. Dit wordt versterkt als vóór het faillissement van de eventuele exploitant van de voorzieningen, alle parkbewoners een contractuele verplichting jegens de exploitant hadden. Het faillissement van de exploitant levert dan een 'toevallige' mogelijkheid op, om de parklasten te ontlopen. Deze bijzondere omstandigheden kunnen de verrijking van een niet coöperatieve bungalowbewoner ongerechtvaardigd maken.

Er is echter een grens aan de mogelijke verrijkingsaansprakelijkheid. Gaat het om voorzieningen die niet noodzakelijk zijn (tennisbanen, midget-golf mogelijkheden, enzovoorts) dan lijkt mij een verrijkingsaansprakelijkheid – als er geen andere relevante omstandigheden zijn – twijfelachtiger. In andere gevallen kan men ook niet zulk soort luxe worden opgedrongen. Verrijkingsaansprakelijkheid lijkt mij in beginsel passend, voor uitgaven die noodzakelijk zijn (nutsvoorzieningen) of waarvan iedere bewoner 'automatisch' profiteert zoals de groenvoorzieningen en de paden.

8.4.3.5 Communicatie leidt tot verrijking

In de derde plaats is er tenminste één geval, waarin het contact niet zozeer problematisch is omdat de belanghebbende *onbereikbaar* is, maar omdat de attendering zelf een marktwaarde heeft.

Een genealoog stelt de gedaagde in kennis dat hij erfgenaam is van een nader te noemen erflater en stelt voor om hem – tegen betaling – nadere gegevens te verstrekken.¹¹¹ De gedaagde slaat het aanbod af en gaat op basis van deze informatie zelf op onderzoek uit en slaagt erin de erfenis te vinden. De vraag rijst, of de gedaagde op grond van zaakwaarneming of ongerechtvaardigde verrijking een vergoeding kan verkrijgen voor zijn inspanningen.

In Duitsland wordt de vordering uit zaakwaarneming afgewezen, omdat niet kan worden gezegd, dat de geslachtskundige het belang van de ander op het oog heeft maar enkel en alleen zijn eigen belang.¹¹² In Nederland zou een beroep op zaakwaarneming op dezelfde grond stranden; zaakwaarneming is 'het zich willens en wetens (...) inlaten met de behartiging van eens anders belang'. Zou dit anders zijn, dan zou de geslachtskundige zelfs recht hebben op een honorarium als de gevonden erflater enkel schulden nalaat.¹¹³ Voor een succesvol beroep op de verbintenis uit zaakwaarneming is immers niet vereist dat de belanghebbende door de zaakwaarneming is gebaat.

Kan de geslachtskundige de erfgenaam met succes aanspreken op grond van ongerechtvaardigde verrijking? Zwolve, die het betitelt als een zot voorbeeld, meent van niet, omdat de verrijking in zijn ogen niet ongerechtvaar-

111 Zie hierover ook: Bregstein 1948, p. 240; Schrage 2005, p. 819; Zwolve 1995, p. 162, voetnoot 46; Koolhoven 2011, p. 326-327. Deze passage is ontleend aan eerder werk, zie: T. van der Linden 2013, p. 16-17.

112 Bundesgerichtshof (Duitsland), 23 september 1999, NJW 2000, 72.

113 Vgl. art. 6:200 lid 2 BW.

digd is: de verrijking, zo meent hij, berust op Boek 4 BW.¹¹⁴ De verrijking is echter niet zozeer gelegen in de erfenis, maar in de diensten verricht door de genealoog. De vraag is dus of deze verrijking ongerechtvaardigd is, en zo ja, of schadevergoeding redelijk is.

Moet een beroep op de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking worden afgewezen omdat de geslachtsdeskundige zijn kennis aan de erfgenaam heeft opgedrongen? Ik neig ernaar deze vraag ontkennend te beantwoorden. In de eerste plaats is de autonomie van de erfgenaam niet wezenlijk aangetast. Integendeel, hij heeft dankbaar van de – kostbare – informatie gebruik gemaakt. In de tweede plaats zou ik een begin van een analogie willen ontlenen aan de regeling van de positie van de eerlijke vinder (artikel 5:10 lid 2 BW): degene die een zaak van een ander vindt, heeft recht op een redelijke beloning. Het feit dat de vinder er zijn beroep van maakte doet hier niets aan af, zo leerde de Hoge Raad in *Transvermij/Graphé*-arrest.¹¹⁵ Waaron zou een andere regel gelden voor degene die beroepsmatig opengelaten erfenissen opdiept?

8.4.4 Gebruik andermans zaak of recht

8.4.4.1 Algemeen

Wanneer iemand zonder rechtvaardigingsgrond andermans zaak of recht gebruikt, dan heeft de gedaagde daarmee ten koste van de eiser iets van waarde genoten waarvoor over het algemeen gecontracteerd pleegt te worden. Voor niets gaat de zon op.

Naast het atypische geval van het eerder besproken *Subway*-arrest, kunnen er grofweg twee typen gevallen worden onderscheiden waarin de verrijkingsvordering een rol van betekenis kan spelen. In de eerste plaats kan het gaan om situaties waarin iemand – *onbevoegd*, zonder toestemming van de rechthebbende – andermans zaak of recht gebruikt.¹¹⁶ Dit soort gevallen komen in deze paragraaf aan de orde. In de tweede plaats kan het gaan om een gebruiksvergoeding in de *slipstream* van een vernietigde of ontbonden overeenkomst. Het gebruik is dan niet zozeer onbevoegd, maar aan het gebruik komt de legitimatie nadien als het ware te ontvallen. Gedacht kan dan worden aan een geval waarin een koopovereenkomst is vernietigd of ontbonden, waarbij de koper tijdens de contractperiode de zaak tot zijn

¹¹⁴ Zwalve 1995, p. 162 voetnoot 46.

¹¹⁵ HR 25 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2178, NJ 1998/16, m.nt. H.J. Snijders (*Transvermij/Graphé*). Eenzelfde analogie wordt getrokken door Koolhoven. Zie Koolhoven 2011, p. 326-327.

¹¹⁶ Zie bijvoorbeeld: Rb. Oost-Brabant 8 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:2854, NJF 2016/348. Het ging in dit vonnis om het onbevoegde gebruik van andermans meerpalen. De verrijkingsactie werd afgewezen, omdat de eiser niet hard kon maken dat hij schade had geleden.

beschikking heeft gehad.¹¹⁷ Deze gevallen komen in paragraaf 8.5.4.3 aan de orde, waarin wordt onderzocht hoe de verrijkingsactie de reguliere contractuele remedies kan aanvullen. Het onderscheid is van belang, omdat de verschillende situaties een andere afweging vereisen.

In deze paragraaf gaat het dus om gevallen waarin iemand onbevoegd gebruik maakt van andermans zaak.¹¹⁸ Bezien wij het gebruik van andermans zaak of de inbreuk op andermans recht in het licht van de vereisten van de algemene verrijkingsactie, dan ontstaat het volgende beeld. Van een verrijking zal sprake zijn, indien het gebruik van de zaak of het recht in de omstandigheden van het geval een marktwaarde vertegenwoordigt.¹¹⁹ Is de verrijking van de gedaagde eenmaal vastgesteld, dan zal deze ten koste van de eiser zijn gegaan. Het verband tussen de verrijking en de eventuele schade bestaat erin, dat de gedaagde een zaak of recht heeft gebruikt of geëxploiteerd dat tot het vermogen van de eiser behoort.

Het ontbreken van een tot het gebruik strekkende contractuele relatie tussen de gebruiker en de rechthebbende zal veelal tot gevolg hebben dat een rechtvaardigingsgrond voor het gebruik of de exploitatie ontbreekt. Leidt dit automatisch tot een ongerechtvaardigde verrijking? Dit is in de regel het geval.¹²⁰ Weliswaar is er geen daadwerkelijke vermogensverschuiving in die zin dat er vermogensbestanddelen van het ene naar het andere vermogen zijn verschoven – zodat het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond een noodzakelijke maar geen voldoende voorwaarde is voor een positief ongerechtvaardigdheidsoordeel¹²¹ – maar de situatie is wel met een vermogensverschuiving op één lijn te stellen omdat het gebruik en/of de exploitatie van een recht de rechthebbende exclusief toekomt. Omdat het gebruiken/-exploiteren van andermans recht met een vermogensverschuiving op één lijn te stellen is, maakt het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond de verrijking die in het onbevoegde gebruik besloten ligt ongerechtvaardigd.¹²²

117 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 419 en 476 (vernietiging en onverschuldigde betaling), nr. 473 (ontbinding); M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 6.2. Koolhoven 2011, p. 53-54 en p. 310 en 311. Zie: Hof Arnhem 23 november 2004, ECLI:NL:GHARN:2004:AV1205, NJF 2006/66. Deze zaak ging over een gebruikte Audi tijdens een later ontbonden overeenkomst.

118 Zie daarover ook bijvoorbeeld: Linssen 2001, p. 481 e.v. en 589-591; Damminga 2014, p. 217 e.v.

119 Soms is twijfel op zijn plaats. Iemand leent de fiets van zijn vader uit aan een vriend, om samen het uitgaansleven van Amsterdam te verkennen. In die context zal het gebruik van de fiets minder snel een marktwaarde vertegenwoordigen en zal de vader geen verrijkingsactie hebben.

120 Damminga 2014, p. 227.

121 Zie: par. 6.4.3 en par. 6.6.

122 Toch wordt een verrijkingsaanspraak in de lagere rechtspraak allerm minst automatisch toegewezen. Zie bijvoorbeeld: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:11006.

Is de gedaagde door het gebruik ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van de eiser, dan is zijn aansprakelijkheid jegens de eiser echter allerm minst gegeven. De eiser moet *schade* hebben geleden.

8.4.4.2 *Lijdt de eiser schade?*

Soms zal het zonder meer duidelijk zijn dat de eiser schade heeft geleden. Dit is het geval als hij door de inbreuk van de gedaagde zelf niet in staat is geweest om zijn zaak of recht op een door hem gewenste wijze te gebruiken en/of te exploiteren. De rechthebbende loopt dan omzet mis of ziet zich genoodzaakt om bijvoorbeeld een vergelijkbare zaak van een ander te huren. De zaak kan voorts gedurende het gebruik in waarde zijn gedaald: auto's en laptops moeten relatief snel worden afgeschreven. Deze gevallen worden hierdoor gekenmerkt, dat de eiser concrete schade heeft geleden.

Zoals we eerder hebben gezien,¹²³ zijn er ook gevallen waarin het twijfelachtig is of er door de eiser schade is geleden. Het gaat dan om situaties waarin de eiser niet van plan was de zaak of het recht te gebruiken en waarin hij evenmin voornemens of in staat is geweest de zaak of het recht commercieel uit te baten. De vraag kan dan worden gesteld, of de gedaagde wel schade geleden heeft.

Eerder is betoogd,¹²⁴ dat de schade op een objectieve wijze mag worden begroot, in die zin dat de eiser in de positie gebracht moet worden waarin hij zou verkeren indien de gedaagde wél over het gebruik zou hebben gecontracteerd.¹²⁵ Bij de vaststelling van de schade, moet dus niet worden gezien – zoals bij de onrechtmatige daad logisch zou zijn – hoe de vermogenspositie van de eiser ervoor zou hebben gestaan als de gedaagde de zaak níet zou hebben gebruikt (veelal zal er weinig verschil zijn), maar gezien wordt wat de vermogenspositie van de eiser zou zijn geweest als de gedaagde wél over het gebruik zou hebben gecontracteerd (de schade zal dan in de regel kunnen worden gesteld op de marktwaarde van het genoten gebruik). Deze wijze van begroting past beter bij de strekking van de verrijktingsrechtelijke schadevergoedingsverbintenis: het ongedaan maken van de ongerechtvaardigde verrijking.

Sommigen leiden de geoorloofdheid van deze objectieve begrotingsmaatstaf af uit het *Subway*-arrest.¹²⁶ Die conclusie is echter niet aansprekend, omdat de Hoge Raad tot deze begroting komt door aan te haken bij specifieke bepalingen uit het huurrecht.¹²⁷ De Hoge Raad komt in dit arrest immers tot de conclusie dat de schade van Credit Suisse op een objectieve

123 Zie: par. 5.3.5.

124 Zie: par. 5.3.5.

125 Zie ook: Van der Linden 2017, p. 245-253.

126 Damminga 2014, p. 210; In gelijke zin: K.J.O. Jansen, 'Ongerechtvaardigde verrijking onderhuurder door voortgezet gebruik huurpand', CB 2013-98, Geplaatst op 28 mei 2013.

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

wijze mag worden begroot, omdat het geval in het verlengde ligt van artikel 7:225 BW.¹²⁸

Er kan echter een andere les uit het arrest worden getrokken. Het arrest laat meer in het algemeen zien dat contractuele of andersoortige regels die 'dicht' bij het te beoordelen verrijkingsgeval liggen, van invloed kunnen zijn op de wijze waarop de schade moet worden begroot.¹²⁹ Zoals in *Subway* in het huurrecht een steunargument gevonden kan worden voor een meer objectieve schadebegroting, zo kunnen er voor andersoortige verrijkingsgevallen mogelijk andere ankers worden gevonden die een meer objectieve begroting rechtvaardigen.

Welnu, maakt iemand onbevoegd gebruik van andermans zaak of recht, dan zijn er twee aanknopingspunten voor een objectieve schadebegroting.

In de eerste plaats past het bij het denken over de precontractuele fase. De onderhandelingen kunnen, in zeldzame gevallen, zo ver gevorderd zijn, dat er bij de wederpartij van de afbrekende partij een zodanig totstandkomingsvertrouwen kan zijn ontstaan, dat de afbrekende partij het positieve belang moet vergoeden.¹³⁰ In het geval van onbevoegd gebruik is er, uiteraard, geen totstandkomingsvertrouwen. Maar er doet zich wel een situatie voor waarin de gedaagde, had behoren te contracteren voor het gebruiksgebot dat hij ontvangen heeft. Waarom zou iemand die totstandkomingsvertrouwen bij zijn wederpartij in het leven heeft geroepen, wél een vergoeding van het positieve contractsbelang verschuldigd kunnen zijn en iemand die willens en wetens een overeenkomst vermijdt door onbevoegd gebruik te maken van andermans goed, aansprakelijkheid kunnen ontlopen door simpel aan te voeren dat de gedaagde geen concrete schade heeft geleden?

In de tweede plaats past een meer objectieve schadebegroting beter bij de regels van de onverschuldigde betaling. Zou iemand meegaan met de trein als verstekeling, dan zou hij, vanuit een verrijkingsrechtelijk perspectief, dus los van de specifieke wettelijke regels die gelden voor zwartrijders, aansprakelijk zijn op grond van onverschuldigde betaling voor de *marktwaarde* van de reis, zonder dat het van belang is of de spoorwegmaatschappij schade heeft geleden.¹³¹ Artikel 6:210 lid 2 BW stelt schade níet als vereiste. Waarom zouden respectievelijk de kraker van een vakantiehuis, de inbreukmaker op een portretrecht of degene die zijn duwbakken op andermans meerpalen aanmeert anders behandeld moeten worden louter en alleen omdat er geen handeling van de eiser voorhanden is, die naar verkeersopvatting als betaling in de zin van artikel 6:203 lid 1 BW kan worden gezien? Deze inconsequentie kan worden ondervangen, door de schade op een meer objectieve wijze te begroten.

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

129 De Hoge Raad maakt een redenering die wat weg heeft van de *Quint/Te Poel*-formule.

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

131 Zie PG Boek 6, p. 818; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/448; R. Koolhoven in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:203 BW, aant. 1.1.

8.4.5 Feitelijke overname goodwill

8.4.5.1 Algemeen

Als ik andermans zaak onbevoegd gebruik, dan zal dit zowel als een onrechtmatige daad als een ongerechtvaardigde verrijking kwalificeren. Een zaak of een vermogensrecht is iets dat aan de eiser toebehoort. In de regel zal vrij duidelijk aangegeven kunnen worden, wat het *object* van het recht is.

Goodwill, het thans te bespreken onderwerp, is daarentegen ongrijpbaarder. Het is iets dat aan andere vermogensbestanddelen kleeft. Een onderneming is over het algemeen meer waard dan de som van de losse vermogensbestanddelen.¹³² Het is deze meerwaarde van de onderneming die goodwill wordt genoemd. Veelal gaat het om een in een onderneming aanwezige capaciteit om winst te maken. Over het algemeen wordt goodwill niet als een goed of een vermogensrecht gezien,¹³³ laat staan dat het een recht is dat als zodanig *goederenrechtelijk* overdraagbaar is. De goodwill gaat in wezen – *de facto* – mee over op degene die de onderneming overneemt of voortzet. Dit kan soms worden versterkt door obligatoire afspraken zoals een non-concurrentiebeding.

Hoewel goodwill dus geen goed is in de zin van artikel 3:1 BW of een vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 BW, kan dit fenomeen wel tot vermogensrechtelijke vragen leiden. Is een onderneming overgedragen en is er een vergoeding betaald voor de goodwill, dan kan, bijvoorbeeld, de vraag worden gesteld of de non-conformiteitsregeling op de ‘overgedragen’ goodwill van toepassing is. Die vraag wordt door de Hoge Raad bevestigend beantwoord.¹³⁴ Ook bij verdelingsvraagstukken speelt goodwill een rol. Zo moet er met de goodwill van een onderneming van één van de echtgenoten rekening worden gehouden bij de verdeling van een ontbonden huwelijks-gemeenschap.¹³⁵ En wanneer een maat uit een maatschapsverband treedt en, na ontbinding, de rest van de maten de maatschap feitelijk voortzetten, dan moet in beginsel de eventuele goodwill in de verdeling worden betrokken.¹³⁶ En zo wordt er in meerdere situaties rechtens rekening gehouden met de goodwill.¹³⁷ Het kan voorkomen dat iemand in bepaalde omstandigheden

132 Zie daarover: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/4.

133 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/4; P.A. Stein in: *GS Vermogensrecht*, artikel 3:6 BW, aant. 34.3; Goederenrecht (H.J. Snijders), nr. 60; Vgl. HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, NJ 2017/132, m.nt. E.A. Alkema (NFE c.s./Staat), r.o. 3.3.2.

134 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5068, NJ 2013/256, m.nt. Jac. Hijma (Ijsseloeverers/De Jong), r.o. 3.4.2.

135 HR 9 maart 1951, ECLI:NL:HR:1951:AG1975, NJ 1952/46, m.nt. Ph.A.N. Houwing (Damesmodebedrijf).

136 Zie: W.J.M. van Veen, in: *GS Personenassociaties* 5.9.3.1. Zie bijvoorbeeld: Rb. Amsterdam 26 maart 2003, JOR 2004/187, m.nt. J.M. Blanco-Fernández; Rb. Utrecht 29 juli 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ4278.

137 Zie voor voorbeelden verder: S.R. Damminga in zijn noot onder: Rb. Rotterdam 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7002, JOR 2017/16.

feitelijk andermans goodwill in handen krijgt. Kwalificeert het gedrag van de gedaagde als onbetamelijk handelen – zoals het geval is indien een werknemer know how of klantgegevens meeneemt¹³⁸ – dan is er sprake van een onrechtmatige daad en is de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking niet nodig. Maar er zijn gevallen waarin het gedrag van de gedaagde niet onrechtmatig is. Onder omstandigheden kan er dan sprake zijn van een ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser, al zal het lastig zijn om criteria te vinden die houvast geven.

Het standaardarrest is *Van der Tuuk Adriani/Batelaan*.¹³⁹ Een apotheker probeert de apotheekhoudend huisarts ertoe te bewegen tegen betaling van 125% van het zogenaamde BACO-tarief zijn apothekerspraktijk over te dragen. Wanneer de laatste dit weigert, bewerkstelligt de apotheker via bestuursrechtelijke weg dat de huisarts zijn vergunning kwijtraakt. Na de procedure, waarin de huisarts zich tot in laatste instantie heeft verzet, wenst de huisarts alsnog het aanbod van de apotheker te aanvaarden. Wanneer de apotheker dit weigert en de huisarts ook in rechte nul op het rekest ontvangt, stelt de huisarts een verrijkingsactie in, omdat de apotheker door de gang van zaken het klantenbestand van de huisartsenapotheek 'om niet' heeft overgenomen. De Hoge Raad sanctioneert het oordeel van het hof, dat de apotheker in deze omstandigheden ongerechtvaardigd is verrijkt.

Het oordeel bestaat, we hebben dit al gezien, uit twee componenten. Enerzijds heeft de bestuursrechtelijke regeling op grond waarvan de vergunning van de huisarts is afgenomen, niet de strekking om de verrijking van de apotheker te rechtvaardigen. Anderzijds zijn er verschillende bijzondere omstandigheden die de verrijkingsactie rechtvaardigen. De apotheker heeft namelijk zelf initiatief genomen om zich in Smilde te vestigen, het was in de branche gebruikelijk dat de vestigende apotheker een vergoeding betaalt voor de 'overgenomen' huisartsenapotheek en in de procedure waarin de huisarts zijn vergunning verloor, is er rekening mee gehouden dat de apotheker de huisarts een vergoeding heeft aangeboden. De bijzondere omstandigheden stutten het ongerechtvaardigdheidsoordeel.

8.4.5.2 *Goodwill als exclusief recht?*

Hoe is de bescherming van goodwill in te passen in een verrijkingsrechtelijk kader?

Damminga past de uitspraak in zijn algemene visie in, dat de verrijkingsactie uitsluitend van toepassing is op gevallen waarin de gedaagde een inbreuk heeft gemaakt op de exclusieve rechtspositie van de eiser.¹⁴⁰ Hoewel hij erkent, dat goodwill géén vermogensrecht is, meent hij dat goodwill de

138 Zie hierover: C.J.J.C. van Nispen in *GS Onrechtmatige daad* IV.5.2.11 en de aldaar weergegeven rechtspraak en literatuur.

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

140 Damminga 2014, p. 253-254.

rechthebbende wél een exclusieve rechtspositie verschaft. Wordt er hierop zonder toereikende rechtvaardigingsgrond inbreuk gemaakt, dan kan er sprake zijn van een onrechtmatige daad of een ongerechtvaardigde verrijking van de inbreukmaker. Het komt er bij hem op aan, wanneer er sprake is van een inbreuk. Daarvan is sprake 'bij het (verrichten van handelingen die zijn gericht op) significant en plotseling profiteren van investeringen in de onderneming [...] van de rechthebbende op de goodwill op een wijze die verder gaat dan ligt besloten in reguliere concurrentie'.¹⁴¹ Als er voor een dergelijke 'inbreuk' in de laatstbedoelde zin geen rechtvaardiging kan worden gevonden, is er sprake van een ongerechtvaardigde verrijking in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW.

Een bezwaar is dat goodwill een te weinig omlijnd begrip is, om dit categorisch aan te duiden als een *exclusieve* rechtspositie. Wordt goodwill op de keper beschouwd, dan verschijnt er een gedifferentieerd beeld. Het is niet tastbaar en kan onder meer besloten liggen in een samenstel van factoren zoals know how, een goede geoliede organisatie, een goede reputatie, trouwe klanten, een goede ligging, vergunningen, connecties, contacten, etc. Dat er één woord voor het samenspel van deze factoren kan worden gegeven, betekent niet dat dit onder de noemer van het exclusieve recht gebracht kan worden. Dat kan wellicht leiden tot te snelle conclusies. Om bij het arrest *Van der Tuuk Adriani/Batelaan* aan te haken: de klanten van de apotheekhoudende huisarts behoren de huisarts op geen enkele wijze toe. Een exclusief recht op de klanten uit het klantenbestand bestaat niet. De intrekking van de apothekersvergunning van de huisarts, leidt – in mijn optiek – niet tot een vermogensverschuiving tussen de huisarts en de apotheker.

8.4.5.3 De verrijkingsrechtelijke inkadering

Dit betekent niet dat de verrijkingsvordering afgewezen had moeten worden in een geval als *Van der Tuuk Adriania/Batelaan*. Zoals eerder betoogd, is het ontbreken van een vermogensverschuiving tussen de eiser en de gedaagde geen reden om aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking categorisch uit te sluiten. De enige consequentie is, dat een verrijking die niet het gevolg is van een vermogensverschuiving, niet automatisch ongerechtvaardigd is indien een daartoe strekkende rechtvaardigingsgrond ontbreekt. Voor de conclusie dat er sprake is van een ongerechtvaardigde verrijking, is vereist dat er naast het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond, bijzondere omstandigheden zijn die de verrijking ongerechtvaardigd maken. In het arrest *Van der Tuuk Adriania/Batelaan* werden die omstandigheden aanwezig geacht. Met name was van belang, dat vergoeding in de branche gebruikelijk was en dat het de apotheker was, die het initiatief genomen had om de vergunning van de huisarts te doen intrekken.

141 S.R. Damminga in zijn noot onder: Rb. Rotterdam 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7002, JOR 2017/16.

In de follow up van *Van der Tuuk Adriania/Batelaan*, het arrest *Hulsman/Van der Graaf*, werden die bijzondere omstandigheden niet aanwezig geacht.¹⁴² In dit geval had de vestigende apotheker *niet* de mogelijkheid om de intrekking van de vergunning van een lokale apotheekhoudende huisarts langs bestuursrechtelijke af te dwingen. Dit kon ingevolge artikel 34 Wet op de geneesmiddelenvoorziening (WG) niet omdat de desbetreffende apotheekhoudend huisarts reeds vóór de WG apotheekhoudend huisarts was. Wél verloor de huisarts in deze zaak – met de vestiging van de apotheker – de mogelijkheid om zijn apothekerspraktijk aan een opvolger over te dragen. Zodra de arts zou stoppen, zou diens klantenbestand *de facto* op de nieuw gevestigde apotheker overgaan. Toch kon de arts volgens het hof en de Hoge Raad de apotheker niet aanspreken op grond van ongerechtvaardigde verrijking toen hij met pensioen ging.

De Hoge Raad stelt voorop dat het hof terecht tot uitgangspunt heeft genomen, dat de onmogelijkheid van overdracht het gevolg was van het stelsel van de WG en dat dit stelsel meebrengt dat dit voor risico komt van de desbetreffende huisarts. Daarbij is van belang dat de arts van meet af aan duidelijk was, dat hij rekening moest houden met de vestiging van een zelfstandige apotheek, waarna diens eigen apothekerspraktijk niet meer overdraagbaar zou zijn (dit was al zo sinds een wet uit 1865). De Hoge Raad vervolgt:¹⁴³

‘In het onderhavige geval zijn geen bijzondere omstandigheden gesteld of gebleken die tot het oordeel zouden kunnen leiden dat Van der Graaf niettemin ten koste van Hulsman ongerechtvaardigd is verrijkt. In het bijzonder heeft het Hof geoordeeld dat de BACO-overeenkomst niet voorzag in een door de apotheker te betalen vergoeding in een geval als het onderhavige. Dit oordeel, dat berust op een aan het Hof voorbehouden uitleg van die overeenkomst, is niet onbegrijpelijk.’

In *Hulsman/Van der Graaf* waren er géén bijzondere omstandigheden, die maken dat de overloop van klanten van de apotheekhoudend huisarts naar de apotheker een ongerechtvaardigde verrijking oplevert. De branche voorzag niet in een vergoeding voor dit soort gevallen en bovendien was het de apotheekhoudend huisarts zelf, die besloot om ermee op te houden. Bovendien liep de huisarts vanaf het begin het risico, dat hij zijn apothekerspraktijk niet kon overdragen.

De apothekersarresten laten zien, dat de feitelijke overname van andermans goodwill, niet automatisch tot een verrijkingsactie aanleiding geeft, óók als er hiervoor geen uitdrukkelijke rechtvaardigingsgrond kan worden aangewezen. In de omstandigheden van het geval moet er een goede reden kunnen worden aangewezen waarom een eventuele verrijking die bestaat uit het vergaren van andermans goodwill ongerechtvaardigd is. Zonder die bijzondere omstandigheden is er geen ongerechtvaardigde verrijking: een

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

143 R.o. 3.5.

verrijking die niet het gevolg is van een vermogensverschuiving is in beginsel niet ongerechtvaardigd. In de apothekersarresten leidt de zienswijze dat het recht op het klantenbestand een exclusief recht is, niet tot betere inzichten.

Hoewel goodwill geen exclusieve rechtspositie geeft, kunnen de bijzondere omstandigheden het geval zodanig kleuren, dat het gebruik van goodwill die door een ander is opgebouwd, feitelijk veel weg heeft van een vermogensverschuiving. Eén van de nu te bespreken vonnissen rond de afwikkeling van het faillissement van het Ruwaard van Puttenziekenhuis kan dit illustreren al lijkt de verrijkingsvordering – mogelijk – om andere redenen te moeten stranden.

8.4.5.4 *De feitelijke overname van andermans praktijk*

Het ging om het volgende.¹⁴⁴ Stichting Ruwaard van Puttenziekenhuis (hierna ook: het ziekenhuis of 'Ruwaard') had met verschillende specialisten toelatingsovereenkomsten gesloten, op grond waarvan de specialisten – voor eigen rekening en risico – hun specialistische praktijk konden uitoefenen en waarbij ze, jegens het ziekenhuis, een goodwillaanspraak hadden. Het ziekenhuis gaat op 24 juni 2013 failliet. Op dezelfde dag hebben de curatoren in het faillissement van het ziekenhuis overeenstemming bereikt met Spijkenisse Medisch Centrum B.V. i.o. (hierna SMC) – een samenwerkingsverband van verschillende ziekenhuizen – over een doorstart op basis van koop- en verkoop van de activa. Voor de materiële en immateriële activa is € 6.000.000 betaald: € 1 voor de immateriële activa (domeinnamen, handelsnamen, vergunningen, licenties, lopende overeenkomsten en de overige goodwill van het Ruwaard) en € 5.999.999 voor de materiële activa (bestaande uit inventaris en voorraad). De toelatingsovereenkomst van de specialisten – die zelf niet failliet zijn – zijn niet door SMC overgenomen. Wel zijn de meeste specialisten via tijdelijke contracten een aantal maanden in dienst gebleven. In dit verband hebben ze 'hun' praktijk – die nu van SMC was – feitelijk voortgezet. Uiteindelijk zijn de procederende specialisten echter ontslagen.

In rechte is, onder andere, de vraag gerezen of SMC en de aan SMC gerelateerde specialisten ongerechtvaardigd zijn verrijkt ten koste van een aantal specialisten die door het faillissement van het ziekenhuis hun praktijk verloren hebben. De verrijking zou dan schuilen in het feit, dat SMC en de daaraan verbonden specialisten de praktijken van de 'oude' specialisten feitelijk doorzetten en daarmee feitelijk profiteren van de goodwill van de praktijken zonder ervoor te betalen. Normaal gesproken moeten nieuwe specialisten

¹⁴⁴ Rb. Rotterdam 18 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1509, *NJF* 2015/249, *JOR* 2015/275, m.nt. S.R. Damminga; Rb. Rotterdam 20 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:444; Rb. Rotterdam 20 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:447; Rb. Rotterdam 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7002, *JOR* 2017/16; Zie: Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3384, *RI* 2018/19 (Radiologie); Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3383 (Urologie).

zich inkopen als zij deel uit willen maken van een in het ziekenhuis gevoerde praktijk.¹⁴⁵ Na het faillissement van het ziekenhuis konden specialisten van de overnemende ziekenhuizen de verschillende praktijken van de verschillende specialisten voortzetten.

Er is in verschillende zin geoordeeld over de vraag of SMC c.s. aansprakelijk is op grond van ongerechtvaardigde verrijking voor de feitelijke overgang van goodwill. In de vier vonnissen van de Rechtbank Rotterdam, ingeleid door respectievelijk oogartsen, urologen, radiologen en longartsen, worden drie lijnen gekozen, waarbij verrijkingsaansprakelijkheid in het eerste vonnis wordt afgewezen en in de drie latere toegewezen. Inmiddels is er tegen twee van de toewijzende vonnissen hoger beroep ingesteld, waarbij de verrijkingsvordering van de gewezen specialisten alsnog is afgewezen door het hof Den Haag. Hieronder bespreek ik de uitspraken kort en geef daarna mijn eigen visie.

(i) In het eerste vonnis in de reeks – het oogartsenvonnis – wijst de rechtbank verrijkingsaansprakelijkheid af.¹⁴⁶ De oogartsen ontlenen hun praktijk en de daarmee samenhangende goodwill aan hun toelatingsovereenkomst met het ziekenhuis. De schade is het gevolg van het faillissement van het ziekenhuis. De rechtbank overweegt:

‘Aannemelijk is dat anderen van het faillissement van SRPZ hebben geprofiteerd, in die zin dat patiënten die, in het geval SRPZ niet zou zijn gefailleerd, naar dat ziekenhuis zouden gaan als gevolg van het faillissement naar SMC gingen, en overigens ook naar andere ziekenhuizen in de regio die niet tot de C-ziekenhuizen behoren, zo is ter zitting gebleken. Niet gezegd kan echter worden dat deze eventuele verrijking van SMC en andere ziekenhuizen ongerechtvaardigd is. Derden mogen nu eenmaal profiteren van het faillissement van een concurrent. Het faillissement vormt zo beziën de rechtvaardigingsgrond voor de eventuele verrijking van SMC en anderen. Bijzondere omstandigheden kunnen dit wellicht anders maken, maar dergelijke omstandigheden zijn onvoldoende gesteld of gebleken.’

Er is volgens de rechtbank, behoudens bijzondere omstandigheden, geen verrijkingsaanspraak. In de ogen van de rechtbank vormt het faillissement een voldoende rechtvaardiging voor verrijking van het SMC ten koste van de specialisten.

De hoofregel van het in dit boek ontwikkelde systeem komt tot een vergelijkbaar resultaat: omdat er geen sprake is van een daadwerkelijke vermogensverschuiving, kan er in een geval als dit, slechts van een ongerechtvaardigde verrijking sprake zijn, wanneer er – naast het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond – bijkomende bijzondere omstandigheden zijn. Het is dan niet nodig om, zoals de rechtbank doet, het faillissement als expliciete rechtvaardigingsgrond voor de verrijking van het SMC te beschouwen.

145 M.W.T. Kampers, I.M.A. Lintel, ‘Lessen uit het eerste ziekenhuisfaillissement. Een interview met mr. Vermeeren en mr. Bentfort van Valkenburg over het faillissement van het Ruwaard van Puttenziekenhuis’, *Tvl* 2017/18, p. 122.

146 Rb. Rotterdam 18 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1509, *NJF* 2015/249, *JOR* 2015/275, m.nt. S.R. Damminga.

(ii) Het is echter mogelijk om die bijzondere omstandigheden wel aan te nemen. In het longartsenvonnissen acht de rechtbank een verrijkingsvordering mogelijk.¹⁴⁷ De rechtbank stelt voorop dat de goodwill van de longartsenpraktijk niet tot de boedel van het ziekenhuis behoort. Het gaat de boedel niets aan. Hoewel het faillissement feitelijk een einde heeft gemaakt aan de longartsenpraktijk, strekt de faillissementswet er niet toe dat derden de door de longartsen opgebouwde praktijk zonder vergoeding kunnen overnemen. De rechtbank vervolgt:

‘Voor SMC merkt de rechtbank nog op dat bij gebreke van concrete betwisting voldoende aannemelijk is dat SMC geprofiteerd heeft van de in praktisch-organisatorische zin goed opgezette praktijk van eisers. Dat de medewerkers, naar aannemelijk is, bij SRVP in loondienst waren en door eisers werden ingeleend neemt immers niet weg dat eisers in die medewerkers hebben geïnvesteerd door hen te begeleiden. Ook dat maakt deel uit van de goodwill en ook voor het profiteren daarvan vormt het faillissement geen rechtvaardiging.’

Dit oordeel is in te passen in de in dit boek bepleitte benadering van het ongerechtvaardigdheidsvereiste. Hoewel er geen vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden tussen de eisende longartsen en het SMC en de daaraan verbonden longartsen, zijn de bijzondere omstandigheden zodanig dat het wél veel van een vermogensverschuiving weg heeft. Het SMC en de daaraan gelinkte specialisten hebben na het faillissement van het Ruwaard van Puttenziekenhuis als het ware het roer overgenomen van de kant en klare praktijk die de longartsen in de loop der jaren hebben opgebouwd. Die bijzondere omstandigheden rechtvaardigen, in de ogen van de Rechtbank Rotterdam, de conclusie dat er sprake is van ongerechtvaardigde verrijking.

(iii) In het urologen-¹⁴⁸ en radiologenvonnissen¹⁴⁹ wordt de verrijkingsvordering evenzeer toegewezen. De argumentatie is echter anders. De rechtbank overweegt dat de verrijking van SMC c.s. ongerechtvaardigd is omdat: (1) het hier niet om een normale vorm van concurrentie gaat; (2) de patiënten na het faillissement van het Ruwaard niet meer naar de specialisten toe konden en dat de verwijzende artsen niet meer konden verwijzen naar de praktijken van de specialisten en dat het voorstelbaar is dat de verwijzende artsen een tijdlang naar het SMC zullen gaan verwijzen; (3) het in de branche gebruikelijk is dat een goodwill-vergoeding wordt betaald; (4) de verrijking niet gerechtvaardigd wordt door de overeenkomst tussen de curator en SMC op grond waarvan de laatste de activa van het Ruwaard heeft overgenomen (de overeenkomst zag uitdrukkelijk niet op de praktijken van de specialisten); en ten slotte (5) de verrijking evenmin gerechtvaardigd wordt door het faillissement omdat het faillissement van het ziekenhuis niet voor risico van de specialisten komt omdat die buiten het faillissement staan.

147 Rb. Rotterdam 31 augustus 2016 ECLI:NL:RBROT:2016:7002, JOR 2017/16, r.o. 4.15.2-4.15.3.

148 Rb. Rotterdam 20 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:444, r.o. 4.16.

149 Rb. Rotterdam 20 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:447, r.o. 4.13.

Net als in het *Van der Tuuk Adriani/Batelaan*-arrest, zien wij dat het oordeel inzake de ongerechtvaardigdheid bestaat uit twee componenten. Dit is enerzijds het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond (nr. 4-5) en anderzijds bijzondere omstandigheden die maken dat de verrijking van SMC c.s. ongerechtvaardigd is ondanks het feit dat er geen vermogensverschuiving heeft plaats gevonden tussen de eisers en de gedaagden (nr. 1-3). Zoals in het *Van der Tuuk Adriani/Batelaan*-arrest de BACO-overeenkomst een rol speelde, zo speelt hier het gebruik in de branche een rol om een som voor de goodwill te betalen voor de over te nemen praktijk. De wijze waarop de goodwill in handen kwam van SMC c.s. onderstreept de 'onregelmatigheid' van de verrijking. Immers, SMC c.s. heeft noch aan de curator noch aan de specialisten iets hoeven betalen voor de praktijken terwijl een vergoeding in de branche gebruikelijk is en de praktijken van de specialisten allerm minst failliet waren.

(iv) Het Hof Den Haag wijst, in hoger beroep van respectievelijk het radiologie-vonnissen en het urologie-vonnissen (de vonnissen behandeld onder iii), verrijkingaansprakelijkheid echter af.¹⁵⁰ Volgens het hof wordt de verrijking van SMC c.s. gerechtvaardigd door enerzijds de overeenkomst tussen de curator en SMC c.s. en anderzijds door de geneeskundige behandelovereenkomsten tussen SMC c.s. en de na de doorstart behandelde patiënten.¹⁵¹ Het hof is bovendien van oordeel dat de specialisten er zelf voor hebben gekozen toelatingsovereenkomsten met het later gefailleerde ziekenhuis te sluiten, zodat het insolventierisico van het ziekenhuis op hen behoort te rusten.¹⁵²

8.4.5.5 De feitelijke overname van andermans praktijk; vervolg

Laten we de faillissementsproblematiek en de overeenkomst tussen de curator en SMC c.s. een moment buiten beschouwing, dan toont de Ruwaardzaak aan dat de overgang van goodwill onder omstandigheden gelijk is te trekken met een daadwerkelijke vermogensverschuiving waarop de *sine causa*-benadering zich – analogisch – laat toepassen. Er zijn in de verschillende vonnissen van de rechtbank Rotterdam verschillende bijzondere – elkaar versterkende – omstandigheden vastgesteld die tot die conclusie nopen.

Enerzijds was het in de branche gebruikelijk om voor de overname van een praktijk een goodwill-vergoeding te betalen zonder dat dit is gebeurd (zie de vonnissen onder iii). Anderzijds heeft het geval veel weg van een feitelijke overgang van de onderneming. De gedaagde specialist gaat als het ware op de stoel zitten van de eisende specialist en is feitelijk in staat de

150 Zie: Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3384, RI 2018/19 (Radiologie); Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3383 (Urologie).

151 Zie: Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3384, RI 2018/19 (Radiologie), r.o. 2.14-2.15; Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3383 (Urologie), r.o. 2.14.2.15.

152 Zie: Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3384, RI 2018/19 (Radiologie), r.o. 2.16; Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3383 (Urologie), r.o. 2.16.

praktijk van de eerstgenoemde voort te zetten (zie het vonnis onder ii). In dit laatste opzicht is het geval nijpender dan *Van der Tuuk Adriani/Batelaan*. In het laatstgenoemde arrest gaat het slechts om een geval waarin een huisarts gedwongen moet stoppen met het verstrekken van geneesmiddelen. In de *Ruwaard*-casus gaat het om gevallen waarin de ene specialist het roer van de andere specialist overneemt. Met name vanwege het laatste heeft de overgang van goodwill dusdanig veel trekken van een daadwerkelijke vermogensverschuiving dat de *sine causa*-benadering zich analogisch laat toepassen. Dit betekent dat moet worden aangenomen dat het SMC en mogelijk de aan SMC verbonden specialist ongerechtvaardigd zijn verrijkt ten koste van de eisende specialisten, indien voor de overname van de goodwill geen rechtvaardigingsgrond bestaat.

In de *Ruwaard*-zaak lijkt hier echter het probleem te zitten voor de eisende specialisten. Het Hof Den Haag heeft aangenomen dat die rechtvaardiging er wél is (zie de arresten onder iv). Het SMC en in het kielzog daarvan de aan SMC verbonden gedaagde specialisten ontleen hun voordeel aan de overeenkomst met de curator in het faillissement van het ziekenhuis. In beginsel heeft een overeenkomst verrijgingsrechtelijke derdenwerking. Dit betekent dat de overnemende specialisten in beginsel niet ongerechtvaardigd zijn verrijkt ten koste van de vertrekkende specialisten.

In mijn optiek zouden die bijzondere omstandigheden wel gevonden kunnen worden, in de omstandigheid dat de goodwill van de specialistenpraktijken niet tot de boedel van het failliete ziekenhuis behoorde zodat de curator daarover niets te zeggen had (zie vonnissen onder iii). De ratio van de verrijgingsrechtelijke derdenwerking, die gevonden kan worden in de algemene beschikkingsbevoegdheid van de wederpartij van de verrijkte om over zijn eigen vermogen te beschikken, is dan afwezig of is minder overtuigend. Hier kan echter ook anders over worden gedacht. Enerzijds 'kleeft' de goodwill van de vertrekkende specialisten aan de materiele activa – de 'dokterkamers' – van het 'Ruwaard' waarover de curator wél kon beschikken. Anderzijds oefende de specialisten hun praktijk nu eenmaal uit op basis van een toelatingsovereenkomst met het Ruwaard die failliet is gegaan, zodat hoogstens een concurrente vordering resteert in het faillissement van het ziekenhuis.

Ook als betoogd wordt dat die bijzondere omstandigheden er zijn, dan is aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking nog niet zeker. Betoogd zou kunnen worden dat aansprakelijkheid onredelijk is als bedoeld in artikel 6:212 lid 1 BW, omdat dat de specialisten die door middel van een toelatingsovereenkomst met het gefailleerde ziekenhuis in zee zijn gegaan, het insolventierisico van het ziekenhuis hebben aanvaard. De omstandigheid dat de gewezen specialisten met een verrijkingsvordering het door hun aanvaarde insolventierisico van het Ruwaard afwentelen op de nieuwe specialisten, kan reden zijn om de verrijkingsaansprakelijkheid van het SMC en/of de opvolgende specialisten geheel of ten dele onredelijk te achten. Hier staat dan weer tegenover, dat drie maanden voor die tijd ziekenhuizen niet failliet pleegden te gaan.

8.4.5.6 *Goodwill aanspraak geen automatisme*

In het bestek van dit hoofdstuk is vooral van belang dat de Ruwaard-casus laat zien, dat de feitelijke overname van goodwill dusdanig veel weg *kán* hebben van een vermogensverschuiving, dat de *sine causa*-benadering zich analogisch laat toepassen. Dat de overgang van goodwill op relevante punten op een vermogensverschuiving kan lijken, betekent niet dat dit ‘snel’ moet worden aangenomen. Van der *Tuuk Adriani/Batelaan* en *Hulsman/De Graaf* passen bijvoorbeeld niet in dit stramien. Daarnaast kan aan het volgende voorbeeld worden gedacht. Een trendy koffiezaak in een dorpskern raakt erg in de mode en de tent zit dagelijks vol. Door een aantal slechte investeringen en een slechte kostenbeheersing gaat de zaak echter failliet. De curator slaagt er vervolgens niet in een opvolger te vinden. Binnen een maand opent een nieuwe koffiezaak de deuren in het pand naast dat van de oude koffiezaak. Ook dit café zit dagelijks vol. De eigenaar van de nieuwe koffiezaak zal ongetwijfeld flink profiteren van de goodwill zoals die door het failliete café is opgebouwd. Van een ongerechtvaardigde verrijking van de uitbater van het nieuw geopende café ten koste van (de schuldeisers in het faillissement) van de eigenaar van het failliete café zal geen sprake zijn. Er is hier geen sprake van een vermogensverschuiving en er zijn geen bijzondere omstandigheden die een verrijkingsactie rechtvaardigen. Van een verplichting om met de failliet in onderhandeling te treden is zelfs in de verste verte geen sprake, ook al profiteert de uitbater van de nieuwe koffietent feitelijk van de goodwill van diens gefailleerde voorganger.

8.4.6 De familiale sfeer

8.4.6.1 *Algemeen*

Tot nu is het steeds ‘teleurstellend’ dat er tussen de verrijkte en de verarmde geen overeenkomst tot stand is gekomen. Soms behoort het echter tot de natuurlijke gang van zaken om het contracteren achterwege te laten.¹⁵³ In de relatie- en familiesfeer bewijst men elkaar geregeld diensten, zonder dat partijen er ook maar aan denken een en ander te juridiseren. En als er al vermogensrechtelijk relevante afspraken worden gemaakt, dan zullen die niet altijd op papier worden gezet. Het gevolg is dat er gunsten en diensten worden verleend waarbij motieven als ‘vrijgevigheid’, ‘eigenbelang’ en het ‘voor wat, hoort wat’ door elkaar heen lopen. Dit is geen probleem zolang de banden goed blijven. Maar bekoelen de verhoudingen, dan kan die onduidelijkheid erin resulteren, dat partijen bij het uiteengaan over en weer aanspraken menen te hebben. In dit soort gevallen kan onder meer de vraag rijzen of iemand, na de breuk, ten koste van de ander ongerechtvaardigd verrijkt achterblijft.

153 Van Duijvendijk-Brand 1990, p. 55.

De problematiek kan nader worden geïllustreerd en toegelicht aan de hand van het arrest *Wolter/Nieskens*. Het familiebedrijf Car Center stalt en restaureert drie door Wolter sr. gekochte (en betaalde) oldtimers.¹⁵⁴ Het plan is dat in ruil voor de restauratie en de stalling de meeropbrengst in het familiebedrijf gestoken zal worden, waarvan Wolter jr. en Wolter sr. twee van de drie vennoten waren. Voordat de meeropbrengst gerealiseerd is, overlijdt Wolter sr. echter. Zijn echtgenoot Nieskens eist de oldtimers op en weigert voor de restauratie en de stalling te betalen. Wolter jr., aan wie de rechten van Car Center gecedeerd zijn, spreekt Nieskens aan.

Wie de feiten onbevangen tot zich neemt, zal onwillekeurig aan een stilzwijgende wederkerige overeenkomst denken. Wilsverklaringen kunnen immers ‘in een of meer gedragingen besloten liggen’ (artikel 3:37 lid 1 BW). Vervolgens hangt de uitleg van een eenmaal tot stand gekomen overeenkomst af, van de over en weer gedane verklaringen en gedragingen. Zou er inderdaad sprake zijn geweest van een wederkerige overeenkomst dan had de oplossing ook in die richting moeten worden gezocht. Wolter jr. zou dan van Nieskens (die Wolter sr. onder algemene titel opvolgt) nakoming, schadevergoeding of ontbinding kunnen vorderen.¹⁵⁵

De zaak bereikt de Hoge Raad echter niet als een contractueel geschil, maar als een geval van ongerechtvaardigde verrijking. Dit zal (maar het is wat speculeren) mede samenhangen met het feit,¹⁵⁶ dat de familiale sfeer een domein is, waar men niet te snel in vermogensrechtelijke zin aan elkaar gebonden wil zijn.¹⁵⁷ De lijn tussen ‘een overeenkomst’ en ‘geen overeenkomst’ zal daardoor in een familiale verhouding niet met een vaste hand te trekken zijn. Is er in de omstandigheden van het geval géén overeenkomst te construeren, dan moet er – als één van de partijen vergoeding wil – naar een andere rechtsgrond worden gezocht om dit in rechte af te dwingen.

De verrijkingsrechtelijke inkleding van de vordering van Wolter jr. doet de vraag rijzen of de verrijking van Nieskens ongerechtvaardigd is. Het probleem is dat er geen sprake was van ongerechtvaardigdheid op het moment dat aanvang werd genomen met de restauratie en de stalling. Dit gebeurde immers overeenkomstig de wil van Car Center. Het hof beantwoordt de vraag of er van een ongerechtvaardigde verrijking sprake is dan ook ontkennend. Het stallen en restaureren ‘viel’, aldus het hof, ‘onder de in de familiesfeer gebruikelijke diensten, die men zonder verwachting op financiële vergoeding over en weer voor elkaar verricht’. Het hof had, volgens de

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

155 Iets soortgelijks geldt als er sprake zou zijn van een gift onder last; ook dan moet het geval via het overeenkomstenrecht – het schenkingsrecht – worden opgelost.

156 Een andere reden kan – natuurlijk – zijn dat er niet handig is geprocedeerd of dat de overeenkomst niet goed te bewijzen is. Die bewijsmoeilijkheid kan mijns inziens weer worden versterkt door de familiale sfeer waarin de ‘afspraken’ zijn gemaakt.

157 Cohen Henriquez 1991, p. 654-655; Zie over ‘de wil tot gebondenheid’: Nieuwenhuis 2001, p. 1795-1796.

Hoge Raad, echter niet tot dit oordeel mogen komen omdat Nieskens niet had aangevoerd dat de stalling gratis zou zijn. ‘Bovendien’, zo overweegt de Hoge Raad:¹⁵⁸

‘[...] is door Wolter jr. onweersproken aangevoerd dat de enige reden waarom voor de stalling (en restauratie) geen kosten in rekening zijn gebracht, was gelegen in de bedoeling van de drie vennoten/aandeelhouders om de gehele meerwaarde van de oldtimers na de verkoop ervan in Car Center te investeren.’

De Hoge Raad doet de zaak vervolgens zelf af.¹⁵⁹ De feiten zoals aangevoerd door Wolter jr. kunnen volgens de Hoge Raad een verrijkingsvordering dragen voor de restauratie en de stalling.

Het geval doet denken aan de Romeinse *condictio ob rem* (die ook wel bekend staat als de *condictio causa data non secuta*).¹⁶⁰ Vereist voor de *condictio ob rem* is dat iemand heeft gepresteerd met het oog op een bepaald doel (dat in iets anders bestaat dan een delging van een bestaande schuld). Veelal gaat het om een tegenprestatie, zonder dat deze kan worden afgedwongen. Wordt het doel niet gehaald – blijft de tegenprestatie uit – dan kan de prestant de prestatie uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking of onverschuldigde betaling terugvorderen.

Dit is hier aan de orde. Wolter jr. heeft, in de woorden van de Hoge Raad, de oldtimers alleen gestald met als ‘enige reden’ ‘de bedoeling’ dat de meeropbrengst van de oldtimers in de familiezaak – Car Center – zou worden gestoken. Nu dat niet is doorgegaan, is Nieskens ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van Car Center. In plaats van een vordering tot nakoming, ontbinding of schadevergoeding (waarvoor het bestaan van een overeenkomst vereist is), heeft Wolter jr. een verrijkingsactie indien – zoals hier – de tegenprestatie uitblijft. De verrijkingsactie fungeert als een surrogaat voor het afwezige contract. De verrijking die aanvankelijk niet ongerechtvaardigd is, wordt door de beëindiging van de samenwerking ongerechtvaardigd, omdat de prestatie is verricht met het oog op een bepaalde tegenprestatie die – uiteindelijk – is uitgebleven.

Wolter/Nieskens laat zien, dat de verrijkingsactie een rol kan vervullen als familieleden elkaar dingen beloven zonder dat zij harde contractuele gebondenheid beogen en er een kink in de kabel komt. Toch kan het arrest slechts in beperkte mate als model dienen, als het gaat om de beoordeling van verrijkingsaanspraken in familiale verhoudingen. Enerzijds zal het doel van prestaties in de familiesfeer lang niet altijd zuiver vermogensrechtelijk van aard zijn. Lang niet alle gevallen hebben, zoals de zaak *Wolter/Nieskens*, een zakelijke dimensie waarin de afspraak wel iets weg heeft van een *gentlemen’s*

158 R.o. 3.7.

159 R.o. 3.8.

160 Daarover: Zimmermann 1990, p. 843-844.

agreement. Anderzijds zal de doelstelling van de prestatie lang niet altijd de eindigheid hebben van een enkele wel omlijnende tegenprestatie. De bedoelingen zijn veelal juist oneindig.

Dit laatste is met name aan de orde bij affectieve relaties en andere situaties waarin familieleden met elkaar samenwonen. Iemand besluit, bijvoorbeeld, tienduizenden euro's in het huis van de geliefde te steken om met hem of haar – in potentie tot de dood – samen te leven.¹⁶¹ Of een ouder gaat bij zijn of haar kinderen wonen en doet daarvoor investeringen in het onroerend goed van de kinderen welke – bijvoorbeeld na een ruzie – terug wordt verlangd.¹⁶² De vraag is hoe het recht met dit soort existentiële investeringen moet omgaan wanneer het tot een onverwachte breuk komt.

8.4.6.2 *Verrijkingsaanspraken na de beëindiging van een affectieve relatie; algemeen*

Het huwelijksvermogensrecht kent het leerstuk van de vergoedingsrechten. Tijdens het huwelijk kunnen er tussen de echtgenoten vergoedingsrechten ontstaan. 'Indien een echtgenoot', zo bepaalt artikel 1:87 lid 1 BW, 'ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot een goed dat tot zijn eigen vermogen zal behoren, verkrijgt of indien ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot een schuld ter zake van een tot zijn eigen vermogen behorend goed wordt voldaan of afgelost, ontstaat voor de eerstgenoemde echtgenoot een plicht tot vergoeding.' De regeling voorkomt dat de verkrijgende echtgenoot ten koste van de financierende echtgenoot ongerechtvaardigd wordt verrijkt.¹⁶³ Een vergoedingsrecht ontstaat dan ook alleen – net als bij de ongerechtvaardigde verrijking het geval zou zijn – als er voor de vermogensverschuiving geen rechtvaardigingsgrond bestaat, zoals een gift of een andersoortige overeenkomst.¹⁶⁴

Anders dan het geval is bij een huwelijk en het geregistreerde partnerschap, is de vermogensrechtelijke afwikkeling van een affectieve tweerelatie en andersoortige familiale samenleefsituaties niet expliciet gereguleerd.¹⁶⁵ In de rechtspraak en de literatuur zijn er echter ontwikkelingen gaande in de richting van een analogische toepassing van de vergoedingsrechten voor samenleefvormen anders dan het huwelijk of het geregistreerde partnerschap. Kolkman & Salomons zien de grondslag in artikel 6:1 BW; een vergoedingsrecht is een verbintenis die – op de voet van het *Quint/te Poel*-arrest – past in het stelsel van de wet en aansluit bij de wél in de wet geregelde gevallen. De vergoedingsrechten bij het huwelijk en het geregistreerde part-

161 Zie bijvoorbeeld: Hof Amsterdam 28 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2015:1621.

162 Zie bijvoorbeeld: Rb. Rotterdam 23 september 2009, NJF 2010/77; Rb. Limburg 14 mei 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:4387, NJF 2014/275.

163 Vgl. Asser/De Boer 1* 2010/450 en de aldaar aangehaalde literatuur.

164 J.H. Lieber in: *GS Personen- en Familierecht*, artikel 1:81 BW, aant. 9.

165 Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/559 e.v.

nerschap zijn dan punt van aanknoping.¹⁶⁶ Schrama echter, acht de analogische toepassing van vergoedingsrechten op een affectieve tweerelatie vanuit een dogmatisch oogpunt problematisch. Zij ziet de aansluiting bij de wél in de wet geregelde gevallen níet.¹⁶⁷ Of de vergoedingsrechten via de *Quint/te Poel*-formule rechtstreeks analogisch kunnen worden toegepast bij het afwikkelen van bekoelde affectieve relaties is dus onzeker. Die onzekerheid zal mijns inziens groter worden, naar mate de samenleefvorm verder af staat bij die van het huwelijk en het geregistreerde partnerschap. Rechtstreekse analogische toepassing van de vergoedingsrechten is ook niet nodig, omdat het vermogensrecht in het algemeen en de verrijkingsactie meer in het bijzonder tot vergelijkbare resultaten kan leiden.

Worden de vergoedingsrechten niet rechtstreeks toegepast dan moeten eventuele vermogensrechtelijke geschillen die ontstaan na het einde van een affectieve relatie met het algemene vermogensrecht worden opgelost.¹⁶⁸ Globaal kan het volgende beeld worden geschetst. Zeker als er forse vermogensverschuivingen plaatsvinden, doen partijen er verstandig aan om de vermogensrechtelijke kant van hun relatie contractueel goed vorm te geven, zodat zo helder mogelijk is vastgelegd wie na het einde van de relatie waar recht op heeft. Om begrijpelijke redenen gebeurt dit lang niet altijd. De eventuele vermogensrechtelijke afspraken vormen veelal een bijkomstigheid.¹⁶⁹ De rest van de afwikkeling wordt voornamelijk bepaald door het goederenrecht. Als niet anders is overeengekomen, nemen beide partners na het einde van de affectieve relatie hun eigen vermogensbestanddelen mee. Voor zover er ten aanzien van één of meerdere goederen een gemeenschap is ontstaan, moet deze overeenkomstig de toepasselijke regels worden afgewikkeld.

Er kunnen ook verrijkingsafspraken ontstaan.¹⁷⁰ De vraag of de ene partner na de beëindiging van de relatie ten koste van de ander ongerechtvaardigd is verrijkt, kan met name rijzen als de één in een vermogensbestanddeel van de ander heeft geïnvesteerd, zonder dat daar duidelijke afspraken over zijn gemaakt. Het kan bijvoorbeeld gaan om gevallen waarin de eiser een financiële bijdrage heeft gedaan bij de aankoop van de auto of het huis van de gedaagde. Dit kan ook gebeuren in de vorm van de aflos-

166 Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/572. Vgl. B.E. Reinhartz in haar noot onder: Hof 's-Hertogenbosch 24 april 2012, JPF 2012/107.

167 Schrama 2014b, par. 3.

168 Schrama 2014a, par. 1.

Schrama 2014b, par. 3. Ook in mijn optiek is het maar de vraag of de vergoedingsrechten voor analogische toepassing in aanmerking komen. Enerzijds heeft de wetgever er expliciet voor gekozen de vergoedingsrechten tot het huwelijk te beperken. Anderzijds zijn er zo veel vormen van samenleving denkbaar, dat het gevaarlijk is de vergoedingsrechten zomaar analogisch van toepassing te verklaren op niet huwelijkse samenlevingsvormen.

169 De Boer, Kolkman en Salomons spreken van een ideële doelstelling. Zie: Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/559. De vermogensrechtelijke afspraken omschrijven zij als een onzelfstandig onderdeel van de gemaakte afspraken (nr. 566).

170 Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/565. Schrama 2014b, par. 3; Autar-Matawlie & Leonhard-Strien 2013, par. 4.2; Mellema-Kranenburg 2009, par. 5.

sing van een bepaalde schuld van de partner. Naast prestaties van financiële aard, kan het ook gaan om prestaties in *natura*. De eiser kan het huis van de gedaagde hebben verbouwd of de eiser kan tijdens de relatie 'om niet' in de onderneming van de gedaagde hebben gewerkt.

Onder welke omstandigheden moet een verrijking van de ene ex-partner ten koste van de andere ex-partner nu als een *ongerechtvaardigde* verrijking worden gezien? De Rechtbank Almelo wijdt een principiële (en strenge) overweging aan de problematiek van de vermogensrechtelijke afwikkeling van een afgebroken affectieve relatie.¹⁷¹

'De rechtbank overweegt dat het gedurende een affectieve relatie niet ongebruikelijk is, dat partners (over en weer) betalingen doen. Uitgangspunt is echter dat bij het einde van de affectieve relatie geen financiële afrekening plaatsvindt. Er is geen ruimte voor de stelling dat een partij heeft gepresteerd zonder daartoe gehouden te zijn, noch voor de stelling dat een partij heeft ontvangen zonder daar recht op te hebben. Een affectieve relatie staat er aan in de weg dat uit dien hoofde aanspraken, tegen de (op dat moment) bij de partners bestaande wil, zouden ontstaan. Dit wordt vanzelfsprekend anders, indien partijen daarover afspraken maken.'

De rechtbank raakt in deze overweging de kern van het probleem als het gaat om de toelaatbaarheid van een verrijkingsactie na een affectieve relatie. Enerzijds is het in een relatie gebruikelijk dat er op bepaalde schaal tussen de partners vermogensverschuivingen plaats vinden. Anderzijds zullen deze vermogensverschuivingen in de regel geschieden overeenkomstig de wil van de beide partners. Op het moment dat de gunst wordt verleend, of de dienst wordt verricht, zal er daarom van een ongerechtvaardigde verrijking géén sprake zijn. Van hieruit komt de rechtbank tot 'het uitgangspunt' dat er geen financiële afrekening plaats hoeft te vinden en dat er geen plaats is voor aanspraken gebaseerd op onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking.

Is de Rechtbank Almelo de juiste weg ingeslagen? Het is in mijn optiek juist, dat het uitgangspunt moet zijn dat er na het einde van een relatie geen aanspraken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking ontstaan als het gaat om reguliere diensten en uitgaven. Enerzijds zal uit de schriftelijke of stilzwijgende overeenkomst van samenleving voortvloeien, dat men voor elkaar zorgt en voor zover dit niet overeen gekomen is, zal er niet zelden een daartoe strekkende natuurlijke verbintenis kunnen worden aangenomen. Anderzijds zal er in de context van een affectieve relatie in de regel een bevoordelingsbedoeling kunnen worden aangenomen, wanneer men elkaar – op wat voor wijze dan ook – bevoordeelt. In een relatie *geeft* men om elkaar.

Dat er helemaal 'geen ruimte' bestaat voor verrijkingsaanspraken omdat partijen uit vrije wil in elkaar investeren, zoals de Rechtbank Almelo lijkt te suggereren, gaat echter één brug te ver. Bedacht moet namelijk worden,

171 Rb. Almelo 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BY3392; Het vonnis wordt ook genoemd in: Schrama 2014b, par. 2.

dat iemand kan investeren in – bijvoorbeeld – het huis of de auto van de partner met het oog op een *gezamenlijke toekomst* waarin de auto en het huis gezamenlijk worden gebruikt. Vanuit een goederenrechtelijk perspectief kwalificeert een dergelijke investering weliswaar als een investering in het vermogen van de partner, maar vanuit een existentieel perspectief is er – in ieder geval ten dele – tevens sprake van een investering in de *eigen toekomst*. Als ik in het huis van mijn vriendin investeer, dan investeer ik niet alleen in haar huis, maar ook in mijn ‘thuis’. Hoe kan aan dit existentiële perspectief recht worden gedaan?

In 2008 bereikt het *Bundesgerichtshof* een geval waarin de eiser, in het kader van samenwoonplannen, de bouw van de woning van de gedaagde voor ongeveer de helft heeft gefinancierd. Na een aantal jaar samenwonen eindigt de relatie. De eiser vordert zijn investering terug op grond van – onder meer – ongerechtvaardigde verrijking. Is de eiser van het woonhuis door de investering ongerechtvaardigd verrijkt? Onder bepaalde omstandigheden houdt het *Bundesgerichtshof* een verrijkingsaanspraak inderdaad voor mogelijk.¹⁷²

‘Nach § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. BGB besteht für den Empfänger einer Leistung die Pflicht zur Herausgabe der Zuwendung, sofern der mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist. Ein Bereicherungsanspruch wegen Fehlschlagens dieser Erwartung setzt voraus, dass darüber mit dem Empfänger der Leistung eine Willensübereinstimmung erzielt worden ist; einseitige Vorstellungen genügen nicht. Eine stillschweigende Einigung in diesem Sinne kann aber angenommen werden, wenn der eine Teil mit seiner Leistung einen bestimmten Erfolg bezweckt und der andere Teil dies erkennt und die Leistung entgegennimmt, ohne zu widersprechen. [...]’

Die danach erforderliche finale Ausrichtung der Leistung auf einen nicht erzwingbaren Erfolg wird sich innerhalb einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft oder einer anderen auf Dauer angelegten Partnerschaft nur bezüglich solcher Zuwendungen oder Arbeitsleistungen feststellen lassen, die deutlich über das hinausgehen, was die Gemeinschaft Tag für Tag benötigt. Sie kann auch nicht allgemein in dem gegenwärtigen Zusammenleben mit dem Partner erblickt werden. Zu fordern ist vielmehr eine konkrete Zweckabrede, wie sie etwa dann vorliegen kann, wenn die Partner zwar keine gemeinsamen Vermögenswerte schaffen wollten, der eine aber das Vermögen des anderen in der Erwartung vermehrt hat, an dem erworbenen Gegenstand langfristig partizipieren zu können.’

Het *Bundesgerichtshof* past hier de logica van de *condictio ob rem* toe. Hier wordt er echter niet gepresteerd in de verwachting van een tegenprestatie, maar in de verwachting van een harmonieuze gezamenlijke toekomst. Er wordt daarom wel gesproken van *Erwartungsfälle*. Als een vermogensverschuiving uitstijgt boven de reguliere uitgaven binnen een relatie of een andersoortige familieverhouding, dan kan er een ongerechtvaardigde verrijking ontstaan op het moment dat de samenleefsituatie beëindigd wordt. Het *Bundesgerichtshof* stelt hiervoor – zoals bij de *condictio ob rem* het geval is – als eis dat er over die verwachting wilsovereenstemming bestaat. Met het enkele samenleven is die wilsovereenstemming niet gegeven. Wel kan

172 BGB 9 juli 2008, XII ZR 179/05, r.o. 34-35.

deze in beginsel worden verondersteld als één van de partners in het vermogen van de ander investeert, in de verwachting dat hij of zij zelf ook duurzaam gebruik zal kunnen maken van het vermogensbestanddeel waarin de investering is gedaan. Dit zou met name het geval kunnen zijn, als iemand investeert in het woonhuis van de partner waarmee hij samenwoont.

In mijn optiek zou wilsovereenstemming over het voorwaardelijke karakter van de investering geen vereiste moeten zijn. Beslissend zou moeten zijn of de investering is gedaan met het oog op een gezamenlijke toekomst. In mijn optiek is er sprake van een ongerechtvaardigde verrijking als achtereenvolgens (1) de investering uitstijgt boven de reguliere dagelijkse uitgaven; (2) de investering mede is gedaan met het oog op de eigen toekomst en er (3) geen specifieke rechtvaardigingsgrond (zoals een bevoordelingsbedoeleling) is die de verrijking van de verrijkte partner rechtvaardigt.

Wanneer iemand – bijvoorbeeld – het huis van zijn partner verbouwt waarin hijzelf voor onbepaalde tijd woonachtig is, dan zal hij of zij dat mede doen met het oog op de eigen toekomst. Een goed voorbeeld biedt een geval, waarin de cascowoning van de gedaagde versneld is afgebouwd op kosten van de eiser (in dit geval de vader van de vriendin van de gedaagde).¹⁷³ Ongerechtvaardigde verrijking werd aangenomen.¹⁷⁴

Hetzelfde moet gelden als het gaat om handelingen die sterk in de economische sfeer liggen en die met het oog op een gezamenlijke (financiële) toekomst zijn verricht. Als de ene partner structureel helpt in 'de zaak' van de andere partner, dan zal dit een investering zijn in de gezamenlijke toekomst.¹⁷⁵ Als die verwachting niet uitkomt, dan zou in mijn optiek geoordeeld moeten worden, dat de ondernemer ongerechtvaardigd is verrijkt, al wordt er in de rechtspraak verschillend over geoordeeld. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch nam verrijkingsaansprakelijkheid aan in een geval waarin een vrouw had gewerkt in de onderneming van de man,¹⁷⁶ de Rechtbank Assen echter, wees de verrijkingsaansprakelijkheid van een boer af voor het – jarenlange – werk dat zijn voormalige vriendin in de boerderij had verzet.¹⁷⁷ Schrama is terecht kritisch over deze laatste uitspraak.¹⁷⁸

Opgemerkt moet worden dat de Hoge Raad in de jaren tachtig bepaald zuinig is geweest met het toekennen voor een vergoeding voor arbeid gedaan door de ene echtgenoot in de onderneming van de andere echtgenoot

173 Rb. Noord-Nederland 20 februari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ2651.

174 Zie echter: Hof Amsterdam 28 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2015:162. In deze zaak heeft appellante € 40.000 in de woning van de geïntimeerde zitten. Het hof overweegt dat 'de investering van [appellante] in het appartement', het gevolg was '[...] van de kennelijk daartoe door partijen gemaakte afspraak teneinde koop van een gezamenlijk te bewonen appartement mogelijk te maken'. Het hof wijst de verrijkingsvordering af.

175 Van der Burght 1992, p. 891.

176 Zie: Hof Den Bosch 3 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW0990, *JPF* 2013/29, m.nt. B.E. Reinhartz.

177 Rb. Assen 20 juni 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BW9881.

178 Schrama 2014a, par. 3.2.

tijdens een huwelijk onder koude uitsluiting.¹⁷⁹ De Hoge Raad wil de uitsluiting niet te makkelijk doorbreken. Van een doorbreking van die koude uitsluiting is mijns inziens echter geen sprake als iemand betaling vraagt voor gewerkte uren. Waarin verschilt de situatie waarin iemand € 10.000 in andersmans goed investeert op grond waarvan op de voet van artikel 1:87 BW een vergoedingsrecht kan ontstaan, met de situatie waarin iemand voor € 10.000 aan arbeid heeft geleverd? De geest van artikel 1:87 BW zou een steunargument voor een verrijkingsaanspraak op grond van artikel 6:212 lid 1 BW kunnen en moeten opleveren.¹⁸⁰

Overigens doet degene die in de onderneming van de partner heeft gewerkt er verstandig aan te bezien of er een maatschap is ontstaan of een arbeidsovereenkomst; het zijn wegen die – als ze begaanbaar blijken – in potentie méér beloven.

8.4.6.3 Verrijkingsaanspraken na een affectieve relatie; complicaties

Het voorgaande mag niet de indruk wekken dat de materie eenvoudig is. Bij het beoordelen van verrijkingsaanspraken na een affectieve relatie doen zich verschillende complicaties voor.

(i) Het is heel wel mogelijk dat er voor de verrijking van één van de partners een rechtvaardigingsgrond kan worden aangewezen.

Ten eerste kan er sprake zijn geweest van een gift of een andersoortige (rechts)handeling met een bevoordelingsbedoeling. Of die beoordelingsbedoeling er is, moet beoordeeld worden aan de hand van de Haviltex-maatstaf.¹⁸¹

Een spectaculair voorbeeld (uit het huwelijksvermogensrecht) is een geval waarin één van de echtelieden – na enkele maanden huwelijk onder koude uitsluiting – met een gift van € 200.000 naar haar huis in de Verenigde Staten terugkeert (de ene echtgenoot loste een schuld van de andere echtgenoot af). Haar echtgenoot heeft bij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch het nakijken.¹⁸²

179 Reinharz wijst erop in haar noot onder Hof 's-Hertogenbosch 3 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW0990, *JPF* 2013/29. Zie: HR 25 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0529, *NJ* 1989/529, m.nt. E.A.A. Luijten (Hilversumse Horeca). De vrouw vordert op grond van de redelijkheid en billijkheid die onder echtelieden geldt, vergoeding voor haar onbetaalde arbeid in de onderneming van de man. De Hoge Raad wijst de vordering af. Zie ook: HR 4 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB8961, *NJ* 1988/678, m.nt. E.A.A. Luijten (Bloemendaalse Horeca). In dit geval waarin partijen onder koude uitsluiting gehuwd waren, vordert de vrouw op grond van art. 1:81 BW de overdracht van één van de (meerdere) horecaondernemingen van de man en subsidiair fl. 500.000 om een vergelijkbare onderneming te kopen. Zij betoogt daartoe, dat zij jarenlang voor de man heeft gewerkt en aldus heeft geholpen zijn imperium op te bouwen. Haar vordering strandt, omdat deze niet past in het (huwelijksvermogens)recht.

180 Kennelijk anders: Reinharz in haar noot onder: Hof 's-Hertogenbosch 3 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW0990, *JPF* 2013/29.

181 Zie: HR 22 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX1571, *NJ* 2006/521, r.o. 3.4.

182 Hof Den Bosch 15 januari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC2730.

Partijen kunnen ook impliciet of expliciet een bepaalde kostenverdeling afspreken.¹⁸³ Een impliciete bevoordelingsbedoeling zou ik echter minder snel willen aannemen, naarmate de investering forser is en duidelijk is dat de eiser die de investering in – bijvoorbeeld – het huis van de gedaagde heeft gedaan, zelf ook de vruchten van de investering beoogde te trekken.¹⁸⁴

Ten derde kunnen er in familiale verhoudingen natuurlijke verbintenissen bestaan, die als rechtvaardigingsgrond gelden voor bepaalde verrichte gunsten en diensten.¹⁸⁵ Is er – bijvoorbeeld – mantelzorg verleend, dan zal dit in de regel niet resulteren in een verrijkingsaanspraak ook al kan die mantelzorg een forse vermogenswaarde vertegenwoordigen. Het verlenen van mantelzorg zal in de regel berusten op een ‘dringende morele verplichting’ als bedoeld in artikel 6:3 lid 2 sub b BW.

(ii) Een andere moeilijkheid bestaat hierin, dat een verrijkingsaanspraak zich naar haar aard richt op een *geïsoleerd* verrijksfeit. De eiser heeft het huis van de gedaagde gerenoveerd en daarin ziet hij een ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde. Dat slechts één ‘losse verrijking’ in de beoordeling wordt betrokken kan problematisch zijn. In een relatie is het een voortdurend geven en nemen. Het kan zo zijn, dat tegenover de verbouwing van het huis staat dat de eiser jarenlang om niet in het huis heeft gewoond. In de regel zal de verrijking zijn ingebed in een web van gunsten en diensten.

De vereisten van artikel 6:212 lid 1 BW geven de ruimte om de gehele relationele vermogensrechtelijke context in de beoordeling te betrekken.¹⁸⁶

Die context kan allereerst een rol spelen bij de vaststelling van de *verrijking* van de eiser. Als de eiser, bijvoorbeeld, het huis van de gedaagde heeft gerenoveerd, terwijl de eiser ‘om niet’ kost en inwoning heeft genoten, dan is dit van invloed op de verrijking van de gedaagde. Tegenover de renovatie van het huis staat dat de gedaagde de kosten van kost en inwoning van de eiser op zich genomen heeft. Deze kosten moeten op de verrijking in minde-

183 Zie recent bijvoorbeeld: Hof Den Haag 7 maart 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:643. Het ging om een bijdrage van de man bij de aflossing van de restschuld van de vrouw. Onverschuldigde betaling, een vergoedingsrecht of ongerechtvaardigde verrijking werd niet aangenomen. ‘De grond daarvoor lag in de samenwoningsrelatie tussen partijen. Zij wilden tezamen de woning aan de [adres] te [plaatsnaam] kopen en hebben daartoe de woning van de vrouw verkocht. Om een en ander te kunnen financieren is de man de schuld aangegaan en partijen zijn er, in elk geval tot het einde van de samenwoning, beiden van uitgegaan dat hieruit geen verplichting voor de vrouw jegens de man voortvloeide.’

184 Zie echter: Hof Amsterdam 28 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2015:162. In deze zaak heeft appelante € 40.000 (!) in de woning van de geïntimeerde zitten. Het hof overweegt dat ‘De investering van [appellante] in het appartement’, het gevolg was ‘[...] van de kenmerkend daartoe door partijen gemaakte afspraak teneinde koop van een gezamenlijk te bewonen appartement mogelijk te maken.’ Het hof wijst de verrijkingsvordering af.

185 Schrama 2014b, par. 4. Zie bijvoorbeeld: Rb. Haarlem 9 juli 2003, ECLI:NL:RBHAA:2003:AI1183, NJF 2003/54.

186 Een andere mogelijkheid is, dat verschillende vorderingen over en weer worden verrekend.

ring worden gebracht. Het komt er in mijn optiek op aan, of één van de partijen, per saldo ongerechtvaardigd is verrijkt na het einde van de relatie.¹⁸⁷

De context van het geven en nemen kan ook – indirect – tot zijn recht komen in het kader van het ongerechtvaardigdheidsvereiste. Het Hof Den Haag oordeelde, in een geval waarin de vrouw op eigen kosten voor de kinderen zorgde en in de woonlasten voorzag terwijl de man het huis renoveerde, tot een al dan niet stilzwijgend overeengekomen kostenverdeling die aan een verrijkingsaanspraak van de man in de weg stond.¹⁸⁸ Wordt een dergelijke stilzwijgende afspraak aangenomen, dan is een eventuele daarmee samenhangende verrijking van de eiser ten koste van de gedaagde niet ongerechtvaardigd. Als een dergelijke kostenverdeling kan worden aangenomen, dan is dit een rechtvaardigingsgrond voor de verrijking. De eventuele onevenwichtigheid van de overeengekomen kostenverdeling doet dan niet ter zake. Hoogstens kan de onevenwichtigheid van de verdeling van invloed zijn op de aannemelijkheid daarvan.

(iii) Het schadevereiste kan een ander obstakel voor postrelationele verrijkingsaanspraken zijn. De eiser heeft alleen een vordering als hij *schade* heeft geleden.

In het bekende arrest *Baartman/Huijberts* werd de vordering van de eiser die het huis van de gedaagde verbouwd had, door het hof afgewezen omdat hij niet kon aantonen dat hij schade had geleden. Volgens het hof leidt het verlies van vrije tijd alleen tot schade, als de eiser kan aantonen dat hij in dezelfde tijd elders betaald werk had kunnen verrichten. Dit was in deze zaak niet het geval, omdat de eiser een uitkering trok. Dit oordeel geeft, aldus de Hoge Raad, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.¹⁸⁹ Zoals we hebben gezien kan de subjectieve invulling van het criterium van de alternatieve aanwendbaarheid worden bekritiseerd en verworpen.¹⁹⁰

Aan het criterium van de alternatieve aanwendbaarheid is zonder meer voldaan als de eiser structureel werkzaam is geweest in het bedrijf van de gedaagde, zoals in het geval dat voor het Gerechtshof 's Hertogenbosch is gekomen.¹⁹¹ In mijn optiek is het bewijs dat de eiser zijn arbeid elders te gelde had kunnen maken – behoudens bijzondere omstandigheden – met de

187 Zie: Hof Amsterdam 28 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:CA2984. Hoewel de vrouw aantoonde dat zij € 2.500 aan de auto had meebetaald, kon – volgens het hof – niet worden vastgesteld dat de man was verrijkt omdat de vrouw geen inzicht had gegeven in de overige verdeling van de huishoudelijke kosten (r.o. 4.7). Het hof houdt de rekening met de inbedding van de verrijking in de algehele vermogensrechtelijke gang van zaken. Overigens lijkt het mij eerder zo, dat het op de weg van de man ligt om de kosten van de huishouding inzichtelijk te maken.

188 Hof Den Haag 22 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3921.

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

190 Zie par. 5.3.5.4.

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

werkzaamheden in het bedrijf van de gedaagde gegeven.¹⁹² Een verrijkingsaanspraak voor de gewerkte en onbetaalde uren is dan in beginsel passend omdat de partner in de onderneming van de andere partner werkt met het oog op een gezamenlijke toekomst. Komt de samenleefsituatie te vervallen dan ligt er een ongerechtvaardigde verrijking voor.

8.4.6.4 Verrijkingsaanspraken na een affectieve relatie; vergelijking met vergoedingsrechten

Een verrijkingsaanspraak kan in het kader van een affectieve relatie (of een andersoortig geval waarin familieleden samenwonen) met name ontstaan in situaties waarin er tijdens het huwelijk of het geregistreerde partnerschap vergoedingsrechten zouden kunnen ontstaan. Er zijn echter verschillen.

(i) Een eerste verschil is dat een vergoedingsrecht ontstaat direct mét de vermogensverschuiving, terwijl een verrijkingsaanspraak pas ontstaat na de breuk, omdat pas dan de grond aan de verrijking komt te ontvallen. Als de eiser bijvoorbeeld een substantiële som geld investeert in het huis van de gedaagde, dan ontstaat er in het kader van een huwelijk of een geregistreerd partnerschap direct een vergoedingsrecht. Geschiedt de investering gedurende een affectieve relatie dan ontstaat er niet met de investering een verrijkingsvordering. Tijdens de relatie is er een rechtvaardigingsgrond, die gevonden kan worden in de bedoeling van de samenlevende partijen om nu en in de toekomst samen te leven. De verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser wordt gerechtvaardigd door de wil van de eiser, die mede wordt bepaald door de wens en de verwachting duurzaam met de gedaagde samen te leven.¹⁹³ Pas als de relatie eindigt komt deze rechtvaardigingsgrond aan de verrijking te ontvallen en kwalificeert de investering van de eiser in het huis van de gedaagde (waarvan hij steeds ook zelf te vruchten heeft geplukt) – behoudens een andersoortige rechtvaardigingsgrond zoals een samenleefovereenkomst of een gift – als een ongerechtvaardigde verrijking.¹⁹⁴ Dit omdat de investering alleen is gedaan met de bedoeling en de verwachting van een gezamenlijke toekomst: komt die verwachting niet uit, dan is er bij afwezigheid van een andersoortige rechtvaardigingsgrond sprake van een ongerechtvaardigde verrijking.

¹⁹² Het hof schat in het bovengenoemde arrest *ex aequo et bono*. Zie r.o. 7.11.

¹⁹³ Vgl. Van Duijvendijk-Brand 1990, p. 69-70 en p. 247-249. Zij ziet – in aansluiting op Duitse schrijvers – de levensgemeenschap als rechtvaardigingsgrond die later weg kan vallen. Overigens zou zij het onderhavige geval, waarin de een in het goed van de ander investeert een – stilzwijgende – verrekenovereenkomst aannemen, zie p. 70.

¹⁹⁴ Vgl. de kernoverweging uit het Oldtimer-arrest waarin de Hoge Raad tot ongerechtvaardigdheid kwam: '[...] door Wolter jr. [is] onweersproken aangevoerd dat de enige reden waarom voor de stalling (en restauratie) geen kosten in rekening zijn gebracht, was gelegen in de bedoeling van de drie vennoten/aandeelhouders om de gehele meerwaarde van de oldtimers na de verkoop ervan in Car Center te investeren.' Nu die bedoeling niet uitkwam was de verrijking ongerechtvaardigd. Zie: HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO4936, NJ 2011/422, m.nt. H.B. Krans (Oldtimers), r.o. 3.7.

(ii) Een tweede verschil is dat de reikwijdte van de algemene verrijkingsactie op tenminste een punt ruimer is dan de vergoedingsrechten. Arbeid verricht in de onderneming of aan het huis van de partner valt, bijvoorbeeld onder de verrijkingsvordering, terwijl dit niet het geval lijkt te zijn bij artikel 1:87 BW.

(iii) Er lijkt nog een derde verschil te zijn. Voor vergoedingsrechten geldt de beleggingsleer.¹⁹⁵ Investeert iemand € 100.000 in het huis van zijn echtgenoot, en stijgt het huis na de investering met 10% in waarde dankzij gunstige marktontwikkelingen, dan heeft hij recht op € 110.000. Daalt de waarde van het huis met 10%, dan hangt het ervan af of de echtgenoot toestemming heeft gegeven voor de investering of niet. Is dit niet het geval dan krijgt hij het nominale bedrag terug (€ 100.000). Is die toestemming er wel, dan heeft hij slechts aanspraak op € 90.000.¹⁹⁶

Wordt tijdens de affectieve relatie geageerd op grond van ongerechtvaardigde verrijking, dan lijkt – in ieder geval op het eerste gezicht – vergoeding van maximaal de nominale waarde het meest voor de hand te liggen. Hier zijn twee redenen voor.

In de eerste plaats kan de vraag worden gesteld, of de waardevermeerdering van het huis wel kwalificeert als een ongerechtvaardigde verrijking. De waardevermeerdering van het huis die het gevolg is van een gunstige markt is géén vermogensverschuiving, zodat het enkele ontbreken van een rechtvaardigingsgrond de verrijking van de huiseigenaar niet ongerechtvaardigd maakt. De verrijking die in de waardestijging van het huis besloten ligt is daarom alleen ongerechtvaardigd als bijzondere omstandigheden tot die conclusie leiden.

In de tweede plaats zal de schade van degene die in het huis heeft geïnvesteerd, niet zonder meer zijn gelijk te stellen met de waardestijging van het huis. De schade lijkt niet groter te zijn dan het geïnvesteerde – nominale – bedrag vermeerderd met een renteopslag.

Toch is de beleggingsleer, op basis waarvan de verrijkingsschuldeiser ook aanspraak kan maken op waardevermeerdering goed verdedigbaar. De horde van het ongerechtvaardigdheidsvereiste kan in mijn optiek zonder veel problemen genomen worden. Ondanks het feit dat de waardevermeerdering níet ligt besloten in een vermogensverschuiving tussen de eiser en de gedaagde, kunnen er twee redenen worden aangewezen waarom de verrijking van de huiseigenaar ten koste van degene die erin heeft geïnvesteerd, toch ongerechtvaardigd is. Enerzijds ligt de waardestijging in het verlengde van de vermogensverschuiving. De € 100.000 van de eiser 'zit' in het huis dat in waarde gestegen is. Anderzijds gaat de wet bij de vergoedingsrechten bij het huwelijk uit van de beleggingsleer. Kennelijk ligt daar de verkeersopvatting aan ten grondslag dat degene die investeert in het goed van de levens-

195 Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/187.

196 Vergelijkbare cijfermatige voorbeelden worden gegeven in: Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/187.

partner in de winst behoort te delen. De gedachte behoort door te werken bij de invulling van het ongerechtvaardigdheidsvereiste.

Ook de horde van het schadevereiste is in mijn optiek te nemen. Als schade zou gezien kunnen worden de kans die de eiser verloren heeft laten gaan om zijn geld in een vergelijkbaar beleggingsobject te steken. Dit betoog is met name zinnig als de onroerendgoedmarkt goed geweest is. Bovendien zou betoogt kunnen worden dat de beleggingsleer bij de invulling van het schadevereiste van artikel 6:212 lid 1 BW door behoort te werken. De Hoge Raad heeft immers een vergelijkbare juridisch-technische tournure gemaakt in het *Subway*-arrest.¹⁹⁷ De schade werd daar begroot op een redelijke huurprijs. Daar werkten bepalingen uit het huurrecht door in de vaststelling van de omvang van de schade. Hier zou de beleggingsleer van artikel 1:87 lid 2 BW reflexwerking kunnen hebben.

Overigens zou de beleggingsleer ook nadelig voor de eiser kunnen zijn. De recente geschiedenis heeft aangetoond dat huizenprijzen niet alleen kunnen stijgen, maar ook kunnen dalen. Wordt de beleggingsleer toegepast, dan kan de eiser ook minder terugkrijgen dan het nominaal geïnvesteerde bedrag. Die negatieve kant van de beleggingsleer is heel goed in het verrijksleerstuk in te passen. Daalt de waarde van het investeringsobject in waarde, dan zou hierin heel wel een vermindering van de verrijking gezien kunnen worden die niet aan de verrijkte gedaagde kan worden toegerekend. Daalt de waarde van het huis met 10%, dan daalt het op grond van ongerechtvaardigde verrijking te vergoeden bedrag met 10% op grond van artikel 6:212 lid 2 BW.¹⁹⁸

8.5 DE AFWIKKELING VAN DE OVEREENKOMST

8.5.1 Algemeen

In de vorige paragraaf functioneerde de verrijksactie als een surrogaat voor een afwezige overeenkomst. Vanaf nu bekijken we wanneer de algemene verrijksactie een rol kan spelen in gevallen waarin er wél een overeenkomst tussen de verrijkte gedaagde en de verarmde eiser bestaat of heeft bestaan. Bestudeerd wordt, op welke wijze artikel 6:212 lid 1 BW de contractuele remedies zoals nakoming, schadevergoeding en ontbinding kan aanvullen. Het gaat derhalve om de rol van de ongerechtvaardigde verrijking bij de afwikkeling van de obligatoire overeenkomst.

Het zal niet vaak voorkomen dat de verrijksvordering iets toevoegt aan het overeenkomstenrecht, zelfs als een geval – in theorie – in verrijksrechtelijke termen kan worden gevat. Een voorbeeld. Een dressuurpaard,

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

198 Heeft de gedaagde stiekem het vermogen van de eiser gebruikt, dan is een eventuele vermindering van de verrijking wél toerekenbaar.

door eiser gekocht voor € 20.000, steekt zijn tong uit tijdens het rijden en lijdt aan een onverwacht euvel: 'patella fixatie'.¹⁹⁹ De eiser spreekt de verkoper onder meer aan op grond van ongerechtvaardigde verrijking. De gedachte is kennelijk, dat de eiser € 20.000 voor een gezond paard heeft neergeteld, terwijl hij een paard met een mankement gekregen heeft. Gelet op het stranden van de vorderingen op grond van bedrog, dwaling en non-conformiteit wijst de Rechtbank Den Haag de verrijkingsvordering echter af.²⁰⁰ Dit is terecht. Of er reden is voor (partiële) vernietiging of prijsvermindering, wordt afdoende geregeld door bijzondere contractuele leerstukken waarbij recht kan worden gedaan aan alle omstandigheden van het geval.

Het komt echter voor, dat bij de afwikkeling van de overeenkomst een specifieke regel uit de overeenkomst of uit het overeenkomstenrecht (of uit een ander rechtsgebied) als 'neveneffect' heeft, dat er een voordeel bij één van de contractspartijen blijft hangen, zonder dat partijen of de wetgever dit hebben beoogd.

Als voorbeeld kan dienen een geval waarin óók door de wetgever is voorzien.²⁰¹ Wanneer één van de partijen tekortschiet in de nakoming van een op hem rustende verbintenis zonder dat dit hem kan worden toegerekend, dan is deze partij voor de tekortkoming geen schadevergoeding verschuldigd. Het kan evenwel zo zijn, dat de tekortschietende partij een voordeel geniet dat hij zonder de overmachtssituatie niet zou hebben genoten terwijl de schuldeiser met zijn schade blijft zitten. Artikel 6:78 BW bepaalt dan, dat moet worden onderzocht, of er ter zake van dit voordeel verrijksaansprakelijkheid bestaat als bedoeld in artikel 6:212 lid 1 BW.

Zoals we zullen zien, zijn er buiten de gevallen waar artikel 6:78 BW op ziet, méér van dit soort gevallen. Onderzocht wordt welke rol de algemene verrijkingsactie kan spelen bij de afwikkeling van een contractuele relatie in gevallen waarin een contractuele regel een verrijking van de ene partij ten koste van de andere als neveneffect heeft.

8.5.2 Twee wegen van aanvulling

De vraag kan echter worden gesteld of de *buitencontractuele* algemene verrijkingsactie wel een rol te vervullen heeft in een contractuele verhouding. Hier is verschillend over gedacht.

Bregstein ziet geen ruimte voor een verrijkingsactie. De reden spreekt tot de verbeelding. 'De wilsovereenstemming' – zo betoogt Bregstein – 'schakelt een onbegrensd aantal zowel geschreven als ongeschreven rechtsnormen in.'²⁰² Destijds ging het (wat de ongeschreven rechtsnormen betreft) om de goede trouw; thans kan worden gewezen op de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Het rechtshandelingen-

199 Rb. Den Haag 1 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ964, *NJF* 2013/291.

200 R.o. 4.12.

201 Het voorbeeld wordt ook gebruikt bij: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/477.

202 Bregstein 1948, p. 256.

en overeenkomstenrecht is daarmee – dogmatisch gezien – een sluitend net dat geen aanvulling van de buitencontractuele verrijksactie behoeft, omdat het de rechter voldoende ruimte geeft om rekening te houden met alle omstandigheden van het geval. Door de aanvullende- en beperkende redelijkheid en billijkheid heeft de rechter altijd de ruimte om het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht aan te vullen of te corrigeren om een eventueel rechtstekort weg te nemen.

Tegenwoordig wordt de verhouding tussen ongerechtvaardigde verrijking in de literatuur ‘losser’ gezien. Hartkamp sluit bijvoorbeeld niet uit dat de verrijksactie in een contractuele verhouding een rol kan spelen, zolang een vermogensverschuiving die op de overeenkomst gebaseerd is ongemoeid blijft. ‘[W]aarom zou de verrijksactie [...] geen functie mogen vervullen als het contract zwijgt?’²⁰³ Hij voegt eraan toe, dat de maatstaf van de contractuele redelijkheid en billijkheid even heteronoom is als de billijkheid waarop de algemene verrijksactie is gebaseerd. Ook de visie van Schoordijk is in de loop van de tijd ietwat gekenterd. ‘Aan een actie uit ongegronde verrijking’, zo luidt de bijzonder krachtige titel van een WPNR-artikel uit de jaren ‘70 ‘dienen wij in geval van een contract niet toe te komen.’²⁰⁴ Later echter, acht hij een verrijksactie binnen een contractuele verhouding onder omstandigheden mogelijk, als de verrijksvragen maar de ‘kleur’ aannemen van de overeenkomst.²⁰⁵

Deze lossere aanpak is terecht. Het vermogensrecht biedt, gelet op het niet subsidiaire karakter van de verrijksvordering, twee wegen om een ‘ongerechtvaardigde verrijking’ die in een contractuele verhouding is ontstaan ongedaan te maken. Zou artikel 6:78 BW, bijvoorbeeld, ontbreken, dan zou langs twee wegen een vergelijkbaar resultaat kunnen worden bereikt. Enerzijds via de aanvullende of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Anderzijds via de weg van de ongerechtvaardigde verrijking. Het zijn twee middelen die de ‘normale’ rechtsregels kunnen aanvullen en corrigeren als de omstandigheden van het geval daarom vragen. Bovendien kan niet worden gezegd, dat één van de wegen de meest logische of voor de hand liggende is. In wezen grijpen de maatstaven van de verschillende leerstukken in elkaar. Als de overeenkomst wordt aangevuld door de redelijkheid en billijkheid, dan zal het verrijks*beginsel* de redelijkheid en billijkheid mede inkleuren.²⁰⁶ Als geageerd wordt op grond van ongerechtvaardigde verrijking, dan zal artikel 6:212 lid 1 BW mede beheerst worden door de overige tussen de partijen geldende rechtsverhouding.

In de dadelijk te bespreken rechtspraak van de Hoge Raad is, in lijn met de ‘lossere’ visie, plaats te bespeuren om het arsenaal van contractuele remedies aan te vullen met de verrijksactie, ook al zullen de gevallen in de regel evenzeer met de aanvullende redelijkheid en billijkheid kunnen wor-

203 Hartkamp 2001, p. 317.

204 Schoordijk 1991, p. 346.

205 Schoordijk 1986, p. 7. In instemmende zin, Wissink 2002, p. 30.

206 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/477.

den opgelost. Steeds gaat het, als gezegd, om gevallen waarbij in de feitelijke gang van zaken een voordeel – veelal als gevolg van een specifieke regel – blijft hangen bij één van de contractspartijen, zonder dat dit de partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen heeft gestaan. Daarbij is de constatering, dat contractuele normen en verrijkingnormen in elkaar grijpen niet zonder betekenis. Bedenkingen tegen de arresten komen er veelal op neer, dat er ofwel te weinig gewicht is toegekend aan het verrijkingselement, ofwel dat er te weinig gewicht is toegekend aan de algehele tussen de partijen bestaande contractuele rechtsverhouding.

8.5.3 Het belang van hetgeen tussen partijen is overeengekomen

8.5.3.1 Algemeen

De ruimte voor een verrijkingsovereenkomst wordt in belangrijke mate bepaald door de inhoud van de tussen partijen geldende overeenkomst.²⁰⁷ Het komt daarmee voor een belangrijk deel aan op de reguliere regels van uitleg. Wordt de verrijking van de ene contractspartij ten koste van de andere contractspartij gedekt door de – overigens onaantastbare – partijafsprake dan ligt er géén ongerechtvaardigde verrijking voor.

Illustratief is het *Black Hole*-arrest. Ermer maakt geld over naar een Amerikaans bedrijf: Black Hole.²⁰⁸ ABN Amro maakt een fout en voert de opdracht tweemaal uit. Ermer stemt ermee in dat de bank haar rekening tweemaal debiteert in de verwachting het bedrag van Black Hole terug te krijgen. Wanneer dit niet lukt, spreekt Ermer de ABN Amro Bank tevergeefs aan op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Of Ermer het 'teveel' gedebiteerde bedrag terug kan krijgen, hangt af van de uitleg van de overeenkomst. De eventuele onevenwichtigheid van de inhoud van de overeenkomst zoals die in rechte komt vast te staan, maakt de verrijking van ABN-Amro niet ongerechtvaardigd. Of er plaats is voor een verrijkingsovereenkomst is niet van belang. Of er plaats is voor een verrijkingsovereenkomst is niet van belang.

Er zal met name ruimte zijn voor een verrijkingsovereenkomst, indien de verrijking voortvloeit uit een overeenkomst die niet tot een verrijkingsovereenkomst leidt.²⁰⁹

²⁰⁷ Zie par. 6.5.2.4.

²⁰⁸ HR 30 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6338, NJ 2000/536 (Ermer/ABN-AMRO). Zie: par. 6.5.2.2-6.5.2.3.

²⁰⁹ Hartkamp drukt het zo uit, dat een verrijkingsovereenkomst mogelijk is indien de overeenkomst 'ruimte' laat voor een verrijkingsovereenkomst. Zie Hartkamp 2001, p. 317.

8.5.3.2 *Lisman van Raay/Sint Willibrordus*

In het arrest *Lisman van Raay/Sint Willibrordus* komt de verrijking van de koper van een kerkgebouw uit de hemel neerdalen.²¹⁰ De Lisman van Raay Stichting (LRS) verkoopt in 1986 een kerkgebouw aan de Sint Willibrordus Stichting (Willibrordus). Tegelijkertijd komen partijen overeen dat bepaalde in het kerkgebouw aanwezige kunstvoorwerpen door LRS aan Willibrordus worden verhuurd. De bedoeling was dus dat LRS eigenaar zou blijven van de kunstvoorwerpen. Achteraf bleek echter, dat een deel van de verhuurde kunstvoorwerpen door het kerkgebouw was nagetrokken, zodat het eigendomsrecht van Willibrordus op het kerkgebouw – buiten de verwachting van partijen om – een aantal van de kunstvoorwerpen mede omvatte. De specifieke in elkaar grijpende regels en beginselen van het goederenrecht hebben in deze zaak als ‘neveneffect’, dat de bedoeling van partijen dat LRS eigenaar van de kunstvoorwerpen zal blijven, wordt doorkruist.

Het hof is van oordeel dat de verrijking van Willibrordus die hierin ligt besloten niet ongerechtvaardigd is. De overeenkomst legitimeert de levering en de overdracht van het kerkgebouw inclusief alle bestanddelen. De Hoge Raad casseert. Als de partijen de verkoop van de kunstvoorwerpen niet hadden beoogd, dan schuilt er volgens de Hoge Raad in de overdracht van het kerkgebouw een ongerechtvaardigde verrijking voor zover de door de koper ‘gehuurde’ kunstvoorwerpen bestanddeel van het kerkgebouw zijn geworden.²¹¹

Hoewel het ongerechtvaardigdheidsoordeel terecht is – Willibrordus krijgt immers méér dan hem is beloofd – is de vordering van LRS op Willibrordus niet geheel zonder problemen. Zou Willibrordus de schade van LRS moeten vergoeden, dan zou een *lump sum* op het eerste gezicht voor de hand liggen. Dit is echter problematisch indien Willibrordus niet van plan was de kunstvoorwerpen aan te schaffen tegen een meerprijs. Dit zou in mijn optiek kunnen leiden tot reductie van de schadevergoeding in het kader van het redelijkheidsvereiste. Waarom immers, zou alleen Willibrordus het risico van de wederzijdse dwaling dragen?²¹²

Een andere denkbare weg is om LRS in plaats van schadevergoeding in geld, slechts een wegneemrecht te gunnen in het kader van artikel 6:103 BW voor zover de voorwerpen zonder schade kunnen worden weggehaald. Een derde mogelijkheid is om de maandelijkse huurpenningen bij wijze van redelijke schadevergoeding voor het verleden in stand te laten en voor de toekomst te laten voortduren. Deze oplossing ligt in de buurt van conversie.

210 HR 23 september, ECLI:NL:PHR:2005:AT2620, NJ 2006/100 (*Lisman van Raay Stichting/Sint Willibrordus Stichting*).

211 Instemmend: Van Maanen, 2006, p. 42.

212 Het redelijkheidsvereiste is – in een soortgelijke casus – op een dergelijke manier gehanteerd in: Hof Amsterdam 18 augustus 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK3847, NJF 2010/1, r.o. 4.11.6-4.11.7. Zie over de balancerende werking van het redelijkheidsvereiste o.m.: par. 7.3.1.

Waar het om gaat, is dat de *inhoud* van de overeenkomst kan doorwerken en zou moeten kunnen doorwerken bij de invulling van de aan artikel 6:212 lid 1 BW gestelde vereisten.

8.5.3.3 De Krom/Logtestijn

Een ander geval waarin de inhoud van de overeenkomst van belang is voor de toelaatbaarheid van de verrijkingsvordering is het arrest *De Krom/Logtestijn*.²¹³ Het vergt in dit geval een aanloop om het belang van de partijbedoeling voor de toewijsbaarheid van de verrijkingsvordering aan te stippen.

In het geval dat aan dit arrest ten grondslag ligt, ontstaat de verrijking van één van de partijen, door een regel afkomstig uit de faillissementswet die van invloed is op de tussen partijen geldende overeenkomst. De kopers van een aantal te bouwen woningen geven Van Iersel B.V. in het kader van het bouwproject een meerwerkopdracht. In de overeenkomst is bepaald dat 25% van de aanneemsom met betrekking tot het meerwerk direct betaald moet worden; het restant kan pas gedeclareerd worden als de meerwerkopdracht is voltooid. Vóór de voltooiing van het meerwerk gaat Van Iersel echter failliet. De curator laat de kopers desgevraagd weten dat hij de overeenkomst niet gestand zal doen. Dit betekent voor een geval zoals dit, waarin beide partijen de overeenkomst niet (geheel) zijn nagekomen, dat de curator géén nakoming van de overeenkomst kan vorderen op grond van artikel 37 Fw en dat de kopers dit evenmin kunnen. Het meerwerk blijft onvoltooid.

Kiezen de kopers daarop voor ontbinding, dan zal de curator een waardevergoeding kunnen vorderen op grond van artikel 6:272 BW voor het reeds door van Iersel verrichte werk. Maar kiezen de kopers niet voor ontbinding, dan lijkt er ten gevolge van artikel 37 Fw een voordeel bij de kopers te blijven hangen, indien de werkzaamheden van Van Iersel een grotere waarde hebben dan de aanbetseling van 25% die de kopers hebben gedaan. De kopers hebben immers méér gekregen dan waar zij voor betaald hebben, terwijl de curator geen nakoming van de overeenkomst kan verlangen door de werking van artikel 37 Fw.²¹⁴

De curator stelt een verrijkingsactie in. In een prejudiciële procedure wordt de Hoge Raad gevraagd of artikel 37 Fw – die de curator de nakomingsvordering uit handen slaat – een vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking uitsluit als de wederpartij van de gefailleerde niet voor ontbinding kiest.

213 HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2729, NJ 2017/19, m.nt. F.M.J. Verstijlen (De Krom/Logtestijn).

214 Dit is niet de eerste zaak waar het probleem speelt. Het Hof Arnhem-Leeuwarden lost het probleem bijvoorbeeld op door een beperkte uitleg aan art. 37 Fw te geven, in die zin dat de curator wél de tegenprestatie kan vorderen voor het gedeelte van het werk dat de gefailleerde voor het faillissement heeft verricht. Het hof trekt een analogie met art. 7:763 BW. Zie: Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2014, JOR 2014/146, m.nt. T.T. van Zanten, r.o. 4.6.

De Hoge Raad beantwoordt deze vraag ontkennend en verwijst daarbij allereerst naar de strekking van artikel 37 Fw. De bepaling strekt ertoe te bewerkstelligen dat de wederpartij van de failliet niet door de curator gedwongen kan worden de overeenkomst na te komen, zonder dat duidelijk is of de boedel de daartegenover staande verplichting zal voldoen.²¹⁵ De Hoge Raad merkt op dat artikel 37 Fw, naar zijn strekking, niet van toepassing is op de situatie waarin de gefailleerde voor de faillietverklaring een prestatie heeft verricht, maar de wederpartij nog niet de verschuldigde tegenprestatie, die op grond van de overeenkomst opeisbaar is geworden.²¹⁶ Maar hoe zit het als de tegenprestatie van de wederpartij – zoals in het geschil tussen de kopers en de curator – nog niet opeisbaar is geworden, maar er wel méér werk is verricht dan correspondeert met de reeds betaalde termijnen? Dan sluit, aldus de Hoge Raad, de strekking van artikel 37 Fw niet uit dat de wederpartij aansprakelijk kan zijn op grond van ongerechtvaardigde verrijking met betrekking tot het *reeds verrichte* deel van de prestatie.²¹⁷ Daarbij speelt een rol, dat de wetgever niet wilde afwijken ten opzichte van het oude recht, waarin de overeenkomst van rechtswege werd ontbonden, indien de curator de overeenkomst niet gestand wenste te doen. Onder artikel 37 Fw (oud) ontstonden er aldus ongedaanmakingsverbintenissen.

Het tussen partijen overeengekomene kan echter aan de verrijkingsvordering van de curator in de weg staan. Dit is het geval indien de verrijkingsvordering contractueel is uitgesloten of als er in de overeenkomst een rechtvaardiging voor de verrijking besloten ligt. Dit laatste zal niet te snel mogen worden aangenomen.²¹⁸

‘Het enkele feit dat de overeenkomst inhoudt dat de tegenprestatie voor een prestatie eerst verschuldigd wordt na voltooiing van die prestatie, sluit echter een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking niet uit. Dat is slechts anders indien de overeenkomst niet slechts ertoe strekt het tijdstip van opeisbaarheid van de tegenprestatie te regelen, maar (ook) ertoe strekt dat bij het niet volledig voltooid zijn van de desbetreffende prestatie geen vergoeding door de wederpartij verschuldigd is.’

Artikel 37 Fw kan als neveneffect hebben, dat de wederpartij van de gefailleerde wordt verrijkt door de faillissementssituatie. Deze verrijking kan ongerechtvaardigd zijn, voor zover de partijen hier geen andersluidende voorziening voor hebben getroffen. Kan de overeenkomst echter worden gezien als een rechtvaardiging voor de verrijking van de wederpartij, of is een beroep op ongerechtvaardigde verrijking uitgesloten, dan wordt de ver-

215 Zie HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2729, NJ 2017/19, m.nt. F.M.J. Verstijlen (De Krom/Logtestijn), r.o. 3.5.2. Zie ook: HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2730, NJ 2017/20, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Poot/Peters), r.o. 3.4.3-3.4.7.

216 HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2729, NJ 2017/19, m.nt. F.M.J. Verstijlen (De Krom/Logtestijn), r.o. 3.5.3.

217 HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2729, NJ 2017/19, m.nt. F.M.J. Verstijlen (De Krom/Logtestijn), r.o. 3.6.3.

218 HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2729, NJ 2017/19, m.nt. F.M.J. Verstijlen (De Krom/Logtestijn), r.o. 3.6.4.

rijking niet zozeer veroorzaakt door artikel 37 Fw, maar door de risicoverdeling die in de overeenkomst besloten ligt. Van een ongerechtvaardigde verrijking is dan geen sprake.

Er rijst nog een andere vraag. Wat zou rechtens zijn, indien de overeenkomst tussen de gefailleerde en diens wederpartij slechts de opeisbaarheid regelt (en de verrijkingsvordering dus in beginsel mogelijk is), maar de wederpartij van de gefailleerde desalniettemin slechts belang heeft bij de voldoening van de volledige prestatie: kan hij dan toch onverkort op grond van ongerechtvaardigde verrijking worden aangesproken voor de deelprestatie?

Ik zou menen dat dit niet zonder meer zo is. Enerzijds zal de aansprakelijkheid geheel of ten dele kunnen afstuiten op de verrijking. Het kan zijn dat een 'halve' prestatie waardeloos is voor de gedaagde. Anderzijds kan de redelijkheid aan de verrijkingsvordering in de weg staan. Als de wederpartij duidelijk kan maken dat hij – naar objectieve maatstaven – slechts prijs stelt op de *volledige* prestatie, dan kan de verrijkingsaanspraak hier geheel of ten dele op afstuiten. De 'logica' van het contract – de wederpartij heeft voor de hele prestatie getekend – zou onder omstandigheden geheel of ten dele aan verrijkingsaansprakelijkheid in de weg kunnen staan. Het belang van de 'logica' van de contractuele rechtsverhouding is een onderwerp dat nu aan de orde komt.

8.5.4 Het belang van contractueel gekleurde overwegingen bij de toepassing van de verrijkingsvordering

8.5.4.1 *Het belang van de strekking van de overeenkomst*

In de vorige deelparagraaf ging het over de invloed van hetgeen overeengekomen is op de toewijsbaarheid van de verrijkingsactie. Daarbij ging het om de precieze partijafsprake. In het arrest *Lisman van Raay/Sint Willibrordus* was er juridisch méér in eigendom overgedragen dan partijen expliciet hadden voorzien. In een geval zoals dat aan *De Krom/Logtestijn* ten grondslag ligt, kan de specifieke inhoud van de overeenkomst verrijkingsaansprakelijkheid uitsluiten. Los van hetgeen precies overeen is gekomen, kan de strekking van de overeenkomst – mijns inziens – aan verrijkingsaansprakelijkheid in de weg staan, indien verrijkingsaansprakelijkheid niet goed in overeenstemming te brengen is met de totaliteit van hetgeen overeengekomen is.²¹⁹ Een voorbeeld gaf ik aan het eind van de vorige deelparagraaf. Het kan in een artikel 37 Fw-geval zo zijn dat de wederpartij van de gefailleerde niets aan een 'halve' prestatie heeft gehad. De wederpartij van de gefailleerde heeft, als gezegd, voor de hele prestatie getekend. Dit kan aan aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking in de weg staan.

219 Vgl. Schoordijk 1986, p. 7; Schoordijk 1996, p. 866; Wissink 2002, p. 30; Vgl. Meijer 2007, p. 180 bij wie de rechtshandeling één van de vier gezichtspunten is, bij de beoordeling of een bepaalde verrijking ongerechtvaardigd is.

8.5.4.2 *Proav/Ava, een opmerkelijk arrest*

Een arrest waarin de 'logica' van de tussen partijen bestaande overeenkomst wat door de 'logica' van de verrijkingsvordering lijkt te worden overvleugeld is het arrest *Proav/Ava*.²²⁰

De complexe casus komt in essentie op het volgende neer. De strijdende partijen²²¹ hebben samen *Recept* opgericht om een afvalstation te exploiteren. Dit mislukte. Eén van de partijen – de eiser – wilde de stekker uit het project halen, de andere partij – de gedaagde – wilde dóór. Op 30 juni 1995 werd de samenwerking beëindigd. Daarbij werd enerzijds overeengekomen dat de gedaagde de activa en passiva van *Recept* geheel in handen zou krijgen. Anderzijds huurde de gedaagde van de eiser een loods voor een termijn van zeven jaar. Bijzonder was, dat in de jaarlijkse huurtermijnen van f 780.000 een component van f 514.000 aan verliescompensatie begrepen was voor het mislukte afvalverwerkingsproject. De overeenkomst bevatte bovendien een boeteclausule van f 1.500.000 voor het geval de gedaagde de overeenkomst zou opzeggen of voor het geval dat de gedaagde aanleiding gaf tot ontbinding.

Het was echter niet de gedaagde die als huurder aanleiding tot ontbinding gaf, maar de eiser als verhuurder. In rechte slaagde de gedaagde er namelijk in de overeenkomst te ontbinden, omdat de eiser landbouwfolie in de loods van de gedaagde had opgeslagen en weigerde deze weg te halen. Het gevolg van de ontbinding was, dat de gedaagde op grond van artikel 6:271 BW bevrijd was van de verplichting om de huurtermijnen (met de verliescompensatie) te blijven betalen. Door deze besparing is de gedaagde verrijkt.

De door de eiser ingestelde verrijkingsactie slaagt. De Hoge Raad accordeert het oordeel van het hof dat de ontbinding in deze bijzondere omstandigheden tot een ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde leidt. Beslissend is enerzijds de bijzondere omstandigheid dat in de jaarlijkse huurtermijn een niet aan de huur gerelateerde verliescompensatie besloten ligt. Anderzijds hebben de partijen deze situatie, waarin de ontbinding van de huurder leidt tot een aanzienlijke kostenbesparing aan de kant van de huurder, niet voorzien. Tegen deze achtergrond kan – aldus het hof en de Hoge Raad – artikel 6:271 BW noch artikel 6:277 BW de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser rechtvaardigen. De stelling van de gedaagde, dat de eiser de winstgevende exploitatie van *Recept* heeft gedwarsboord door de tekortkoming die aanleiding gaf tot ontbinding (de opslag van landbouwfolie in de door de gedaagde gehuurde loods), maakt dit volgens hof en Hoge Raad niet anders. De gedaagde had de schade, om die met de verrijkingsaanspraak te verrekenen, moeten concretiseren.

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

221 In de casus ging het om verschillende aan elkaar gelieerde rechtspersonen, bij de weergave van de casus worden de partijen tot twee kampen 'vereenzelvigd'.

Hoewel het door de Hoge Raad gesanctioneerde oordeel van het hof sterk met de feiten verweven is, wringt het oordeel wat. De toepassing van artikel 6:212 BW heeft iets van een eenvoudige verrijgingsrechtelijke reken-som. (1) De overeenkomst strekte mede tot betaling van verliescompensatie; (2) de overeenkomst is ontbonden omdat de eiser zich gedroeg als een slecht *verhuurder*; (3) dat heeft dus niets van doen met de verliescompensatie; (4) de besparing van de gedaagde op de verliescompensatie wordt bovendien niet gelegitimeerd door de overeenkomst omdat zij niet is voorzien. Dit alles leidt tot de slotsom dat de gedaagde door de ontbinding ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de eiser.

Echter, als de stelling van de gedaagde klopt, dat de eiser door zijn wanprestatie de exploitatie van *Recept* heeft gedwarsboemd – en de verhuur van de loods een essentieel onderdeel is geweest van de afspraken omtrent *Recept* – dan lijkt mij dat de ontbinding wel degelijk kan rechtvaardigen dat de gedaagde geheel of ten dele is ontslagen van het betalen van verliescompensatie. Het arrest komt de Hoge Raad dan ook op kritiek te staan van De Jong:²²²

‘[B]innen de contractuele context die bepalend is voor de vraag of de verrijking gerechtvaardigd is [,wordt] een sterke nadruk gelegd op het belang van de expliciet afgesproken prestaties. Zeker echter waar die in dit geval aan één zijde van een bijzonder karakter is – niet enkel huur maar ook een aanzienlijke verliescompensatie – lijkt nadere aandacht voor de strekking van het overeengekomene op zijn plaats. Daarbij zouden de door Proav [de gedaagde, Tvdl] naar voren gebrachte omstandigheden van wezenlijk belang kunnen zijn, en kan wellicht ook een rol spelen of daarbinnen de situatie die is ontstaan door de wanprestatie van AVA [de eiser, Tvdl] voor haar risico dient te komen. Het betreft hier professionele en grote contractspartijen, waarvan de verhuurder is overeengekomen een toegezegd bedrag te integreren in een huurbetaling, en die vervolgens zelf tekortschiet binnen een contract waarin die situatie niet is voorzien.’

Doordat de verrijgingsrechtelijke redenering is betrokken op een geïsoleerde verrijking – hier: de besparing van verliescompensatie – kan makkelijk aan de totaliteit van de rechtsverhouding zoals die tussen partijen bestaat – hier: de samenhang van de verschillende overeenkomsten – voorbij worden gegaan. Noodzakelijk is dit niet. Ik meen met De Jong dat de inhoud van de hele tussen de partijen bestaande rechtsverhouding kan (en moet) worden betrokken bij de beantwoording van de vraag of de door de ontbinding veroorzaakte bevrijding van de plicht tot het betalen van verliescompensatie een ongerechtvaardigde verrijking oplevert. Bij de beoordeling van het welslagen van de verrijgingsactie, moet rekening worden gehouden met de logica van de tussen de partijen bestaande rechtsverhouding. In mijn optiek schiet de motivering van het door de Hoge Raad gesanctioneerde oordeel van het hof op dat punt wat tekort.

222 De Jong 2011, nr. 3 in fine.

8.5.4.3 *De invloed van de vernietigings- of ontbindingsgrond op de redelijkheid van de verrijkingsaanspraak voor het genoten gebruik*

Naast de strekking van de overeenkomst, kunnen vermogensrechtelijke overwegingen die in het verlengde liggen van specifieke regels van belang zijn voor de beoordeling van de toewijsbaarheid van de verrijkingsvoordeling. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van verschillende gevallen waarin de eiser de gedaagde uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking aanspreekt voor het gebruik van een zaak of recht, na de vernietiging of ontbinding van een koopovereenkomst. Anders dan bij het cynische onbevoegde gebruik van andermans goed, gaat het hier om regulier gebruik dat veelal eerst achteraf – na de ontbinding of de vernietiging – problematisch wordt. Of een verrijkingsactie slaagt, zal ervan afhangen of de gedaagde met het gebruik is verrijkt en of schadevergoeding redelijk is. De omstandigheden die ontbinding en vernietiging rechtvaardigen kunnen, zoals we zullen zien, van invloed zijn op het ontstaan en de omvang van de verrijkingsaansprakelijkheid.

Koopt de gedaagde een zaak en slaagt hij erin de overeenkomst wegens, bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden te vernietigen, dan zal een verrijkingsaanspraak voor het gebruik, ingesteld door de verkoper, in beginsel niet redelijk zijn. De verkoper die zich schuldig maakt aan bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden heeft de schade dan immers aan zichzelf te wijten.²²³ Bovendien zou de koper kunnen betogen, dat het gebruiksvoordeel hem is opgedrongen, omdat hij de later vernietigde koopovereenkomst louter is aangegaan onder invloed van een wilsgebrek die is veroorzaakt door de verkoper. Bij vernietiging wegens dwaling zal iets soortgelijks gelden indien de dwaling is veroorzaakt door de schending van een mededelingsplicht of een onjuiste mededeling van de verkoper. Is het echter de *verkoper* die met succes vernietigt wegens bedrog, bedreiging of misbruik van omstandigheden van de *koper*, dan zou een door de koper te betalen gebruiksvergoeding een alleszins haalbare kaart zijn wanneer het gebruiksvoordeel substantieel is geweest.

De vraag naar een gebruiksvergoeding kan ook rijzen wanneer de koper de koopovereenkomst ontbindt vanwege non-conformiteit. Het is een onderwerp dat de wetgever uit de koopregeling heeft gelaten.²²⁴ Een verrijkingsaansprakelijkheid zal, in de visie van Hijma, dan ook niet snel ontstaan als de koper slechts een geringe tijd onder zich heeft gehad; een te snelle verrijkingsaansprakelijkheid is niet in overeenstemming met het stelsel van de wet.²²⁵ Mede als gevolg van de klachtplicht ex artikel 7:23 BW, op grond waarvan de koper binnen bekwame tijd moet klagen, zal het bovendien feitelijk niet snel voorkomen dat de koper een zaak lang genoeg onder zich

223 Gedacht zou ook kunnen worden aan een beroep op eigen schuld ex 6:101 BW. Zie daarover par. 5.3.8.

224 Asser/Hijma 7-I* 2013/400 en de aldaar gegeven verwijzing naar de wetsgeschiedenis.

225 Asser/Hijma 7-I* 2013/522a in samenhang gelezen met nr. 400.

heeft om hem uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking aansprakelijk te houden voor het gebruik.²²⁶

Toch kan het voorkomen dat de koper een zaak vóór de ontbinding langere tijd onder zich heeft gehad. Het kan gaan om een gebrek die moeilijk te ontdekken was, het kan ook gaan om een situatie waarin meerdere malen – tevergeefs – herstel heeft plaats gevonden. Een verrijkingsaanspraak voor het gebruik kan dan aan de orde zijn.²²⁷ Maar hoe om te gaan met het feit dat de gekochte zaak níet aan de overeenkomst heeft beantwoord? Er zijn twee vereisten waarmee recht kan worden gedaan aan de non-conformiteit van de door de koper gebruikte zaak. Het kan, in de eerste plaats, zijn weerslag hebben op de omvang van de verrijking. Een zaak die niet aan de overeenkomst beantwoordt, zal in de regel immers minder gebruiksgenot opleveren.²²⁸ In de tweede plaats kan het gebrek van de zaak zodanig zijn, dat de verplichting tot het betalen van schadevergoeding voor de ongerechtvaardigde verrijking die in het gebruik besloten ligt, in het geheel niet redelijk is.²²⁹

De redelijkheid zal wellicht bij een consumentenkoop vaker verrijkingsaansprakelijkheid in de weg staan. Weliswaar laat richtlijn 1999/44/EG toe dat bij de terugbetaling van de koopprijs rekening wordt gehouden met het gebruik dat de consument van de zaak heeft gehad – de 15^e considerans laat die mogelijkheid expliciet open – maar de consument moet wél voldoende beschermd worden, wanneer hij wordt geconfronteerd met een non-conforme zaak.²³⁰ Vanuit dit perspectief zou de vraag kunnen worden gesteld, of in een geval, waarin de consument ernstig overlast ondervindt van een gebrekkige zaak, een gebruiksvergoeding nog redelijk is.²³¹ Bedacht moet worden

226 Aldus: Asser/Hijma 7-I* 2013/400.

227 Asser/Hijma 7-I* 2013/400.

228 Wanneer de auto, die het voorwerp was van de koopovereenkomst, gebreken vertoont, dan kan dit in mindering worden gebracht op de verrijking omdat de gebreken voor genotsderving zorgen. Zie: Hof Arnhem 23 november 2004, ECLI:NL:GHARN:2004:AV1205, NJF 2006/66, r.o. 4.17.

229 Zie: Hof Arnhem-Leeuwarden 24 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3985, r.o. 2.3. Het arrest gaat over een gebrekkige camper waar de koper (onder meer door lekkages) veel last van heeft gehad. Het hof speelt het niet over de band van het redelijkheidsvereiste, maar argumenteert vanuit het gegeven dat er slechts in uitzonderingsgevallen plaats is voor een gebruiksvergoeding op grond van art. 6:212 lid 1 BW. Deze redenering past bij uitstek bij de invulling van het redelijkheidsvereiste: de koper mag dan misschien ongerechtvaardigd zijn verrijkt door het gebruik van de camper, maar gelet op de overlast weegt een onbelemmerd recht op ontbinding zwaarder.

230 Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, PbEG 1999, L 171/12, 15e cons.

231 Vergelijk: HvJ EG, 17 april 2008, ECLI:EU:C:2008:231 (Quelle). In dit arrest maakte het Hof van Justitie uit dat er geen gebruiksvergoeding verschuldigd is bij de *vervanging* van een non-conforme zaak en gaf daarmee uitleg aan het begrip kosteloos in de zin van art. 3 lid 3 Richtlijn 1999/44/EG. Vervanging is iets anders dan *ontbinding*. Interessant is toch wel dat het te bereiken niveau van consumentenbescherming een rol speelt in de redenering van het hof (zie r.o. 36).

dat een gebruiksvergoeding het karakter kan hebben van een opgedrongen bestedingspatroon. Na de ontbinding zal de koper veelal een nieuwe zaak van dezelfde soort kopen zodat hij dan – als hij een gebruiksvergoeding verschuldigd is – én de prijs voor een *nieuwe* zaak kwijt is én een gebruiksvergoeding.

De contractuele rechtsverhouding heeft niet alleen invloed op de vraag of aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking redelijk is, maar óók op de wijze waarop de schade moet worden begroot. Bij cynisch gebruik van andermans goed, is een objectieve begrotingsmaatstaf bepleit in die zin dat de schade van de rechthebbende wordt begroot op de vergoeding die hij gekregen zou hebben als de inbreukmaker met hem had gecontracteerd.²³² Deze wijze van begroting past niet bij een gebruiksvergoeding na een vernietigde of ontbonden koopovereenkomst (wellicht dat anders kan worden geoordeeld indine de *koper* zich schuldig heeft gemaakt aan bedrog, bedreiging of misbruik van omstandigheden). Anders dan in het geval van het cynische gebruik, is de weg van het contracteren over het gebruik nooit realistisch geweest omdat de gedaagde niet geïnteresseerd was in het gebruik, maar in de *eigendom*: hij wilde de zaak *kopen*.²³³ Niet moet worden bezien in welke positie de eiser zou verkeren indien over het gebruik zou zijn gecontracteerd (zoals gerechtvaardigd is bij cynisch gebruik), maar in welke positie de eiser zou verkeren, als de later vernietigde of ontbonden overeenkomst nooit tot stand gekomen zou zijn. Heeft de eiser geen concrete schade, dan lijkt mij een verrijkingsaanspraak voor het gebruik gedurende de later vernietigde of ontbonden overeenkomst niet mogelijk.

8.5.4.4 De invloed van rechtspolitieke argumenten

Ook rechtspolitieke momenten in het rechtshandelingen en overeenkomstenrecht, kunnen van invloed zijn op de toewijsbaarheid van de verrijkingsaanspraak.

Een heldere illustratie biedt het geval *Lindorff/Nazier*.²³⁴ KPN sluit met een consument een telefoonabonnement met een ‘gratis’ toestel af, die rechte kwalificeert als een koop op afbetaling. Daarbij voldeed KPN niet aan de informatieplichten die gelden voor een koop op afbetaling. Het gevolg is dat de consument het abonnement kan vernietigen waarna hij de abonnementstermijnen terugkrijgt en het toestel naar KPN geretourneerd moet worden. In deze zaak stelde KPN een verrijkingsvordering in voor het *gebruik* dat de klant van het toestel gemaakt had. Gezien de snelle veroudering van mobiele telefoons kan dit in potentie een substantiële vordering

232 Zie par. 5.3.5.

233 Bij een vernietigde huurovereenkomst doet de problematiek zich niet voor, omdat het ter beschikking stellen van een zaak dan als een betaling gezien kan worden die op de voet van art. 6:210 lid 2 BW ongedaan moet worden gemaakt.

234 HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, NJ 2017/282, m.nt. Jac. Hijma (Lindorff/Nazier).

opleveren. De Hoge Raad wijst de verrijkingsvordering echter af. Dit zou niet redelijk zijn als bedoeld in artikel 6:212 lid 1 BW, omdat daarmee de consumentenbescherming via een verrijkingsrechtelijke achterdeur deels zou worden omzeild. De logica van het dwingende consumentenrecht dat op de overeenkomst van toepassing is, staat in de weg aan de verrijkingsaansprakelijkheid van de consument jegens KPN voor het gebruik van de 'gratis' telefoon.

8.5.5 Ongerechtvaardigde verrijking als middenweg

8.5.5.1 Algemeen

In de vorige deelparagraaf zagen we dat de strekking van de overeenkomst of andersoortige vermogensrechtelijke overwegingen in de weg kunnen staan, aan het ontstaan van verrijkingsaansprakelijkheid in een contractuele context. Omgekeerd kan het contractenrechtelijke kader óók te overheersend zijn, in die zin dat de verrijkingsaanspraak wat al te rigoureuus wordt afgewezen. Wellicht dat in het zojuist besproken arrest *Lindorff/Nazier* de consumentenbescherming wat sterk op de verrijkingsaanspraak inwerkt. In plaats van helemaal géén gebruiksvergoeding, was – Hijma heeft hierop gewezen²³⁵ – een gedeeltelijke vergoeding denkbaar geweest, waardoor aan de ene kant recht wordt gedaan aan de consumentenbescherming, maar de consument aan de andere kant tenminste 'iets' betaalt voor het genoten gebruik. De ongerechtvaardigde verrijking is dan een middenweg tussen de 'volle' contractuele aanspraak en helemaal niets.

8.5.5.2 Wanprestatie

Een ander geval waar de ongerechtvaardigde verrijking een tussenoplossing kan bieden is het geval dat ten grondslag lag aan het arrest *Caribbean Bistros/Club Caraïbeen*, waarin het gaat om de verhouding tussen ongerechtvaardigde verrijking en wanprestatie.²³⁶ De eiser komt met de gedaagde overeen dat hij een door de gedaagde te bouwen pand zal huren om daar een restaurant in te exploiteren. Op een gegeven moment schiet de eiser bepaalde bouwkosten voor om de bouw te bespoedigen, dit omdat er bij de eiser de vrees bestond dat de bouw vertraging op zou lopen door financiële problemen aan de kant van de gedaagde. De eiser spreekt de gedaagde aan uit hoofde van wanprestatie en ongerechtvaardigde verrijking om de voorgeschoten bouwkosten terug te krijgen.

235 Jac. Hijma in annotatie onder: HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, NJ 2017/282, m.nt. Jac. Hijma (Lindorff/Nazier). Zie ook: Hijma 2017, p. 783-784.

236 HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3363, NJ 2004/458 (Caribbean Bistros/Club Caraïbeen), m.nt. Jac. Hijma.

Het hof wijst de vordering op grond van wanprestatie af, omdat de eiser geen ingebrekestelling heeft doen uitgaan die nodig was om het voor schadevergoeding vereiste verzuim te doen intreden. De Hoge Raad casseert dit oordeel, omdat het hof het bewijsaanbod van de eiser, dat zij de bouwkosten had voorgesloten om een staking van de bouw en een gedwongen veiling te voorkomen, als niet ter zake doende heeft gepasseerd. Die omstandigheden kunnen, in samenhang van de verdere omstandigheden van het geval, volgens de Hoge Raad maken dat een ingebrekestelling in redelijkheid niet van de eiser had kunnen worden gevergd.²³⁷

In hoeverre kan een verrijkingsvordering de eiser heil brengen? Het hof wijst ook aansprakelijkheid op die grond af. De Hoge Raad overweegt, dat een huurder slechts onder bijzondere omstandigheden een verrijkingsactie tegen de verhuurder heeft. 'Zulk een bijzondere omstandigheid', zo overweegt de Hoge Raad, 'moet worden aangenomen, indien na bewijslevering als hiervoor [...] bedoeld zou komen vast te staan dat Club Caraïbeen uit hoofde van wanprestatie zonder ingebrekestelling voor de door Caribbean Bistros gemaakte bouwkosten aansprakelijk is.'²³⁸ In een dergelijk geval 'kan' aan de eiser ook een verrijkingsvordering toekomen voor de voorgesloten bouwkosten. Had die ingebrekestelling wél van de eiser gevergd kunnen worden, dan maakt dit de kans op een succesvolle aanspraak op grond van ongerechtvaardigde verrijking aanzienlijk kleiner.²³⁹

'Voor het geval moet worden aangenomen dat aan Caribbean Bistros [de eiser, TvdL] wegens het ontbreken van een ingebrekestelling geen vordering tot vergoeding van de bouwkosten op grond van wanprestatie toekomt, ligt het evenwel niet in de rede dat Caribbean Bistros langs een andere weg, namelijk die van de ongerechtvaardigde verrijking, zonder meer vergoeding van haar schade kan verkrijgen. De enkele omstandigheid dat Club Caraïbeen [de gedaagde, TvdL] tot het bedrag van de door Caribbean Bistros gemaakte bouwkosten is verrijkt, maakt dit, naar blijkt uit het vorenoverwogene, niet anders.'

Hoewel de Hoge Raad een slag om de arm houdt, laat hij het lot van de verrijkingsvordering in sterke mate afhangen van het lot van de wanprestatievordering. Als ingebrekestelling achteraf niet nodig zou zijn om het verzuim te doen intreden en de vordering op grond van wanprestatie aldus zou slagen, dan zou ook de verrijkingsvordering ook slagen. Kiest de schuld-eiser dus voor de weg van de ongerechtvaardigde verrijking, dan kunnen omstandigheden die maken dat een ingebrekestelling niet van de schuld-eiser kan worden gevergd, dus doorwerken in de toepassing van artikel 6:212 BW.²⁴⁰ Was een ingebrekestelling daarentegen noodzakelijk voor het verzuim, dan ligt het 'niet in de rede' dat de gedaagde 'zonder meer' aansprakelijk is voor de door de eiser geleden schade op grond van ongerechtvaardigde verrijking.

237 Zie r.o.v. 3.4.2.

238 Zie r.o.v. 3.4.3.

239 Zie r.o.v. 3.4.3.

240 Wissink 2003, p. 93.

Met Wissink kan de vraag worden gesteld of dit oordeel, gelet op de ratio van de eis van ingebrekestelling, gelukkig is.²⁴¹ Wanneer er geen fatale termijn bestaat, heeft de schuldenaar een zekere vrijheid om zelf het moment van nakoming uit te kiezen. Voor de niet-nakoming tijdens deze termijn kan hij in principe niet worden aangesproken voor vertragingsschade. De schuldeiser kan met het doen uitgaan van een ingebrekestelling een einde maken aan de 'speelruimte' van de schuldenaar.²⁴² Hij maant de schuldenaar dan schriftelijk aan om binnen een *redelijke termijn* te presteren. Pas als de schuldenaar deze redelijke termijn overschrijdt is hij – in potentie – schadeplichtig. De schuldenaar is eerst – naast nakoming – schadevergoeding verschuldigd als deze redelijke termijn is verstreken.

Verrijkingsaansprakelijkheid is echter anders van aard dan aansprakelijkheid op grond van wanprestatie. Bij aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking gaat het niet om volledige vergoeding van de vertragingsschade, het gaat slechts om een vergoeding voor zover de schuldenaar door de gang van zaken ongerechtvaardigd is verrijkt. Aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking kan zich aandienen als een middenweg tussen 'geen aansprakelijkheid' en 'volledige aansprakelijkheid'. Stel dat de eiser in *Caribbean Bistros/Club Caraïbeen* de gedaagde inderdaad ten onrechte niet in gebreke heeft gesteld voordat hij besloot de bouwkosten zelf voor te schieten. In onwetendheid of 'paniek' heeft hij de bouwwerkzaamheden zelf ter hand genomen. Gevolg is, dat de eiser dan géén vordering op wanprestatie heeft op de gedaagde, omdat het verzuim dan niet is ingetreden. Volgens de Hoge Raad ligt óók een verrijkingsvordering niet in de rede indien een ingebrekestelling wél van de schuldeiser geleverd had kunnen worden. Maar is dit wel terecht?

In het geval *Caribbean Bistros/Club Caraïbeen* heeft de schuldeiser zelf de bouwwerkzaamheden uitgevoerd die de schuldenaar had moeten uitvoeren. Bij de beoordeling van de verrijkingsaanspraak moet bedacht worden, dat de schuldeiser zijn recht op nakoming niet verloren heeft. Wel is het zo dat de schuldeiser – in dit specifieke geval – aan een nakomingsvordering niets heeft, omdat hij het gehuurde pand zélf heeft afgebouwd. Het gevolg is, dat de schuldenaar, als hij in het geheel niet schadeplichtig zou zijn, bouwkosten bespaart die hij bij een gewone *nakoming* gemaakt zou hebben. Voor die kosten acht ik een verrijkingsaansprakelijkheid in beginsel op zijn plaats,²⁴³ als de aard van de overeenkomst of specifieke partijafspraken zich hier niet tegen verzetten.²⁴⁴ De aard van de overeenkomst zal zich met name tegen verrijkingsaansprakelijkheid kunnen verzetten indien de schuldeiser zélf de prestatie uitvoert die tot de essentialia van de overeenkomst behoort. Gedacht kan worden aan een aanbesteder die – in plaats van de aannemer –

241 Wissink 2003, p. 93-94.

242 Asser/Sieburgh 6-I 2016/387.

243 Vgl. Hof Amsterdam 6 januari 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT6360, NJF 2005/191, r.o. 4.10.

244 Het contract moet, volgens Wissink, worden 'gerespecteerd'. Zie: Wissink 2003, p. 92.

zelf een muurtje metselt. Het geval uit arrest *Caribbean Bistros/Club Caraïbeen*-arrest kenmerkt zich juist door het feit dat het om een prestatie gaat die níet – althans, niet noodzakelijk – tot de kern van de overeenkomst behoort. Het gaat om een huurder die een verbouwing doorvoert die de verhuurder voor zijn rekening had moeten nemen.

Het mechanisme van de hier bepleite invulling van de verrijkingsaansprakelijkheid is vergelijkbaar met dat van artikel 6:78 BW. Iemand die door overmacht niet nakomt, kan aansprakelijk zijn uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking indien hij ‘een voordeel geniet dat hij bij behoorlijke nakoming niet zou hebben gehad’. Welnu, stuurt iemand ten onrechte geen ingebrekestelling, dan is de gedaagde niet aansprakelijk voor de *volledige schade*. Wel is hij aansprakelijk voor zover hij, in de woorden van artikel 6:78 BW, ‘een voordeel geniet dat hij bij behoorlijke nakoming niet zou hebben gehad’. Hieruit vloeit voort dat de verrijkingsaansprakelijkheid slechts een beperkte omvang zal hebben zodat het voor de schuldeiser vrijwel altijd aantrekkelijker is om het geijkte pad van verzuim en ingebrekestelling te bewandelen. De verrijkingssactie is er alleen voor bedrijfsongevallen.

Een arrest van het Hof Arnhem bereikt een vergelijkbaar resultaat maar dan via een zuiver contractuele weg.²⁴⁵ De gedaagde legt op ondeugdelijke wijze een dak, dat – door de ondeugdelijke constructie – na een storm beschadigd raakt. De verzekerde die bij de eiser een verzekering heeft afgesloten, herstelt het dak zelf. De eiser spreekt de gedaagde vervolgens aan op grond van wanprestatie. Hoewel het hof van oordeel is, dat de eiser de gedaagde in gebreke had moeten stellen om hem aldus een kans te geven de dakconstructie te herstellen, wijst het hof de vordering uit hoofde van wanprestatie toch toe. ‘Een redelijke, op het stelsel [...] van de ingebrekestelling afgestemde uitleg, brengt [...] mee dat EMS [de gedaagde] die opruimings- en herstelkosten moet vergoeden die ze zelf gemaakt zou hebben als ze in gebreke was gesteld.’²⁴⁶ Zoals Meijer en Wissink opmerken, voorkomt de oplossing van het Hof Arnhem dat de gedaagde ongerechtvaardigd wordt verrijkt.²⁴⁷

8.5.5.3 Beperkte omvang

De verrijkingsaansprakelijkheid zal, als gezegd, een beperkte omvang hebben.

In de eerste plaats komt in een geval als *Caribbean Bistros/Club Caraïbeen* niet zozeer de voorgeschoten bouwkosten voor vergoeding in aanmerking, maar slechts het *laagste* bedrag van de voorgeschoten bouwkosten (d.i. de schade van de eiser) en de kosten die de gedaagde heeft bespaard nu hij niet meer zelf tot nakoming aangesproken zal worden (d.i. de verrijking van de gedaagde). Daarbij zal in principe aangesloten kunnen worden bij de *minimale* kosten die de gedaagde zou hebben moeten maken om aan de verbin-

²⁴⁵ Vgl. Hof Arnhem 18 september 2001, ECLI:NL:GHARN:2001:AE5250, NJ 2002/304.

²⁴⁶ R.o. 4.15.

²⁴⁷ Wissink 2003, p. 87; Meijer 2007, p. 183.

tenis te voldoen; kosten die erboven gaan komen niet voor vergoeding in aanmerking omdat de gedaagde die bij een reguliere nakoming had kunnen vermijden. Daarbij moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden aan de kant van de gedaagde die de bouw 'goedkoop' hadden kunnen doen uitvallen. De gedaagde schuldenaar kan bijvoorbeeld personeel in dienst hebben die niets beters te doen hadden, dan de uitvoering van de overeenkomst. Is dit het geval, dan heeft de gedaagde schuldenaar geen personeelskosten uitgespaard en is ze in zoverre niet verrijkt. Als vuistregel kan gehanteerd worden dat de schuldenaar in het geval van verrijkingsaansprakelijk tenminste dezelfde winst moet kunnen maken, dan het geval zou zijn geweest bij reguliere nakoming van de overeenkomst.

In de tweede plaats kan ook het redelijkheidsvereiste de aansprakelijkheid beperken of geheel en al uitsluiten. Ook bij deze aansprakelijkheid kan het verweer worden gevoerd, dat de autonomie van de gedaagde niet op een onaanvaardbare wijze mag worden doorkruist door de verrijkingsaansprakelijkheid. Wellicht zou de gedaagde in *Caribbean Bistros/Club Caraibeen* als eigenaar van het pand andere keuzes hebben gemaakt, dan de eiser heeft gemaakt. Het redelijkheidsvereiste zou voorts aan verrijkingsaansprakelijkheid in de weg kunnen staan, als de eiser 'cynisch' – zonder enkele reden – de bouwkosten zou hebben voorgeschoten omdat hij verwachtte een verrijkingsaansprakelijkheid te hebben. Meer in het algemeen kan in het kader van de redelijkheidstoets rekening worden gehouden met alle gerechtvaardigde belangen die de schuldenaar met zelfstandige nakoming kan hebben.

8.5.5.4 *Ongerechtvaardigde verrijking als ventiel*

Met de verrijkingsactie kan een middenweg worden bereikt tussen geen aansprakelijkheid en aansprakelijkheid voor de volledige schade.²⁴⁸ Voor de schuldeiser verdient het – ook als de hier bepleite verrijkingsaansprakelijkheid wordt aanvaard – de voorkeur om zich te houden aan de regels van verzuim en ingebrekestelling, omdat de verrijkingsaansprakelijkheid gezien de bovenstaande twee punten in de regel beperkt zal zijn. Desalniettemin kan de schuldeiser een verrijkingsactie van beperkte omvang hebben, als hij 'in paniek' of door andere omstandigheden hiertoe aangespoord, zélf voor een vervangende prestatie heeft gezorgd. Voor een evenwichtig resultaat in gevallen zoals hier besproken, is het aldus niet nodig, dat wordt geoordeeld dat een ingebrekestelling in redelijkheid niet kan worden geleverd of dat het beroep op het ontbreken van een ingebrekestelling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De hier bepleite toepassing van de verrijkingsactie fungeert in dat opzicht als ventiel op het leerstuk van verzuim en de ingebrekestelling. Het Hof Arnhem had, bijvoorbeeld, met gebruikmaking van de verrijkingsactie,²⁴⁹ het leerstuk van verzuim en ingebrekestelling niet hoeven te masseren om tot een aanvaardbaar resultaat te komen.

248 Wissink 2003, p. 94.

249 Als zij hiertoe door partijen in de gelegenheid zou zijn gesteld.

8.6 SLOTSOM

In dit hoofdstuk is uiteengezet hoe de verrijksactie het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht kan aanvullen. Het gaat enerzijds om situaties waarin de verrijksaanspraak functioneert als surrogaat voor de afwezige overeenkomst. Anderzijds gaat het om verrijksaanspraken die kunnen ontstaan bij de afwikkeling van een bestaande overeenkomst.

Er kunnen enkele algemene observaties worden gedaan.

(i) Over het algemeen zal een verrijksaanspraak de eiser minder beloven dan een contractuele aanspraak. Dit hangt samen met het feit, dat de gedaagde slechts aansprakelijk is, voor maximaal het laagste bedrag van zijn verrijking en de grootte van de schade van de eiser.

(ii) Of de verrijksactie in een concreet geval toewijsbaar is, kan in beide gevallen mede afhangen van contractueel gekleurde overwegingen.

(iii) Wanneer de weg van de ongerechtvaardigde verrijking begaanbaar blijkt, manifesteert deze zich veelal als middenweg tussen geen aansprakelijkheid en de 'volle' contractuele aanspraak.

(iv) Daardoor heeft de aanvullende werking van de verrijksvoordering ook een zekere ventiefunctie. Doordat op de algemene verrijksactie kan worden teruggevallen, hoeven de regels van het rechtshandelingen en overeenkomstenrecht niet onnodig rekkelijk te worden uitgelegd om tot een bevredigende uitkomst te komen.

(v) Meer in het algemeen kan de verrijksactie remedie bieden in verrijksgevallen waarin het recht onvoldoende voorziet of waarin de reikwijdte van een leerstuk twijfelachtig is.

In hoofdstuk 10 zullen we zien, dat de algemene verrijksactie niet alleen als middenweg en ventiel kan dienen in het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht, maar ook in het onrechtmatigedaadsrecht. Daar zal het gaan om de wisselwerking tussen verrijksrechtelijke overwegingen en overwegingen uit het onrechtmatigedaadsrecht. Voordat wij daaraan toekomen wordt eerst in het volgende hoofdstuk ingegaan op de problematiek van de indirecte verrijking.