



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Aanvullend Verrijdingsrecht

Linden, T. van der

Citation

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

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

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

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

Cover Page



Universiteit Leiden



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

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

Author: Linden, T. van der

Title: Aanvullend Verrijkingsrecht

Issue Date: 2019-06-26

9.1 ALGEMEEN

In het vorige hoofdstuk is het gegaan over de vraag onder welke omstandigheden iemand zijn contractuele wederpartij kan aanspreken op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Thans wordt overgeschakeld naar de meerpartijenverhouding.¹ In de literatuur wordt dit ook wel de problematiek van de *derdenverrijking* genoemd.² Tussen de verarmde eiser en de verrijkte gedaagde bestaat dan doorgaans géén overeenkomst, maar de eiser meent wél een vordering tegen de gedaagde geldend te kunnen maken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Een schoolvoorbeeld is *Vermobo/Van Rijswijk*.³ Vermobo bouwt in opdracht van Van Rijswijk junior een varkensstal op de grond van Van Rijswijk senior. Van Rijswijk senior wordt, als grondeigenaar, door natrekking eigenaar van de stal. Kan van Rijswijk senior op grond van ongerechtvaardigde verrijking worden aangesproken, als van Rijswijk junior geen verhaal biedt?

Anders dan in een tweepartijenverhouding, is in een meerpartijenverhouding de mogelijkheid om terug te vallen op de redelijkheid en billijkheid veelal afwezig. De redelijkheid en billijkheid gelden immers, een uitzondering daargelaten, slechts als er al enigerlei rechtsverhouding bestaat (vgl. artikel 6:2 en artikel 6:248 BW).⁴ De redelijkheid en billijkheid is geen zelfstandige bron van verbintenissen. Dit betekent dat de contractspartij, die een *ander* wil aanspreken dan zijn directe contractuele wederpartij, vaak alléén de verrijkingsvordering tot zijn beschikking heeft. Dit is alleen anders als er een specifiek ander leerstuk van toepassing is, zoals de *actio pauliana* of de onrechtmatige daad.

Het toepassen van de algemene verrijkingsactie in een meerpartijenverhouding is allerm minst een automatisme. In veel – maar niet alle – gevallen waarin de figuur van de indirecte verrijking voor toepassing in aanmerking komt, zoekt de contractant – zoals het geval is in *Vermobo/Van Rijswijk* – bij de gedaagde een extra verhaalsmogelijkheid voor hetgeen hij jegens zijn contractuele wederpartij heeft gepresteerd. Deze aanvulling van de regu-

1 Zie over dit onderwerp bijvoorbeeld ook: Gerdes 2005; Koolhoven 2011, p. 231-243; Schoordijk 1999, p. 137-163.

2 Gerdes 2005, par. 1.3.2, p. 12-13; Brandsma 1994, p. 251.

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

4 Hartkamp 2001, p. 332.

liere contractuele middelen is, vanuit het perspectief van het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht, een vreemde eend in de bijt. Het middel is namelijk gericht tegen iemand die *buiten* de contractuele verhouding staat. Wanneer iemand met een ander in zee gaat, zal hij verwachten dat hij bij zijn wederpartij moet zijn om betaling te verlangen.⁵ En niet alleen hij verwacht het: ook het rechtsverkeer zal ervan uitgaan, dat het ieders eigen verantwoordelijkheid is om de kredietwaardigheid van zijn contractuele wederpartij te onderzoeken en zo nodig zekerheid te verlangen.

In de literatuur is er dan ook met wisselende stelligheid op gewezen, dat de verarmde niet al te gemakkelijk – gewapend met de algemene verrijkingsactie – het insolventierisico van zijn contractuele wederpartij mag afwentelen op degene bij wie diens prestatie ‘toevallig’ feitelijk terecht is gekomen. Met name Janssen en Zwolve bezien de figuur van de indirecte verrijking, mede om deze reden, met kritische ogen.⁶ Zij staan daarin niet alleen. Zoals uit het promotieonderzoek van Gerdes blijkt, is dit een gedachte die al vroeg in het Duitse denken is opgekomen; een indirecte verrijkingsactie wordt daar gezien als een figuur die een goed lopend rechtsverkeer en de rechtszekerheid nadelig kan beïnvloeden.⁷

Hoe zwaar moet dit gezichtspunt wegen?

Er is één situatie waarin de afwenteling van het insolventierisico als zodanig aan de indirecte verrijkingsactie in de weg staat. Dit is het geval als de verarmde, dankzij een verrijkingsactie tegen een ander dan diens contractuele wederpartij, zou ontsnappen aan het beginsel dat schuldeisers zich in gelijke mate mogen verhalen op het vermogen van hun schuldenaar: de *paritas creditorum*.⁸

Een voorbeeld. Een huurder voert, met instemming van de verhuurder, een verbouwing door en gebruikt daarvoor onder meer kostbare deuren die hij betreft bij een leverancier. De huurder gaat failliet, zonder dat de leverancier betaald is. Zou de leverancier rechtstreeks de verhuurder kunnen aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking – bijvoorbeeld om de deuren op grond van artikel 6:212 lid 1 BW jo. 6:103 BW feitelijk terug te geven – dan zouden de schuldeisers van de huurder minder verhaalsmogelijkheden hebben. Door een succesvolle verrijkingsactie van de leverancier op de verhuurder, zou de verrijkingsactie van de huurder op de verhuurder ex. artikel 7:216 lid 3 jo. 6:212 lid 1 BW immers verminderen met de waarde van de deuren. De ‘*paritas*’ zou worden doorbroken omdat de andere schuldeisers van de huurder, de verrijkingsvordering van de huurder op de verhuurder niet meer ten volle kunnen uitwinnen. Voor zover de indirecte

5 In deze zin: Wissink 2002, p. 32; Janssen 2009, p. 158.

6 Janssen 2009, p. 159. Zie voor meer bezwaren: p. 159-161. Zwolve 2007, p. 212.

7 Gerdes 2005, par. 7.5, p. 165-168.

8 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/462; Brandsma 1994, p. 254 en p. 271; Janssen 2009, p. 159; Koolhoven 2011, p. 235; Gerdes 2005, par. 8.5.1b, p. 184-188; Hartkamp 2001, p. 333-334; Wissink 2002, p. 33. Voor de Hoge Raad was het één van de redenen om geen algemene verrijkingsactie te aanvaarden, zie: HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548, m.nt. D.J. Veegens (Quint/Te Poel). Zie par. 7.10.

verrijkingsactie de andere schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden benadeelt, is de verrijkingsaanspraak van de leverancier tegen de verhuurder onredelijk in de zin van artikel 6:212 lid 1 BW.⁹

Breekt de verrijkingsactie echter *niet* in de *paritas creditorum* in, dan staan er in wezen twee belangen tegenover elkaar. Enerzijds is er het belang van de verarmde die zijn schade wil verhalen op degene die door zijn prestatie lijkt te zijn verrijkt. Anderzijds is er het belang van de verrijkte (en met hem het belang van een goed lopend rechtsverkeer) dat hij verschoond blijft van een tegen hem gerichte verrijkingsactie. Deze belangen moeten tegenover elkaar worden afgewogen. Er kan niet *a priori* worden gezegd, dat één van de belangen altijd zwaarder moet wegen dan de ander; met Wissink meen ik, dat de belangenafweging steeds in *concreto* moet plaatsvinden tegen de achtergrond van alle omstandigheden van het te beoordelen geval.¹⁰ Dit past bij de, op de redelijkheid en billijkheid gefundeerde, aanvullende functie van de verrijkingsvordering.

Hoe de belangen moeten worden afgewogen, hangt mede af van de structuur van het verrijkingsgeval. Als het gaat om gevallen waarin de prestatie van de verarmde, via het vermogen van diens contractuele wederpartij, bij de verrijkte terecht komt zijn er twee standaardsituaties.¹¹ In de eerste plaats kan de verrijkte gedaagde het voordeel hebben verkregen, zonder dat hij dit ontleent aan een overeenkomst met de contractuele wederpartij van de verarmde eiser. In de tweede plaats kan er juist wel een overeenkomst bestaan die de verrijking, in ieder geval *prima facie*, legitimeert.¹² In de komende twee deelparagrafen worden, voor elk van deze twee situaties, enkele lijnen uitgezet om de belangen van de verarmde en de verrijkte af te wegen.

Bij de figuur van de derdenverrijking gaat het echter niet steeds om situaties waarin de prestatie van de verarmde, via het vermogen van zijn contractuele wederpartij, in het vermogen van de verrijkte terecht gekomen is.¹³ Het kan bijvoorbeeld gaan om gevallen, waarin de verarmde op een andere wijze in zijn verhaalsmogelijkheden is benadeeld dan het geval dat de precieze prestatie van de verarmde in het vermogen van de verrijkte terecht is gekomen. Het kan ook gebeuren dat de gedaagde gelden in handen krijgt die op enigerlei wijze 'bestemd' zijn voor de eiser. En zo zijn er meer geval-

9 Zie par. 7.10.

10 Vgl. Wissink 2002, p. 31.

11 De typen zijn ontleend aan de indeling van Janssen. Zie: Janssen 2009, p. 155-156.

12 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 20 maart 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB8486, NJF 2007/516. Of de verhuurder een verrijkingsactie van de aannemer tegen zich moet laten gelden, laat het hof afhangen van de vraag of de verhuurder een overeenkomst heeft met de (inmiddels overleden) huurder. Het hof acht het van belang voor het punt van de verrijking. In mijn optiek zal het ook van belang zijn voor de beoordeling van de (on)gerechtvaardigdheid van een eventuele verrijking.

13 Ik hanteer daarmee een ruimere definitie dan Gerdes doet, die zich beperkt tot gevallen waarin de prestatie van A, via het vermogen van B, bij C terecht gekomen is. Zie Gerdes 2005, par. 1.3.3, p. 13.

len. Hoewel de hoofdlijn van het betoog ziet op gevallen waarin de prestatie van de verarmde via een ander in het vermogen van de verrijkte terecht is gekomen, wordt *en passant* ook aandacht besteed aan enkele van deze andersoortige verrijkingsrechtelijke meerpartijenverhoudingen. Ook dan moet worden onderscheiden, tussen situaties waarin de gedaagde kan wijzen op een overeenkomst die zijn voordeel *prima facie* legitimeert, en gevallen waarin dit niet het geval is.

9.2 GEDAAGDE ONTLEENT ZIJN VOORDEEL NIET AAN EEN OVEREENKOMST

9.2.1 Algemeen

Wat is rechtens indien de gedaagde, in een geval van indirecte verrijking, een voordeel van de verarmde verkrijgt, zonder dat hij dit ontleent aan een rechtshandeling of een wettelijke bepaling die zijn verrijking rechtvaardigt?

Het *Quint/Te Poel*-arrest kan als model dienen en is het startpunt van de analyse.¹⁴ Quint bouwde, ter uitvoering van een overeenkomst met Hubertus te Poel, een tweetal winkelpanden op een stuk grond die, naar later bleek, eigendom was van Heinrich te Poel. Toen Hubertus de aanneemsom niet volledig kon voldoen, sprak Quint broer Heinrich aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking omdat hij – door natrekking – eigenaar was geworden van de winkelpanden. De Hoge Raad kwam aan de toets aan de voorwaarden van de algemene verrijkingsactie niet toe, omdat het oud BW geen verrijkingsactie kende en de Hoge Raad niet bereid was een op de traditie en het ongeschreven recht gefundeerde verrijkingsactie te aanvaarden. Een verrijkingsactie was destijds (1959) alleen mogelijk – net als dit het geval was (en is) met andere op de blote redelijkheid en billijkheid gebaseerde verbintenissen – als deze paste in het stelsel van de wet en aansloot bij wél in de wet geregelde gevallen. Vervolgens was de Hoge Raad van oordeel dat de vordering van Quint niet paste in het destijds geldende vermogensrecht.

Hoe moet de verrijkingsvordering naar huidig recht worden beoordeeld? Getwijfeld kan worden aan het causale verband tussen de verrijking en de verarming. Eerder is echter betoogd, dat er in een geval zoals *Quint/Te Poel* wel degelijk een verband is tussen de verarming van Quint en de verrijking van Heinrich te Poel.¹⁵ Weliswaar is Heinrich in de eerste plaats ten koste van zijn broer verrijkt, op wiens kosten de winkelpanden op de grond van Heinrich gebouwd zijn, maar de verrijking van Heinrich is evenzeer ten koste gegaan van Quint.¹⁶ De materialen en arbeidsuren van Quint zitten in de aan Heinrich toebehorende winkelpanden. Voor die vermogensverschuiving kan Heinrich te Poel niet op een rechtvaardigingsgrond wijzen,

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

15 Zie par. 5.4.4.2.

16 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/462.

zodat Heinrich te Poel ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van Quint. Ontleent de verrijkte zijn voordeel niet aan een overeenkomst of een specifieke wettelijke bepaling die zijn verrijking beoogt te legitimeren, dan speelt de rechtszekerheid of de goede trouw van de gedaagde in zoverre geen rol, dat hij niet kan wijzen op een grond op basis waarvan hij zijn voordeel mag behouden.¹⁷

Wel moet bedacht worden, dat de vaststelling dat iemand als Heinrich te Poel in een geval als dit ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van Quint, niet *mutatis mutandis* meebrengt dat hij uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking aansprakelijk is. Soms moeten andere beginselen zwaarder wegen dan het verrijkingsbeginsel.¹⁸ Heinrich te Poel is alleen aansprakelijk voor zover dit *redelijk* is. Een belangrijke grond op basis waarvan een specifieke verrijkingsaanspraak onredelijk kan worden geoordeeld, is – naast een eventuele schending van de *paritas creditorum* – dat deze de autonomie van de gedaagde op een onaanvaardbare wijze zou doorkruisen.¹⁹ Een grondeigenaar als Heinrich te Poel zal, indien hij daarin niet is gekend, niet zomaar hoeven te betalen voor winkelpanden waar hij niet om heeft gevraagd.²⁰

9.2.2 Het redelijkheidsvereiste

Toch zijn er, zoals eerder uiteengezet, verschillende omstandigheden die kunnen maken dat de autonomie van een gedaagde als Heinrich te Poel niet op een onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist indien een verrijkingsaansprakelijkheid zou worden aangenomen.²¹

Indien de verrijking bijvoorbeeld *liquide* is geworden nadat de grond met de winkelpanden is verkocht, leidt verrijkingsaansprakelijkheid ten belope van maximaal de meeropbrengst, niet tot een opgedrongen bestedingspatroon. Iets soortgelijks kan worden betoogd, als restitutie in natura op de voet van artikel 6:103 BW tot de mogelijkheden behoort. Dit is het geval als het gaat om geleverde deuren die gemakkelijk kunnen worden verwijderd. Verder kan gedacht worden aan de situatie dat het gaat om noodzakelijke uitgaven. Bestaat de verrijking niet uit de bouw van winkelpanden, maar het ‘hoognodige’ in de verf zetten van panden die aan de gedaagde toebehooren, dan zal verrijkingsaansprakelijk heel wel in de rede kunnen liggen. Er is dan in wezen sprake van een situatie waarin de verrijkingsaanspraak in het verlengde ligt van de zaakwaarneming.

17 Zie over de derdenbescherming par. 7.9.

18 Zie hoofdstuk 7.

19 Zie par. 7.6.

20 Gerdes pleit er in zijn proefschrift – terecht – voor dat het leerstuk van de opgedrongen verrijking een rol behoort te spelen bij de problematiek van de derdenverrijking. Zie Gerdes 2005, par. 8.5.1e, p. 197-201.

21 Zie par. 7.6.

Een andere omstandigheid die kan maken dat de verrijkingsaanspraak op de grondeigenaar niet onredelijk is, kan erin gelegen zijn dat deze de verrijking heeft laten ontstaan. In een driepartijenverhouding, waarbij de prestatie van de verarmde via diens contractuele wederpartij bij de verrijkte terecht is gekomen, kan het relevant zijn dat de verrijkte gedaagde *toestemming* gegeven heeft.

Laat grondeigenaar C (zonder dat er sprake is van vertegenwoordiging) toe dat B door A een bouwwerk laat bouwen op C's grond, dan is verdeigbaar dat C – in beginsel – aansprakelijk is uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking indien B aannemer A niet kan betalen.²² De grondeigenaar die instemt met de bouw op zijn grond, stelt – zo zou kunnen worden betoogd – evenzeer zijn vertrouwen in de kredietwaardigheid van degene die de opdracht tot de bouw geeft als de aannemer dat doet. De grondeigenaar kan namelijk op zijn vingers natellen, dat de aannemer – artikel 6:212 lid 1 BW indachtig – bij hem zal aankloppen indien de opdrachtgever insolvent blijkt te zijn. Hier komt bij dat B (tenzij er sprake is van een opstalrecht) geen hypotheek kan vestigen op het bouwwerk, omdat C daarvan nu juist eigenaar wordt. In mijn optiek gaat het er niet om of de verrijkte te goeder of te kwader trouw is; in mijn optiek zou de verrijkte – indien hij toestemming heeft gegeven dat er op zijn grond wordt gebouwd, zonder dat hij een tegenprestatie verschuldigd is en zonder dat hij verder iets afsprekt met de aannemer – in beginsel (behoudens bijzondere omstandigheden) het risico moeten dragen van een eventuele verrijkingsaansprakelijkheid.²³

Dit is in sterkere mate het geval indien de verrijkte gedaagde en de contractuele wederpartij van de verarmde aan elkaar gelieerd zijn. Naast het *Quint/Te Poel*-arrest (waarin het niet onwaarschijnlijk is dat Heinrich te Poel van de bouw wist omdat Hubertus zijn broer was), zijn er twee voorbeelden die dit kunnen illustreren.

Het eerste is de casuspositie zoals die aan de orde was in het arrest *Vermobo/Van Rijswijk*.²⁴ Van Rijswijk junior laat Vermobo, met toestemming van Van Rijswijk senior, een varkensstal op de grond van zijn vader bouwen. Tekenend voor die zaak is dat 'senior' bij de onderhandelingen aanwezig was. De betrokkenheid van Van Rijswijk senior was te weinig om in rech-

22 Een analogie kan getrokken worden met art. 6:210 lid 2 BW. De ontvanger van een onverschuldigde betaling van een andere aard dan het geven van een goed of een som geld, is – voor zover dit redelijk is – waardevergoeding verschuldigd, indien aan de ontvanger kan worden toegerekend dat er jegens hem is gepresteerd.

23 Vgl. Schoordijk 1999, p. 147. Hij trekt een analogie met de actio pauliana, waarbij degene die 'om niet' verkrijgt niet wordt beschermd. Vgl. ook: Meijer 2007, p. 184 en voetnoot 29. In zijn systeem is het mogelijk aan te nemen dat er op de grondeigenaar een verrijkingsrechtelijke risicoaansprakelijkheid rust. In andere zin Van Boom 2002, p. 126-127. In zijn optiek is de grondeigenaar slechts aansprakelijk indien hij wist of behoorde te weten dat de contractuele wederpartij van de verarmde te weinig verhaal zou bieden.

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

te een meerpartijenovereenkomst aan te nemen,²⁵ maar die betrokkenheid zal echter, in de regel, wel voldoende zijn om een aanspraak op grond van ongerechtvaardigde verrijking redelijk te achten.²⁶ Het andere geval waarop ik het oog heb, is het geval waarin de partner van de huiseigenaar – mét instemming van de huiseigenaar – een aannemer inschakelt voor de verbouwing van het huis. De Rechtbank 's Gravenhage heeft de verrijkingsvordering van de aannemer tegen de verrijkte huiseigenaar in een dergelijk geval toegewezen.²⁷ Behoudens bijzondere omstandigheden lijkt mij dit een *fair* resultaat. De aannemer heeft weliswaar het insolventierisico van de aanbestedder op zich genomen; maar met wellicht evenveel recht kan worden betoogd dat de huiseigenaar 'de aanbestedder' met al zijn kwaliteiten en gebreken als levenspartner heeft aanvaard.

Wat de redelijkheid van deze verrijkingsaanspraken in de hier besproken gevallen versterkt, is dat er tussen de grond-/huiseigenaar die toestemming tot bouw gegeven heeft en degene die de bouwopdracht aan de aannemer gegeven heeft, een *familierelatie* bestaat. De vader die zijn zoon toestemming geeft om op zijn grond te laten bouwen, en de huiseigenaar die ten opzichte van zijn of haar partner hetzelfde doet, zullen over het algemeen behoorlijk geïnformeerd zijn over de vermogenspositie van hun verwanten.²⁸ Dit rechtvaardigt dat ze in die zin het insolventierisico van hun verwanten dragen, dat zij aansprakelijk kunnen zijn uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Iets soortgelijks zal moeten gelden als de verrijkte en de contractuele wederpartij van de aannemer aan elkaar gelieerde *rechtspersonen* zijn.

Wellicht dat er voor deze zienswijze nog een rechtspolitiek argument kan worden gegeven. Wordt de hier verdedigde zienswijze als recht aanvaard, dan zal het minder snel lonend zijn om stromannen in te zetten.²⁹ Theoretisch is een aanvullende verrijkingsaanspraak tegen de grondeigenaar voor die fraudegevallen niet nodig (voor fraude kan de onrechtmatige daad remedie bieden), praktisch zal die fraude – als daarvan inderdaad sprake is – lang niet altijd aan te tonen zijn, zodat de middenweg van de ongerechtvaardigde verrijking uitkomst kan bieden. De verrijkingsaanspraak voorkomt dat iemand profiteert van zijn *unclean hands*.³⁰ Maar ook los van eventuele fraude, is het niet onrealistisch om de grondeigenaar in de hier besproken gevallen voor de waardestijging van de grond (voor zover die door de bouw is ontstaan) aansprakelijk te houden.

25 Zie r.o. 4.4. arrest hof voorafgaande aan het Vermobo/Van Rijswijk arrest. Te kennen uit: HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, NJ 1994/172 (Vermobo/Van Rijswijk), m.nt. P. van Schilfgaarde. Oordeel wordt door de Hoge Raad gesanctioneerd in r.o. 3.2

26 Zie r.o. 4.6. arrest hof te kennen uit: HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, NJ 1994/172 (Vermobo/Van Rijswijk), m.nt. P. van Schilfgaarde. In het volgende hoofdstuk zal de casus van Vermobo/Van Rijswijk worden geanalyseerd vanuit het perspectief van de scheidslijn tussen de onrechtmatige daad en de ongerechtvaardigde verrijking.

27 Rb. Den Haag 21 november 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY3364, NJF 2013/26.

28 In dezelfde zin (schrijvend over Vermobo/Van Rijswijk): Schoordijk 1999, 147.

29 Gerdes 2005, par. 7.4.1, onder b, *in fine*, p. 154.

30 Daarover: Vranken 1998, p. 1497-1500.

9.2.3 Een verrijdingsrechtelijk *ius tollendi*

Het zal echter niet altijd zo zijn, dat geldelijke verrijdingsafdracht redelijk is. Niet iedere verrijking is direct in liquide vorm in een vermogen aanwezig en niet altijd is het mogelijk, om de verrijking in natura af te dragen. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een tweetal voorbeelden van derdenverrijking die Gerdes in zijn proefschrift centraal stelt.³¹ De koper van onroerend goed laat voordat de definitieve koop en levering rond is, de grond bebouwen door een aannemer. Wanneer de koop niet doorgaat, vanwege het feit dat de koper zijn financiering niet rond krijgt (en daardoor ook de aanneemsom niet kan voldoen), komt de verkoper verrijkt uit de mislukte transactie en blijft de aannemer met schade zitten. Het andere voorbeeld is het geval, waarin een huurder de gehuurde zaak laat opknappen zonder dat de huurder de aannemer kan betalen. Bij dit laatste voorbeeld moet worden bedacht, dat de eventuele toestemming van de verhuurder om de zaak te laten opknappen 'te dun' is om verrijkingsaansprakelijkheid automatisch redelijk te doen zijn, omdat het zo kan zijn dat de verhuurder die toestemming (bijvoorbeeld op grond van artikel 7:215 lid 2 BW) moest geven.³² Kunnen in deze twee voorbeelden de verkoper en de verhuurder met succes worden aangesproken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking?

Indien de verrijking *niet* liquide is, de werkzaamheden niet noodzakelijk waren en de verkoper en de verhuurder part noch deel hebben aan de aanneemovereenkomst ligt een *geldelijke* verrijkingsaanspraak niet zonder meer voor de hand. In schrijnende gevallen – en indien het geval zich ervoor leent – zou de rechter, de verrijkingsschuldeiser (de verarmde aannemer) bij wijze van 'redelijke' schadevergoeding een *ius tollendi* (een wegneemrecht) kunnen toekennen. Wellicht dat de aannemer op deze manier een deel van zijn materiaal terug kan krijgen. Belangrijker is, dat de aannemer op deze manier een *onderhandelingspositie* verkrijgt ten opzichte van respectievelijk de verrijkte verkoper en de verrijkte verhuurder. Komen ze een prijs overeen, dan zal de verrijkte het gebouwde voor een relatief zacht prijsje hebben, terwijl de aannemer nog iets van zijn investering terugziet. Door een uit de onderhandeling voortvloeiende overeenkomst zou *en passant* het ongerechtvaardigde karakter van de verrijking weggenomen worden. Nadeel is, dat het mogelijk is dat partijen er niet uitkomen en het bouwwerk uiteindelijk wordt gesloopt.

9.2.4 Een specifieke wettelijke bepaling kan een verrijkingsaanspraak blokkeren

Naast het feit dat de verrijkingsaanspraak in strijd kan komen met algemene vermogensrechtelijke overwegingen en beginselen, kunnen – net als in een tweepartijenverhouding – specifieke wettelijke regels uit het rechtshandelin-

31 Gerdes 2005, par. 1.3.2, p. 8-12: voorbeeld 3 en 5.

32 Zie daarover par. 7.6.5. in fine.

gen en overeenkomstenrecht en het overige vermogensrecht aan aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking in de weg staan.

Instructief is een voorbeeld dat Janssen geeft. Iemand woont samen met degene die een pand huurt.³³ Is de huurder insolvent, dan staat artikel 7:267 lid 4 BW aan aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking van de inwonende partner in de weg. Alleen de huurder en de medehuurder kunnen voor de huur worden aangesproken. Artikel 7:267 lid 4 BW bepaalt uitdrukkelijk, dat de medeverhuurder slechts aansprakelijk is voor huurpenningen in de periode waarin hij medeverhuurder was. In het licht van deze bepaling zal verrijkingsaansprakelijkheid, in mijn optiek, niet snel 'redelijk' zijn als bedoeld in artikel 6:212 lid 1 BW.

9.3 GEDAAGDE ONTLEENT VERRIJKING AAN OVEREENKOMST

9.3.1 Uitgangspunt van verrijgingsrechtelijke derdenwerking

9.3.1.1 *Algemeen*

De gedachte dat de verarmde het insolventierisico van zijn contractuele wederpartij behoort te dragen, weegt zwaar in gevallen waarin de verrijkte gedaagde zijn voordeel ontleent aan een overeenkomst met de contractuele wederpartij van de verarmde. Sluit iemand een gunstige overeenkomst dan mag hij erop vertrouwen dat hij dit voorbeeld mag behouden. De economie vaart wel bij dit principe.³⁴

Vanuit het perspectief van artikel 6:212 lid 1 BW wordt dit gereflecteerd³⁵ door de vuistregel dat iemand die zijn voordeel ontleent aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde niet ongerechtvaardigd is verrijkt. Dit uitgangspunt kan de verrijgingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst worden genoemd.³⁶ Koopt iemand een huis onder de marktwaarde, en heeft de feitelijke bewoner (niet zijnde de verkoper) in het huis geïnvesteerd, dan wordt de verrijking van de koper ten koste van de vorige bewoner in beginsel gerechtvaardigd door de koopovereenkomst.³⁷ Een overeenkomst geldt óók ten opzichte van personen die buiten de overeenkomst staan in beginsel als toereikende rechtvaardigingsgrond.³⁸

33 Janssen 2009, p. 160.

34 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/465.

35 Vgl. Wissink 2002, p. 32.

36 Zie par. 6.5.3.4-6.5.3.5.

37 HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928, NJ 2007/154, m.nt. J.B.M. Vranken (Koker/Cornelius), r.o. 3.6.3. Zie over dit arrest, bijvoorbeeld, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/462; Van Maanen 2006, p. 42-44; Hartlief 2012, p. 290-292.

38 Zie par. 6.5.3.4.

Zoals we eerder hebben gezien, berust dit uitgangspunt niet alleen op rechtspolitieke logica, maar ook op vermogensrechtelijke logica.³⁹ Omdat de contractuele wederpartij van de verrijkte – tegenover de rest van de wereld – rechthebbende is van zijn vermogen, is hij bevoegd om ten opzichte van een ieder zijn vermogen en de daartoe behorende bestanddelen te binden. Vloeit, bijvoorbeeld, een prestatie van A, via het vermogen van B in het vermogen van C op basis van een overeenkomst tussen B-C dan heeft de overeenkomst B-C verrijkingsrechtelijke derdenwerking. B is tegenover een ieder rechthebbende van zijn vermogen en hij kan dit vermogen, in beginsel, tegenover een ieder binden. Het voordeel dat C op basis van een overeenkomst met B van B verkregen heeft, is in beginsel gegrond tegenover iedereen. Overeenkomsten hebben in beginsel verrijkingsrechtelijke derdenwerking.

9.3.1.2 Een voorbeeld: de Bouwgrosgros-zaak

Illustratief voor de verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst is de *Bouwgrosgros-zaak*.⁴⁰ In deze zaak staat artikel 39 Fw centraal. Op grond van deze bepaling kan de curator (en de verhuurder) een huurovereenkomst van de gefailleerde tegen een opzegtermijn van 3 maanden opzeggen. In de bepaling ligt een belangenevenwicht besloten tussen het belang van de boedel om de boedelschulden niet te ver te laten oplopen aan de ene kant en het belang van de verhuurder om zich in te dekken tegen het insolventierisico van de huurder aan de andere kant. Een beding in de huurovereenkomst op grond waarvan een langere opzegtermijn geldt, kan aan het belangenevenwicht tussen de verhuurder en het belang van de boedel om de boedelschulden niet te ver te laten oplopen geen afbreuk doen. Wél geldt een beding in strijd met artikel 39 Fw tegen de huurder zélf (voor het geval waarin hij uit zijn faillissement geraakt) en tegenover een derde die zich garant heeft gesteld voor de verplichtingen van de huurder.⁴¹ Degene die zich garant heeft gesteld kan echter – vanwege het belangenevenwicht van artikel 39 Fw – zich niet op enigerlei wijze met succes verhalen op de boedel uit hoofde van een contragarantie.⁴²

In de casus die aan het arrest ten grondslag ligt, huurt Bouwgrosgros een bedrijfspand van Hansteen. ABN-Amro stelt zich garant voor – o.a. – de leegstandsschade die de verhuurder Hansteen zou lijden, indien Bouwgrosgros failliet zou gaan. Na verloop van tijd gaat Bouwgrosgros failliet en de curator zegt de huurovereenkomst op met inachtneming van de uit artikel 39 Fw voortvloeiende drie maanden durende opzegtermijn. ABN-Amro keert € 881.832,80

³⁹ Zie par. 6.5.3.5.

⁴⁰ HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278, NJ 2017/142, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Bouwgrosgros).

⁴¹ HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, NJ 2014/68, m.nt. P. van Schilfgaarde (Romania Beheer), r.o. 3.3.3-3.3.5.

⁴² HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, NJ 2014/68, m.nt. P. van Schilfgaarde (Romania Beheer), r.o. 3.3.4 *in fine*.

(neerkomend op 10 maanden huur) uit aan Hansteen op grond van de bankgarantie. De bank verrekent dit bedrag vervolgens met het (geblokkeerde) creditsaldo van een bankrekening die Bouwgros bij ABN-Amro had. De curator laat vervolgens na om zich hiertegen te verzetten terwijl hij dit wél kon. In plaats daarvan spreekt hij de verhuurder aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Anders dan het hof, wijst de Hoge Raad de verrijkingsvordering af:⁴³

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

De verhuurder ontleent de € 881.832,80 aan de overeenkomst met de bank omdat hij daarop krachtens de bankgarantie recht heeft. Het staat de bank vrij haar vermogen daartoe te binden. De bankgarantie heeft daarom verrijkingsrechtelijke derdenwerking. De curator kan niet verzuimen zich tegen verrekening van de bank te verzetten en de nadelige gevolgen daarvan vervolgens afwentelen op de verhuurder. De laatste heeft immers – gelet op diens overeenkomst met de bank – het zijne gekregen.

9.3.1.3 *Grenzen van en uitzonderingen op verrijkingsrechtelijke derdenwerking*

De overeenkomst waaraan de verrijkte zijn voordeel ontleent, heeft echter niet altijd verrijkingsrechtelijke derdenwerking.

In de eerste plaats zijn er gevallen denkbaar waarin de ratio van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking afwezig is, zodat de overeenkomst van de verrijkte met een derde reeds om die reden niet als rechtvaardigingsgrond kan fungeren. In de tweede plaats worden er gevallen besproken waarin de ratio van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking weliswaar aanwezig is, maar waarbij bijzondere omstandigheden maken dat toch afgeweken moet worden van het uitgangspunt van verrijkingsrechtelijke derdenwerking.

Hieronder worden eerst gevallen besproken waarin de ratio voor verrijkingsrechtelijke derdenwerking afwezig is. Daarna worden omstandigheden besproken die een afwijking van het uitgangspunt van verrijkingsrechtelijke derdenwerking kunnen rechtvaardigen in gevallen waarin de ratio voor verrijkingsrechtelijke derdenwerking wél aanwezig is.

43 HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278, NJ 2017/142, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Bouwgros), r.o. 4.2.

9.3.2 Ratio verrijdingsrechtelijke derdenwerking is afwezig

9.3.2.1 *Algemeen*

Een overeenkomst tussen de verrijkte gedaagde en diens contractuele wederpartij (X) zal jegens de verarmde doorgaans als rechtvaardigingsgrond gelden omdat de contractuele wederpartij van de verrijkte bevoegd is om over zijn eigen vermogen te beschikken. Ontleent de verrijkte zijn indirecte verrijking ten koste van de verarmde aan een overeenkomst met X, dan is de verrijking van de verrijkte in beginsel niet ongerechtvaardigd verrijkt omdat het voordeel (1) afkomstig is uit het vermogen van X en (2) X rechthebbende is van zijn vermogen en als zodanig – met werking tegenover derden – bevoegd is om over dat vermogen te beschikken. Het kan in een concreet geval echter zo zijn dat de ratio voor verrijdingsrechtelijke derdenwerking afwezig is omdat één van de twee elementen ontbreekt.

9.3.2.2 *X beschikt over vermogensbestanddelen van de eiser*

De ratio van de verrijdingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst is allereerst afwezig, indien de contractuele wederpartij van de verrijkte in goederenrechtelijke of verbintenissenrechtelijke zin heeft beschikt over vermogen dat aan de verarmde toebehoort.⁴⁴ Dit kan met verschillende voorbeelden worden geïllustreerd.

Een dief (X) verkoopt – buiten de winkelruimte – bouw materiaal aan de gedaagde, die te goeder trouw is. De bestolen eiser heeft – in weerwil van de goede trouw van de gedaagde – drie jaar de tijd om het materiaal te revindicieren (artikel 3:86 lid 3). Heeft de gedaagde het bouw materiaal echter verwerkt, dan faalt de revindicatie van de eiser, voor zover de gedaagde door natrekking eigenaar is geworden. Wél kan de eiser de gedaagde aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. De gedaagde kan de bestolene niet voorhouden dat hij niet ongerechtvaardigd is verrijkt omdat hij verkreeg op basis van een overeenkomst.⁴⁵ De ratio van de verrijdingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst is hier afwezig: de dief heeft niet over een eigen vermogensbestanddeel beschikt, maar over materiaal dat

44 Vgl. Birks 2005, p. 86. 'There is', aldus Birks, 'one recurrent three-party situation in which the intervention of a third hand makes no difference at all. If the defendant has received the claimant's property, it does not matter how many intermediate hands it has passed through.' Het betoog van Birks strekt ertoe, dat in een dergelijk geval de gedaagde ten koste van – 'at the expense of' – de eiser is verrijkt. In Nederland is de indirecte verrijking niet problematisch. Wel brengt het feit dat C via zijn contractuele wederpartij B vermogen van A verkregen heeft, mee dat de overeenkomst B-C ten opzichte van A verrijdingsrechtelijke derdenwerking ontbeert.

45 Zie Damminga 2014, p. 232-233. Hij ziet het voorbeeld als 'bewijs' tegen de verrijdingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst. In mijn optiek is in dit geval veeleer de ratio van de derdenwerking afwezig.

aan de verarmde eiser toebehoorde. Spreekt de bestolene de gedaagde na drie jaar aan, dan stuit verrijksaansprakelijkheid af op het redelijkheidsvereiste gelet op de belangenafweging die in artikel 3:86 lid 3 besloten ligt. De bestolen eiser zou drie jaar de tijd hebben om de gestolen zaak als zijn eigendom op te eisen: eenzelfde termijn moet worden aangenomen bij verrijksaansprakelijkheid.

Een ander voorbeeld is het geval, wanneer iemand *onbevoegd* een vakantiehuis van de verarmde heeft verhuurd aan de verrijkte gedaagde.⁴⁶ Dat de huurovereenkomst hier géén verrijksrechtelijke derdenwerking heeft, is dat de verhuurder niet alleen zijn eigen vermogen heeft gebonden, maar dat hij ook – in ieder geval in feitelijke zin – onbevoegd heeft ‘beschikt’ over het vakantiehuis dat toebehoort aan de verarmde. Het gaat hier niet over juridisch beschikken (de eigenaar van het huis blijft eigenaar van het huis), maar over het feitelijke beschikken over de gebruiksmogelijkheid. Het gebruik van het huis door de gedaagde, heeft tot gevolg dat de gedaagde onbevoegd het huis van de verarmde eiser heeft gebruikt. Van hieruit zijn er grofweg twee mogelijkheden.

Heeft de gedaagde nog niet aan de frauduleuze verhuurder betaald, dan doet er zich in zoverre geen probleem voor. De gedaagde heeft de huurpenningen nog in zijn zak zitten. De gedaagde kan de overeenkomst met de oplichter ontbinden en de aan hem beloofde tegenprestatie aan de rechthebbende doen toekomen voor zover deze laatste schade heeft geleden (daarbij kan gedacht worden aan abstracte begroting) en voor zover de gedaagde door het gebruik is verrijkt. Is de verrijking van de gedaagde en de schade van de eiser echter groter dan de overeengekomen huursom, dan zal het in mijn optiek van de goede trouw van de gedaagde afhangen of hij aansprakelijk is voor het meerdere. Is de gedaagde te goeder trouw dan zou een ‘volle’ verrijksaansprakelijkheid niet redelijk zijn. Overigens zal er voor het huren van een zaak minder snel sprake zijn van een onderzoeks- of twijfelplicht aan de kant van de huurder. Verhuren gaat minder ver dan vervreemden.

Heeft de gedaagde wél betaald aan de frauduleuze verhuurder, dan kan de eiser hem niet meer aanspreken voor een betaling in geld voor het gehuurde, indien hij op het moment van betaling nog niet met de verrijksaanspraak rekening behoeft te houden (vgl. artikel 6:212 lid 2 en 3). De verrijking is dan verminderd.

9.3.2.3 *X is niet bevoegd om over eigen vermogen te beschikken*

In een enkel geval kan het faillissement van X maken, dat de overeenkomst tussen X en de gedaagde geen verrijksrechtelijke derdenwerking heeft vanwege het feit dat X niet bevoegd is om over zijn vermogen te beschikken.

46 Zo ook: Damminga 2014, p. 242-243, die het belang van verweermiddelen onderstreept.

In *Rabobank/Beekman* gaat het om een geval, waarin Wassink € 30.000 van de verschuldigde € 250.000 door middel van internetbankieren overmaakt aan Beekman.⁴⁷ Op de dag van de betaling gaat Wassink echter failliet. Dit heeft tot gevolg dat hij reeds op de dag van faillietverklaring vanaf 0.00 uur niet bevoegd was om over zijn vermogen te beschikken als bedoeld in artikel 23 Fw. De curator in het faillissement van Wassink kon de overgemaakte € 30.000 van Beekman vorderen, maar dit deed zij niet. De curator koos voor de andere mogelijkheid en sprak de Rabobank aan om de € 30.000 aan de boedel te betalen.

De Rabobank spreekt daarop Beekman aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Beekman wijst op zijn overeenkomst met Wassink op basis waarvan de laatste tot betaling gehouden is, zodat – volgens Beekman – niet kan worden gezegd dat hij ongerechtvaardigd is verrijkt. De Rechtbank Gelderland is desalniettemin van oordeel dat de verrijking van Beekman ongerechtvaardigd is. Redengevend hiervoor is dat Wassink op het moment van betaling – ingevolge artikel 23 Fw – niet bevoegd was tot betaling over te gaan en dat de Rabobank buiten de betaling stond en ‘slechts’ de opdracht van Wassink uitvoerde.⁴⁸ De curator had de betaling van Beekman kunnen terugvorderen. Nu zij dat niet heeft gedaan, en in plaats daarvan de Rabobank heeft aangesproken, ligt een verrijkingsvordering van de Rabobank op Beekman in de rede. De uitspraak is terecht. De ratio van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking, die gevonden kan worden in de bevoegdheid van de wederpartij van de verrijkte om zijn vermogen tegenover een ieder te binden, wordt door artikel 23 Fw in de kiem gesmoord. Degene die failliet is, is vanaf de aanvang van de dag van zijn faillissement onbevoegd om over zijn vermogen te beschikken.

9.3.2.4 *Gedaagde ontvangt gelden bestemd voor eiser*

De ratio van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking is voorts afwezig, als de gedaagde gelden ontvangt die niet zozeer aan de eiser toebehoren, maar die wél op enigerlei wijze *bestemd* zijn voor de eiser.⁴⁹ Het betoog van de gedaagde dat de tussenschakel heeft beschikt over zijn eigen vermogen is dan niet sterk.

Het eerste te behandelen voorbeeld speelt rondom de uitkoop van een taxionderneming.⁵⁰ De eiser dreef – als huurder – een taxionderneming in een pand dat toebehoorde aan de gedaagde. De gemeente wenste het taxi-bedrijf wegens overlast te verplaatsen en trad met de gedaagde in onder-

47 Rb. Gelderland 17 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2256, *JOR* 2016/113 (Rabobank/Beekman).

48 R.o. 4.5.

49 In Engeland wordt in dit soort gevallen gesproken van ‘Interceptive Subtraction’. Als de gedaagde gelden ontvangen heeft, die op weg waren naar de eiser, wordt aangenomen dat de gedaagde is verrijkt ten koste van de eiser. Zie Birks 2005, p.75-78; Goff & Jones 2011, nr. 6-52-6-62.

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

handeling over de koop van het pand waar de taxionderneming in gevestigd was. De gemeente was daarbij door de familierelatie van de eiser en de gedaagde in de veronderstelling dat de gedaagde tevens de taxionderneming van de eiser vertegenwoordigde. Dit resulteerde erin – zo kwam in rechte vast te staan – dat in de koopprijs van € 790.000 een verhuisvergoeding begrepen was. De eiser eiste dit gedeelte van het bedrag voor zich op van de gedaagde. De rechtbank achtte de gedaagde ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van de eiser omdat de verhuisvergoeding – mede gelet op het onteigeningsrecht – aan de eiser als uitbater van de taxionderneming toe behoorde te komen.⁵¹ Die specifieke omstandigheden maken dat de overeenkomst tussen de verrijkte en de gemeente niet als rechtvaardigingsgrond kan gelden jegens de eiser. De overeenkomst heeft in deze omstandigheden geen verrijkingsrechtelijke derdenwerking omdat de gedaagde ontvangen heeft, wat de eiser toekomt.

Het volgende voorbeeld is ingewikkelder en bevindt zich op het gebied van het schadeverzekeringsrecht. De gemeente laat door *De Jong Cabin B.V.* ten behoeve van een school portocabins bouwen op grond van de gemeente.⁵² De bedoeling is, dat De Jong eigenaar van de portocabins blijft en dat de gemeente de portocabins huurt vanaf 9 november 10.00 in de ochtend. Vlak voor de oplevering – in de nacht van 8 op 9 november – branden de portocabins echter tot de grond toe af. De gemeente heeft zich tegen brand laten verzekeren en ontvangt van de verzekeringsmaatschappij verzekeringspenningen voor de schade aan de grond, maar óók voor de afgebrande portocabins die voor de brand aan De Jong toebehoorden. Wanneer de gemeente weigert de verzekeringspenningen aan De Jong af te dragen, stelt de laatst genoemde een verrijkingsvordering in. De gemeente verweert zich onder meer met de stelling, dat zij niet verplicht was om zich te verzekeren (dit komt ook in rechte vast te staan) en dat De Jong buiten de overeenkomst tussen de gemeente en de verzekeringsmaatschappij staat. De Rechtbank Utrecht acht echter géén redelijke grond voor de verrijking van de gemeente aanwezig, omdat zij verzekeringspenningen heeft verkregen voor schade die zij niet zelf geleden heeft, maar een ander: De Jong.

Op het eerste gezicht zijn er twee argumenten tegen de verrijkingsaanspraak aan te voeren. In de eerste plaats heeft er, zoals de gemeente ook heeft betoogd, géén vermogensverschuiving plaatsgevonden tussen De Jong en de gemeente. Indien er géén sprake is van een vermogensverschuiving is een verrijking, zoals wordt verdedigd in dit boek, niet reeds ongerechtvaardigd bij het enkele ontbreken van een rechtvaardigingsgrond. Naast het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond is er een bijzondere reden nodig die de verrijking ongerechtvaardigd doet zijn. Het tweede argument tegen het oordeel dat de verrijking ongerechtvaardigd is, is dat die legitimatie er nu juist wél is. De gemeente ontleent haar verrijking immers aan de verze-

51 R.o. 4.7.

52 Rb. Utrecht 2 september 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ8423, *NJF* 2010/43.

keringsovereenkomst met de verzekeringsmaatschappij, zodat er, in ieder geval op het eerste gezicht, sprake lijkt te zijn van een rechtvaardigingsgrond.

Toch kan ik mij in het oordeel van de rechtbank vinden. De afwezigheid van een vermogensverschuiving en de aanwezigheid van een *prima facie* rechtvaardigingsgrond, doen niet af aan het feit dat de gemeente verzekeringspenningen heeft verkregen voor schade die De Jong geleden heeft. Dit staat in mijn optiek op gespannen voet met het indemniteitsbeginsel,⁵³ dat erop neerkomt dat een verzekerde slechts recht heeft op schadevergoeding, voor schade die hij daadwerkelijk geleden heeft. De gemeente mag als verzekerde niet ‘duidelijk’ beter worden van een schadevoorval.⁵⁴ Deze uit het verzekeringsrecht afkomstige gedachte, maakt dat de gemeente ongerechtvaardigd zou worden verrijkt ten koste van De Jong indien hij de verzekeringspenningen voor schade die De Jong geleden heeft, zou mogen behouden.⁵⁵ Er is een positieve reden die de verrijking – in weerwil van het ontbreken van een vermogensverschuiving – ongerechtvaardigd doet zijn. Dat de penningen eigenlijk aan De Jong toe behoren te komen, ondergraaft ook de grondslag van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst tussen de gemeente De Jong.⁵⁶

9.3.3 Afwijking derdenwerking vanwege bijzondere omstandigheden

9.3.3.1 Algemeen

Tot nu toe zijn er gevallen de revue gepasseerd waarin de ratio van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking afwezig is. Er zijn ook gevallen waarin bijzondere omstandigheden een uitzondering op de verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst rechtvaardigen, hoewel de ratio van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking aanwezig is. Redengevend voor de uitzonderingsmogelijkheid is dat er tussen de verarmde en de verrijkte in een geval van een indirecte verrijking, géén *checks and balances* zijn zoals in een contractuele twee partijenverhouding het geval is. De algemene verrijkingsactie fungeert in het juridische vacuüm van de indirecte verrijking als *check* voor het atypische geval. De aanvullende functie van de verrijkings-

53 Daarover: T.L. Cieremans in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, artikel 960 Boek 7 BW, aant. 2; Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/428.

54 HR 17 februari 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6195, NJ 1978/577 (Landgoed Kraaijbeek).

55 De feiten lagen net anders in waardoor een vergelijkbare verrijkingsaanspraak werd afgewezen: Hof Arnhem-Leeuwarden 29 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4813, NJF 2018/444.

56 Wél zal de gemeente – in mijn optiek – eventuele verzekeringspremies die betaald zijn ter verzekering van de portocabin in mindering mogen brengen op de uit te keren verzekeringspenningen. De gemeente was immers niet jegens De Jong verplicht zich te verzekeren. Zou De Jong onverkort verzekeringspenningen ontvangen, dan zou hij op zijn beurt ongerechtvaardigd worden verrijkt.

vordering komt hier sterk tot zijn recht, doordat de verrijksactie een belangenafweging tussen de verarmde en de verrijkte mogelijk maakt.

Bij deze belangenafweging moet goed in het oog worden gehouden, dat de verrijksrechtelijke derdenwerking het uitgangspunt is. Voor afwijking moet er iets bijzonders aan de hand zijn.

De omstandigheden waaronder een uitzondering op de verrijksrechtelijke derdenwerking moet worden aanvaard, kunnen niet limitatief worden weergegeven. Met Wissink meen ik dat de belangenafweging steeds in concreto moet plaatsvinden, zonder dat er op een verantwoorde wijze *'hard and fast rules'* geformuleerd kunnen worden.⁵⁷ Wel kunnen er een aantal gevalstypen worden omschreven, waarbij aan een uitzondering op de verrijksrechtelijke derdenwerking gedacht kan worden. In het onderstaande bezien wij rechtshandelingen die, vanuit een verrijksrechtelijk perspectief, aandacht verdienen.

9.3.3.2 Normaliteit rechtshandeling

Hartkamp heeft getracht een overkoepelend criterium te geven om te bepalen of een overeenkomst verrijksrechtelijke derdenwerking heeft. Hij heeft betoogd, dat moet worden gezien, in hoeverre de rechtshandelingen waaraan de gedaagde zijn voordeel ontleent naar maatschappelijke opvattingen als een normale rechtshandeling moet worden beschouwd. Hetzelfde geldt, in zijn optiek, voor de uitvoering van een overeenkomst. Is er sprake van een abnormale rechtshandeling of wordt een normale rechtshandeling op een niet normale wijze afgewikkeld (de wederpartij van de verrijkte verlangt feitelijk geen tegenprestatie) dan kan er zich volgens Hartkamp een situatie voordoen, waarin de verarmde de verrijkte kan aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking.⁵⁸ Van een dergelijke abnormale overeenkomst is volgens hem sprake, indien een overeenkomst die in de zakelijke sfeer is gesloten een wanverhouding vertoont.

Het gezichtspunt is op het eerste gezicht aansprekend. Het recht zal ten aanzien van bepaalde niet-reguliere rechtshandelingen minder geneigd zijn om degene die door de rechtshandeling wordt bevoordeeld bescherming te bieden. Nauw verwant hieraan is de gedachte, dat een verrijking die buiten de normale gang van zaken ligt, met een kritisch oog moet worden gezien.⁵⁹ Toch meen ik dat de normaliteit van de rechtshandeling niet doorslaggevend is of behoort te zijn.

57 Wissink 2002, p. 31.

58 Zie Hartkamp 2001, p. 334. Het gezichtspunt lijkt een rol te spelen in het Koker/Cornelius-arrest. HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928, NJ 2007/154, m.nt. J.B.M. Vranken (Koker/Cornelius), r.o. 3.6.3 sub c.

59 Zie daarover par. 2.10.

In de eerste plaats ontbeert een overeenkomst die naar maatschappelijke opvattingen 'niet normaal' is niet *mutatis mutandis* verrijktingsrechtelijke derdenwerking. Het beginsel van contractsvrijheid brengt in principe mee, dat het partijen – binnen wettelijke grenzen zoals die van artikel 3:40 BW – vrijstaat om hun overeenkomst naar eigen goeddunken in te richten. Partijen mogen principieel buiten de geijkte paden gaan.

In de tweede plaats zal het niet altijd eenvoudig zijn aan te geven wanneer een overeenkomst 'niet normaal' is. Om bij het voorbeeld van Hartkamp aan te haken: een onevenwichtige overeenkomst is niet automatisch een ongebruikelijke overeenkomst. Bedacht moet worden, dat er zelfs in de zakelijke sfeer 'cadeautjes' kunnen worden uitgedeeld om de samenwerking te bestendigen. Voorts is denkbaar, dat schulden kunnen worden kwijtgescholden om een belangrijke of vertrouwde partner te behoeden voor een faillissement. De grens tussen normaal en niet-normaal zal lang niet altijd scherp te trekken zijn.

In de derde plaats zal, in mijn optiek, ook ten aanzien van een rechtshandeling die als een 'normale' rechtshandeling kan worden beschouwd een afwijking op de verrijktingsrechtelijke derdenwerking gerechtvaardigd kunnen zijn. Wij zullen hier voorbeelden van aantreffen.

Of van het uitgangspunt van verrijktingsrechtelijke derdenwerking moet worden afgeweken, hangt er in mijn optiek, als gezegd, vanaf of bijzondere omstandigheden afwijking van dit uitgangspunt rechtvaardigen. Een niet-normale rechtshandeling, zou daarom – in mijn optiek – in beginsel slechts verrijktingsrechtelijke derdenwerking moeten ontberen indien hiervoor in het concrete geval goede argumenten gevonden kunnen worden. Maar dit geldt evenzeer voor normale rechtshandelingen.

Helemaal zonder betekenis is de normaliteit van de rechtshandeling niet. Ontleent de gedaagde zijn voordeel aan een 'abnormale' overeenkomst, dan kan dit een indicatie zijn dat er bijzondere omstandigheden zijn die afwijking van de verrijktingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst rechtvaardigen. Een verrijking die buiten de normale gang van zaken ligt, moet met een kritisch oog worden gezien.

De normaliteit van de rechtshandeling kan bovendien een andere rol vervullen. Is eenmaal aangenomen dat een overeenkomst geen verrijktingsrechtelijke derdenwerking heeft, dan kan het onder omstandigheden zo zijn, dat de goede trouw van de gedaagde op de voet van het redelijkheidsvereiste beschermd moet worden (al hoeft goede trouw niet altijd aan verrijktingsaansprakelijkheid in de weg te staan.)⁶⁰ In mijn optiek zal de gedaagde minder snel te goeder trouw zijn indien het om een rechtshandeling gaat die 'niet-normaal' is.

60 Zie: par. 7.9.

9.3.3.3 De gedaagde heeft om niet verkregen

Aan een uitzondering op de verrijgingsrechtelijke derdenwerking kan worden gedacht indien de verrijkte om niet verkregen heeft.⁶¹ Het recht is minder geneigd degene die om niet verkrijgt te beschermen. In het goederenrecht wordt iemand die te goeder trouw van de vervreemder verkregen heeft, slechts beschermd indien hij 'anders dan om niet' verkregen heeft (artikel 3:86 lid 1 BW). Iets soortgelijks geldt voor de *actio pauliana*. Krijgt iemand € 10.000 geschenken, terwijl de schenker wist of behoorde te weten dat diens schuldeisers door de gift benadeeld zouden worden in hun verhaalsmogelijkheden, dan is de gift – ongeacht de goede trouw van de begiftigde – vernietigbaar (artikel 3:45 lid 1 en 3 BW). Hartkamp & Sieburgh merken op, dat de ratio van deze bepaling hierin erin moet worden gezocht, dat het belang van de schuldeiser op verhaal zwaarder kan wegen dan het belang van de wederpartij om het in de schoot geworpen voordeel te behouden.⁶² Het is een motief dat ook in het kader van artikel 6:212 lid 1 BW kan spelen.

In lijn met de *actio pauliana* heeft Schoordijk betoogd, dat de verrijkte gedaagde kan worden aangesproken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking als de verrijkte gedaagde om niet ontvangt en de partij waarvan hij ontvangt de bedoeling heeft zijn schuldeisers te benadelen.⁶³ Wissink noemt degene die om niet verkrijgt in navolging van Schoordijk 'minder beschermenswaardig'.⁶⁴

Hartkamp ziet de omstandigheid dat de verrijkte om niet verkregen heeft, niet als een afzonderlijk gezichtspunt. Volgens hem draait het, zoals we hebben gezien, om de vraag of de rechtshandeling waaraan de verrijkte zijn voordeel ontleent, een naar maatschappelijke opvattingen 'normale' rechtshandeling is.⁶⁵

Toch zal het niet uitsluitend van de maatschappelijke normaliteit van de rechtshandeling afhangen, of de verrijkte beschermd wordt door een eventuele verrijgingsactie. Wanneer ouders hun kinderen €10.000 schenken dan kan niet worden gezegd dat een dergelijke rechtshandeling naar maatschap-

61 Vgl de zaak die ten grondslag ligt aan: HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285, *NJ* 2017/124, m.nt. P. van Schilfgaarde (Maple Leaf). M. wordt verdacht van fraude op het werk. Hij draagt 'om niet' een villa over aan een stichting Maple Leaf ten behoeve van zichzelf. Zijn werkgever Resort of the World N.V. probeert verhaal op de stichting te nemen. De Hoge Raad casseert de verwerping van de verrijgingsactie van het hof omdat de stellingen van Resort of the World N.V. – a) dat Maple Leaf wist of behoorde te weten dat M. het behoud en onderhoud van de villa financierde met verduisterd geld en b) dat Resort of the World N.V. door de constructie in haar verhaalsmogelijkheid was benadeeld – niet heeft onderzocht. De stellingen kunnen, volgens de Hoge Raad, de verrijgingsactie dragen. Interessant is de vraag of de verrijgingsactie ook los van kennis van Maple Leaf had kunnen slagen omdat de stichting de villa 'om niet' verkregen heeft.

62 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/596.

63 Schoordijk 1999, p. 157.

64 Wissink 2002, p. 32.

65 Hartkamp 2001, p. 334 *in fine*.

pelijke maatstaven 'niet normaal' is. Het kan bijvoorbeeld een schenking zijn om fiscale redenen. Of het kan een bijdrage zijn voor een huis. Of voor de studie. Enzovoorts. Benadeelt een dergelijke rechtshandeling een schuldeiser in zijn verhaal, dan kan hij – in mijn optiek – wel degelijk kiezen of hij een *actio pauliana* instelt of een verrijksactie.⁶⁶

De vraag kan worden gesteld in hoeverre de algemene verrijksactie van meerwaarde is ten opzichte van de *actio pauliana* in gevallen waarin de gedaagde 'om niet' verkrijgt. Schoordijk schrijft dat de verrijksactie in deze toepassing een duplicaat is van de *actio pauliana* en hij werpt dan ook de vraag op, of deze toepassing van de figuur van de indirecte verrijking 'overbodig' is.⁶⁷ Hij beantwoordt deze vraag – met een aarzeling – bevestigend.⁶⁸

De aarzeling is, in mijn optiek, niet ten onterechte.

In de eerste plaats kan er zich een geval voordoen waarin de schuldenaar van de eiser aan de gedaagde een schenking doet, zonder dat de schuldenaar wist of behoorde te weten dat de eiser hierdoor in zijn verhaalsmogelijkheden zou worden benadeeld. Denkbaar is dat op het moment dat B aan C € 10.000 schenkt, A een niet voorziene vordering op B verkrijgt die door de schenking onverhaalbaar is. De pauliana gaat dan niet op, omdat er dan niet voldaan is aan het vereiste van wetenschap aan de kant van de schuldenaar. Een verrijksactie heeft in mijn optiek wel kans van slagen. Waarom zou het van de wetenschap van B af moeten hangen of A, C kan aanspreken?⁶⁹ De wetenschap van de schuldenaar (B) kan in mijn optiek niets afdoen aan de belangenafweging tussen A (die voldoende verhaal wil hebben) aan de ene kant en C (die zijn voordeel wil behouden) aan de andere kant.

In de tweede plaats ziet de pauliana *niet* op een *nalaten*.⁷⁰ Ook een nalaten kan schuldeisers echter benadelen en anderen bevoordelen.⁷¹ Gedacht kan worden aan het geval dat iemand een gunstige optie niet op tijd heeft uitgeoefend om zijn schuldeisers een hak te zetten, of omdat hij het bijtje

66 Zie echter: Hof Leeuwarden 31 mei 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ7383. Een arts licht een patiënt op en schenkt zijn partner een horloge van €18.200. De schenking wordt als rechtvaardigingsgrond aangemerkt. Belangrijk voor het hof is onder meer dat de schenking een normale rechtshandeling betrof, die paste in het bestedingspatroon van de arts. De partner behoefde, volgens het hof, niet te twijfelen. Men kan zich afvragen, of het belang van de opgelichte patiënt niet behoort te prevaleren, als er een duidelijk verband kan worden aangenomen tussen de oplichting en de schenking.

67 Schoordijk 1999, p. 181. In deze richting ook Zwolve 2007, p. 212.

68 Schoordijk 1999, p. 181.

69 Zit er een te grote tijdsspanne tussen de schenking en de feitelijke benadeling, dan kan betoogd worden dat het verband tussen de verrijking en de verarming te los is om de verrijking ongerechtvaardigd te doen zijn. Eventueel zou afgevraagd kunnen worden of er voldoende verband bestaat tussen de verrijking aan de ene kant en de verarming aan de andere kant.

70 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/590.

71 Ankum heeft ervoor gepleit, de pauliana ook toe te passen bij een stilzitten van de debiteur: J.A. Ankum, 'Boekbespreking. H.P.J. Ophof, De Actio Pauliana: Terug van weggeveest of ook: "wegwezen"?', *NTBR* 1993/9, p. 238; Ankum 1962, p. 113.

erbij neer heeft gegoooid. Interessant is de vraag of de schuldeiser van degene die de optie niet ingeroepen heeft, degene die de optie tegen zich moest laten gelden (en dus door het nalaten bevoordeeld is) kan aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, indien de schuldeiser in zijn verhaalsmogelijkheden is benadeeld is. Ik zou menen dat de geest van de actio pauliana hier – in sommige gevallen – kan worden doorgetrokken via de verrijkingsvordering.⁷²

Een ander voorbeeld van benadelend nalaten is het geval waarin de ontferfde schuldenaar van de eiser géén aanspraak maakt op zijn legitieme portie (€ 100.000).⁷³ De schuldeiser(s) van de legitimaris kunnen op deze wijze worden benadeeld. Verkeert de schuldenaar in staat van faillissement, dan kan de curator op de voet van artikel 4:92 lid 2 BW de bevoegdheid van de legitimaris uitoefenen.⁷⁴ Het uitlokken van een faillissement kan echter, door de daaraan verbonden kosten, de vordering feitelijk onverhaalbaar maken. Interessant is daarom de vraag of een schuldeiser buiten faillissement, de overige erfgenamen kunnen aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking.

Prima facie wordt de verrijking van de erfgenamen gerechtvaardigd door de uiterste wilsbeschikking, maar op de keper beschouwd, bestaat de verrijking van de erfgenamen uit de *besparing* die ontstaat doordat de legitimaris (vooralsnog) zijn recht niet inroept. Deze besparing is niet het gevolg van een vermogensverschuiving, zodat de verrijking slechts in bijzondere omstandigheden ongerechtvaardigd kan zijn. Is er geen vermogensverschuiving dan is een verrijking – zoals de hier gesignaleerde besparing – in beginsel niet ongerechtvaardigd. Er zijn bijzondere omstandigheden vereist, die de verrijking ongerechtvaardigd doen zijn. Welnu, het ‘paulianeuze’ nalaten van de legitimaris kan wellicht als een bijzondere omstandigheid worden gezien, die de verrijking van de erfgenamen ongerechtvaardigd doet zijn ten opzichte van de schuldeiser van de legitimaris. Verder kan het bestaan van artikel 4:92 lid 2 BW evenzeer als een argument worden gezien. Het voordeel van de erfgenamen zou als een verrijking gezien kunnen worden die buiten de normale gang van zaken ligt. Dit zal des te sterker het geval zijn, indien de legitimaris welbewust geen aanspraak maakt op zijn legitieme portie, omdat hij wéét dat de € 100.000 anders naar zijn schuldeisers gaat.⁷⁵

In de derde plaats kan de rechtshandeling waaraan de verrijkte zijn voordeelt ontleent, zodanig van aard zijn dat vernietiging niet het gewenste effect heeft. C komt met B overeen dat de laatste op de grond van C mag bouwen, terwijl overeen gekomen wordt dat C niet voor het bouwwerk

72 Complicatie is dat een optie op moment t geldt en op moment t + x niet meer.

73 Dit voorbeeld dank ik aan een Privatissimum-opdracht, uitgereikt door T.J. Mellema-Kranenburg. Destijds (2008) zocht ik de oplossing evenzeer in de ongerechtvaardigde verrijking. Ik geloof dat het de eerste keer was, dat ik met het onderwerp in aanraking gekomen ben.

74 T.J. Mellema-Kranenburg, in: *GS Vermogensrecht*, artikel 3:45 BW, aant. 4.8.

75 Eventuele onaanvaardbare resultaten, kunnen worden ondervangen door de redelijkheidstoets.

hoeft te betalen.⁷⁶ A voert de werkzaamheden uit, B kan niet betalen. Vernietiging van de rechtshandeling B-C kan niet wegnemen dat C door natrekking eigenaar van het gebouwde is geworden. Het mogelijke paulianeuze karakter van de toestemmingsovereenkomst tussen B en C kan een verrijkingsvordering van schuldeiser A op C rechtvaardigen voor zover C door de natrekking verrijkt is.⁷⁷

Naast deze drie voorbeelden zullen we hieronder nog andere gevallen aantreffen, waarin de verarmde zich niet met een pauliana kan redden terwijl een verrijkingsactie overwogen kan worden.

9.3.3.4 *De overeenkomst geeft slechts een 'zachte' legitimatie*

In het verlengde van gevallen waarin de verrijkte gedaagde om niet verkregen heeft, zijn er gevallen denkbaar waarin de overeenkomst tussen de verrijkte en de contractuele wederpartij van de verrijkte slechts een 'zachte' legitimatie biedt. Daarmee bedoel ik dat het voordeel niet deel uitmaakt van de essentialia van de overeenkomst.

Gedacht kan worden aan een geval waarin de huurder van bedrijfsruimte, een verbetering mag aanbrengen op voorwaarde dat een verrijkingsvordering contractueel uitgesloten is. Bij het einde van de huur moet de huurder zich derhalve behelpen met het wegneemrecht. Biedt de huurder geen verhaal jegens de aannemer die de verbetering heeft doorgevoerd en maakt de huurder géén gebruik van zijn wegneemrecht dan is de verhuurder verrijkt ten koste van de aannemer. Kan de aannemer de verhuurder aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking?⁷⁸

De belangen van de aannemer en de verhuurder moeten worden afgewogen. Tegenover het argument dat de verhuurder zijn voordeel ontleent aan de overeenkomst met de huurder, staat dat het voordeel niet tot de essentialia van de huurovereenkomst behoort. De legitimatie is in die zin zwak, dat het van het feitelijk handelen van de huurder afhangt – maakt hij gebruik van zijn wegneemrecht of niet? – of de verhuurder wordt verrijkt. In mijn optiek is het verdedigbaar in een geval de aannemer (op eigen kosten) op de voet van artikel 6:103 BW een eigen wegneemrecht te gunnen. Voorwaarde is wel, dat de aannemer de gehuurde zaak in de toestand brengt 'die bij het einde van de huur redelijkerwijs in overeenstemming met de oorspronkelijke kan worden geacht' op de voet van artikel 7:216 lid 1 BW, of dat hij de verhuurder schadeloos stelt. Gaat het om door de aannemer geleverde kostbare deuren, dan kan hij deze – tegen een vergoeding voor de oude deuren – meenemen. Gaat het om een verbouwing, dan heeft de aannemer met het wegneemrecht een zekere onderhandelingspositie.

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

77 Het is ook mogelijk de overeenkomst B-C te vernietigen en dan een vordering van B op C (op grond van ongerechtvaardigde verrijking of onverschuldigde betaling) uit te winnen.

78 De casus heeft wel iets van *Reimes/Constandse*, zie: HR 17 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1062, NJ 1993/740 (Reimes/Constandse).

9.3.3.5 Afkeurenswaardige rechtshandeling

Een uitzondering op de verrijktingsrechtelijke derdenwerking kan voorts aangewezen zijn, indien het gaat om een rechtshandeling die op enigerlei wijze afkeurenswaardig is.

Eén van de *usual suspects* die mogelijk afkeurenswaardig zijn, is de casus die ten grondslag ligt aan het arrest *Setz/Brunings*.⁷⁹ Condico verkoopt een perceel grond aan Brunings zonder dat de grond direct wordt geleverd. Wanneer Brunings iets minder dan de helft betaald heeft stopt de betaling vanwege betalingsmoeilijkheden. Daarop verkoopt en levert Condico hetzelfde perceel grond aan Setz voor een prijs beneden de marktwaarde. Levering vindt ditmaal wel plaats. Daarop spreekt Brunings Setz aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking omdat de laatste de grond alleen maar zou hebben kunnen kopen, vanwege het feit dat Brunings al een deel van de koopprijs betaald heeft. In dit geval zou het zo kunnen zijn, dat er sprake is van een afkeurenswaardige overeenkomst. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn indien Condico en Setz op enigerlei wijze aan elkaar zijn gelieerd.⁸⁰ Of dit het geval is, wordt niet duidelijk. De feiten komen in deze zaak niet goed uit de verf. Daar komt bij, dat er geen cassatiemiddel is gericht tegen het oordeel van het *Gemeenschappelijk Hof van Justitie Nederlandse Antillen en Aruba* dat de verrijking van Setz een redelijke grond ontbeert. De zaak blijft slechts ‘verdacht’.⁸¹

Een duidelijker voorbeeld van een afkeurenswaardige rechtshandeling is een overeenkomst die deel uitmaakt van een *Ponzi scheme*. De fraudeur spoort verschillende personen aan om hem geld te lenen tegen wonderlijk hoge rentepercentages. Hij houdt de inleggers voor, dat hij in staat is de gelden op een (zeer) gunstige wijze te beleggen. In werkelijkheid belegt de fraudeur niet, maar betaalt hij de beloofde rentepercentages uit de inleg van andere beleggers. Het behoeft geen betoog, dat de fraudeur op een gegeven moment failliet gaat. Als de rook is opgetrokken, zijn er veel verliezers, maar er zijn ook een aantal beleggers die ‘gewonnen’ hebben. Kan een ‘winnaar’ nu worden aangesproken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking door een ‘verliezer’? De Hoge Raad is van oordeel dat de rechtshandeling waar de belegger zijn voordeel aan ontleent, niet ‘zonder meer’ zijn verrijking rechtvaardigt en dat dit des te sterker geldt als er een wanverhouding bestaat tussen de prestaties.⁸²

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

80 Vgl. Wissink 2002, p. 32.

81 De zaak is zo ‘verdacht’ dat verschillende auteurs zich hebben afgevraagd of het hier niet eerder gaat om een geval van het onrechtmatige profiteren van wanprestatie. Zie bijvoorbeeld: Zwalve 1997, p. 585-586; Scheltema 1998, p. 27; Schoordijk 1997, p. 1751. In het volgende hoofdstuk zal de verhouding tussen onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking onder de loep genomen worden.

82 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, NJ 2012/495, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ponzi scheme*). Zie ook over dit arrest, bijvoorbeeld: Strijbos 2012; W.M. Schonewille & De Jong 2012.

Ik zou menen dat het goed verdedigbaar is, dat de verrijking van een bevoordeelde belegger ten koste van een belegger die door het *Ponzi scheme* benadeeld is, ongerechtvaardigd is. Belangrijk is dat de gelukkige belegger zijn voordeel ten koste van de verliezende belegger dankt aan de *willekeur* van de fraudeur. Het mechanisme van een *Ponzi scheme* – waarin de fraudeur de ‘beleggingswinsten’ betaalt van de inleg van andere beleggers – druist in tegen de ratio van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst. Een overeenkomst heeft verrijkingsrechtelijke derdenwerking omdat eenieder – als rechthebbende van zijn vermogen – over zijn vermogen kan beschikken ten opzichte van de rest van de wereld. Weliswaar beschikt de fraudeur in een *Ponzi scheme* over zijn eigen vermogen in die zin dat hij verplichtingen op zich neemt, maar essentieel aan een *Ponzi scheme* is, dat de fraudeur structureel beschikt over gelden van anderen op een andere manier dan is afgesproken. De verrijking van een profiterende belegger heeft buiten de normale – reguliere – gang van zaken om plaats gevonden.

Toch zou ik het blote feit dat een voordeel van een *Ponzi scheme* afkomstig is, onvoldoende achten voor de conclusie dat de verrijkte belegger onverkort aansprakelijk is. Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, moet het soms afleggen tegen andere vermogensrechtelijke overwegingen. De aanspraak moet ‘redelijk’ zijn. Het beginsel dat tegenkracht biedt is het beginsel dat de goede trouw van de profiterende belegger beschermd moet worden, hetgeen mede in het belang is van een soepel lopend rechtsverkeer.⁸³ Het is een gedachte die aan bepalingen als artikel 3:86 en 3:88 BW ten grondslag ligt. Een verrijkingsactie tegen een profiterende belegger die te goeder trouw is, stuit in mijn optiek af op het redelijkheidsvereiste.⁸⁴

De vraag is echter wanneer die goede trouw ontbreekt. Het hof had, in de zaak die ten grondslag ligt aan het *Ponzi scheme*-arrest, bijvoorbeeld vastgesteld dat de profiterende belegger niet wist of behoorde te weten dat er sprake was van een *Ponzi scheme*, zodat de overeenkomst niet nietig was op grond van de openbare orde of de goede zeden. In mijn optiek sluit dit aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking niet uit. Het weten of behoren te weten is in het kader van artikel 3:40 lid 1 BW concreet, en ziet op de specifieke vraag of de belegger indicaties had dat de overeenkomst deel uitmaakte van een *Ponzi scheme*: ‘een *Ponzi scheme*’ is in strijd met de goede zeden. In mijn optiek is er in het kader van artikel 6:212 lid 1 BW echter ruimte voor een abstractere twijfelplicht. Een extreem hoog rentepercentage, kan, zeker in combinatie met bijkomende omstandigheden, maken dat iemand behoort te begrijpen dat er – mogelijk – ‘iets’ niet in de haak is. Wanneer iemand in weerwil van die twijfel contracteert, dan loopt hij – als het inderdaad niet in de haak blijkt te zijn – het risico dat hij aansprakelijk

83 Koolhoven positioneert het ontbreken van goede trouw als een factor die de rechtvaardigende kracht aan de overeenkomst ontnemt. Zie: Koolhoven 2011, p. 241.

84 In gelijke zin: Koolhoven 241-242.

kan zijn uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Onmogelijkheid van onderzoek, hoeft niet in de weg te staan aan een twijfelplicht.

Die twijfel kan enerzijds gevoed worden door de gang van zaken. Hoe professioneel ging het eraan toe, waren er indicaties dat er iets niet in de haak was? Anderzijds kan de twijfelplicht worden ingegeven door een hoog rentepercentage. In de vastgestelde feiten in het *Ponzi scheme*-arrest komt een overeenkomst van *geldlening* voor met een rente van 80% op jaarbasis.⁸⁵ Daar lijkt enige twijfel op zijn plaats. Maar moet die twijfel er ook zijn, als het gaat om een percentage van 3% per maand *beleggingen* in plaats van *geldleningen*?⁸⁶ Hoefde de verrijkte rechtens niet te twijfelen, dan behoort de rechtszekerheid en met hem het belang van een soepel lopend rechtsverkeer – in mijn optiek – voor te gaan. Behoorde de gedaagde, die zijn voordeel ontleent aan een overeenkomst die deel uitmaakt van een *Ponzi scheme*, wél te *twijfelen*, dan wordt de uitzondering op de verrijkingsrechtelijke derdenwerking gerechtvaardigd door het beginsel dat niemand mag profiteren van zijn onereuze gedrag en is verrijkingsaansprakelijkheid alleszins redelijk. Vranken zou spreken van een sanctie op *unclean hands*.⁸⁷

Hoewel de overeenkomst waaraan een bevoordeelde belegger zijn voordeel ontleent (in de woorden van de Hoge Raad) niet ‘steeds en zonder meer’ geldt als rechtvaardigingsgrond ten opzichte van een benadeelde belegger, slaagde de curator er niet in om, ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement van de fraudeur, een bevoordeelde belegger aan te spreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Essentieel is, dat in de zaak die ten grondslag ligt aan het *Ponzi scheme*-arrest, niet een profiterende belegger tegen een benadeelde belegger staat, maar een profiterende belegger tegenover de curator die de belangen behartigt van alle schuldeisers in het faillissement. Niet alle schuldeisers zijn benadeelde *Ponzi scheme*-beleggers.

De Hoge Raad is van oordeel dat het stelsel van de faillissementswet aan de door de curator gewenste verrijkingsactie *ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers* in het faillissement van de fraudeur in de weg staat.⁸⁸ In de verhouding tussen de fraudeur en de belegger kwalificeert de uitbetaling van de rente als een *opeisbare* schuld. Krachtens artikel 47 Fw zijn er slechts twee gronden op basis waarvan een opeisbare schuld vernietigt kan worden. Dit is enerzijds het geval als de ontvanger van de betaling wist dat het faillissement was aangevraagd en anderzijds als er sprake is van samenspanning met als doel de ontvanger boven de andere schuldeisers te bevoordelen. De Hoge Raad is van oordeel dat artikel 47 Fw de verrijking van een bevoordeelde belegger ten koste van de gezamenlijke schuldeisers in het faillisse-

85 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, NJ 2012/495, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ponzi scheme*), r.o. 3.1. onder (vi), negende streepje.

86 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, NJ 2012/495, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ponzi scheme*), r.o. 3.1. onder (vi), tiende streepje.

87 Daarover: Vranken 1998, p. 1497-1500.

88 R.o. 3.7.4.

ment van de fraudeur rechtvaardigt. Daarbij overweegt de Hoge Raad dat 'de behoeften van het verkeer meebrengen dat de schuldeiser erop mag vertrouwen dat de betaling door de schuldenaar onaantastbaar blijft, ook al geraakt de schuldenaar later, misschien zelfs kort na de betaling, in staat van faillissement'.⁸⁹

Het oordeel past bij het uitgangspunt, dat een verrijkingsvordering moet passen in het stelsel van de wet. In mijn optiek is er echter wel iets voor te zeggen om, zoals eerder is betoogd,⁹⁰ in bijzondere omstandigheden het stelsel van de wet minder gewicht toe te kennen. Die bijzondere omstandigheden zijn bij een *Ponzi scheme* in mijn optiek aanwezig. Daar waar artikel 47 Fw ziet op de vernietiging van frauduleuze betalingen van reguliere schulden, daar gaat het bij een *Ponzi scheme* om reguliere betalingen van verbintenissen die voortvloeien uit frauduleuze overeenkomsten. Zeker als een bevooroordeelde belegger een twijfelplicht heeft geschonden, vind ik het belang van een goed lopend rechtsverkeer geen sterk argument om de verrijkingsactie af te wijzen.

9.3.3.6 Blote onevenwichtigheid

Mede in het licht van *Ponzi scheme* kan afgevraagd worden, of – in weerwil van de goede trouw van de gedaagde – een blote onevenwichtigheid van de overeenkomst waaraan de gedaagde zijn voordeel ontleent, ertoe kan leiden dat de verarmde door het schild van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking heen kan breken.⁹¹

Engelhard en Van Maanen hebben opgemerkt dat het recht geen *iustum pretium*-leer kent, zodat onevenwichtigheid niet aan de verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst kan afdoen.⁹² In zijn algemeenheid gaat dit te ver. De afwijzing van de *iustum pretium*-leer, is een rechtspolitieke keuze die gemaakt is in de vormgeving van de *checks and balances* tussen de contractuele partijen. In een geval van derdenverrijking wordt een ander dan de contractuele wederpartij aangesproken. Dat de *iustum pretium*-leer niet wordt aanvaard, sluit niet uit dat de onevenwichtigheid van de overeenkomst af kan doen aan de verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst. De Hoge Raad lijkt het als een relevant gezichtspunt te zien.⁹³ Het is echter niet eenvoudig aan te geven wanneer blote onevenwichtigheid een argument is om een uitzondering te maken op de verrijkingsrechtelijke derdenwerking.

⁸⁹ R.o. 3.7.4.

⁹⁰ Zie par. 6.5.4.4.

⁹¹ De metafoor van het 'schild' ontleen ik aan Wissink. Zie Wissink 2002, p. 32.

⁹² Engelhard & Van Maanen 1998, p. 317; Zie ook: Van Maanen 2006, p. 45.

⁹³ HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, NJ 2012/495, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ponzi scheme*), r.o. 3.7.2.

Wellicht dat aan een geval als het volgende gedacht kan worden. Een vader belooft zijn zoon meerdere malen dat hij op zijn dertigste verjaardag voor een habbekrats (€ 1.000.000) zijn bedrijf (ter waarde van € 5.000.000) kan overnemen. De reden is bij de zoon bekend: het gaat om een boerenbedrijf en de vader wil koste wat het kost dat het bedrijf wordt voortgezet. In het jaar dat de zoon dertig jaar wordt, heeft de vader privé een schuld van € 2.000.000 zonder dat de zoon dit weet of behoort te weten. Desalniettemin draagt hij de zaak aan zijn zoon over voor een vijfde van de waarde. Door deze transactie blijkt één van de schuldeisers te worden benadeeld in zijn verhaalsmogelijkheden. De overeenkomst is krachtens de *actio pauliana* vernietigbaar indien de zoon van de potentiële benadeling wist of behoorde te weten. De onevenwichtigheid van de overeenkomst en de vader-zoonrelatie scheppen daartoe een vermoeden.⁹⁴ Het kan echter zo zijn, dat dit vermoeden wordt weerlegd, door de jarenlange – voortdurend herhaalde – belofte van de vader om zijn zaak voor een zachte prijs over te dragen ten einde het bedrijf in de familie te houden.

Kan de benadeelde schuldeiser de zoon aanspreken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking indien de vlieger van de pauliana niet opgaat?

Tegen de verrijkingsactie pleit, dat de reden waarom de pauliana niet opgaat – gebrek aan wetenschap omtrent de schuldeisersbenadeling aan de kant van de zoon – ook de verrijkingsvordering zou moeten blokkeren. Het belangenevenwicht zoals dat in artikel 3:45 BW en 3:46 BW is neergelegd, mag niet door een verrijkingsvordering doorbroken worden, zo zou kunnen worden betoogd. De zoon moet erop kunnen vertrouwen, dat hij het bedrijf heeft overgenomen onder de voorwaarden waarop hij het van zijn vader verkregen heeft.

Vóór een verrijkingsactie kan echter pleiten dat de wanverhouding van de overeenkomst tussen de vader en de zoon zo groot is, dat er sprake is van een materiële schenking die veel weg heeft van een overeenkomst 'om niet' (zonder als zodanig te kwalificeren).⁹⁵ Daarbij is het zo, dat de zoon in dit voorbeeld bij eenieder zou moeten twijfelen als hij een bedrijf aangeboden krijgt voor een vijfde van de waarde. De reden dat hij niet hoeft te twijfelen is dat het zijn vader is geweest, die het aanbod – conform een voortdurend herhaalde belofte – heeft gedaan. De vraag is of het wel terecht is, dat de zoon profiteert van het feit dat hij – door de familieband en de belofte van zijn vader – niet behoefde te twijfelen aan de legitimiteit van de rechtshandeling. In mijn optiek weegt het belang van de schuldeiser van de vader zwaarder, dan het belang van de zoon om zijn voordeel ten volle te behouden.^{96,97}

94 Art. 3:46 lid 1 onder 1 en 3 sub a BW.

95 Vgl. Koolhoven 2011, p. 243.

96 Zie echter: HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928, NJ 2007/154, m.nt. J.B.M. Vranken (Koker/Cornelius), r.o. 3.6.3 sub c: Desalniettemin zou de balans bij extreme onevenwichtigheid de andere kant op kunnen slaan.

97 In het kader van het redelijkheidsvereiste, zou in mijn optiek ook een schadevergoedingsplicht in termijnen denkbaar zijn. De zoon immers zal niet per se de liquide middelen hebben om de schade te vergoeden.

9.3.3.7 *Unclean hands*

Een afwijking van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking kan evenzeer gerechtvaardigd zijn, indien het handelen van de gedaagde niet helemaal zuiver was.⁹⁸ Soms zal het onzuivere handelen kwalificeren als wanprestatie of onrechtmatige daad.⁹⁹ Maar dit hoeft niet zo te zijn. Gedacht kan worden aan het geval waarin de gedaagde een huis van de eiser zal kopen en vlak voor die tijd de bewoner aanmoedigt om in de woning te investeren.¹⁰⁰ In het volgende hoofdstuk zal de vraag in hoeverre de verrijkingsvordering de onrechtmatige daad kan aanvullen nader worden geanalyseerd.

9.4 VARIA

9.4.1 Algemeen

Zeker als het gaat om verrijkingsrechtelijke meerpartijenverhoudingen kan het kopje 'varia' niet ontbreken.¹⁰¹ Tussen de gevallen waarin de gedaagde zijn voordeel ontleent aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde eiser (9.3) en de gevallen waarin dit niet zo is (9.2) aan de andere kant, zijn er situaties waarin de overeenkomst tussen de gedaagde en de overeenkomst met een ander dan de verarmde op de achtergrond meespeelt. Om een beeld te geven behandel ik twee gevallen uit de lagere rechtspraak.

9.4.2 Een betaling van andermans schuld in het kwadraat

In een zaak die voor de Rechtbank Overijssel is gekomen gaat het om de betaling van andermans schuld.¹⁰²

Een bestuurder van een tweetal vennootschappen leent privé (maar ten behoeve van de vennootschappen) een som geld van de gedaagde. Afgesproken wordt, dat de bestuurder de schuld aan de gedaagde zal aflossen, door de aannemer van de gedaagde te betalen die werkzaamheden verricht aan gedaagdes woning. Vervolgens betaalt niet de bestuurder de aanneemsom ter zake van de woning van de gedaagde, maar de twee vennootschappen waarvan de bestuurder de bestuurder is. Dan gaat het mis. De bestuurder komt terecht in de schuldsanering en de twee vennootschappen gaan failliet. De curator in het faillissement van de twee vennootschappen, spreekt – waarschijnlijk bij ontstentenis van verhaal bij de bestuurder – de gedaagde

98 Vranken 1998, p. 1497-1500; Gerdes 2005, par. 8.5.1c, p. 191.

99 Zoals in: HR 17 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1062, NJ 1993/740 (Reimes/Constandse).

100 Zie: par. 6.5.3.5 in fine.

101 Vgl. Schoordijk 1999, p. 182. Hij stelt aan het slot van zijn monografie de vraag of hij de problematiek van de derdenverrijking uitputtend in kaart heeft gebracht. Zijn antwoord is ontnuchterend. 'Zulks is ronduit onmogelijk'. Daar ben ik het 'ronduit' mee eens.

102 Rb. Overijssel 17 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:999, JOR 2016/248.

aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. De gedaagde zou ongerechtvaardigd zijn verrijkt ten koste van de vennootschappen, doordat de vennootschappen de schuld van de gedaagde aan haar aannemer hebben voldaan, zonder dat de vennootschappen daartoe verplicht waren.

De rechtbank wijst de verrijkingsvordering toe. De gedaagde, zo stelt de rechtbank vast, was inderdaad de aanneemsom verschuldigd aan de aannemer (er was géén sprake van schuldoverneming door de bestuurder).¹⁰³ Verder heeft de gedaagde niet kunnen aantonen, dat de betaling van de vennootschappen gezien moet worden als een betaling 'van de bestuurder' of dat de vennootschappen daartoe om een andere reden gehouden waren.¹⁰⁴ Onder deze omstandigheden is, volgens de rechtbank, de gedaagde ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van de vennootschappen. Deze hebben immers onverplicht – zonder rechtsgrond – de schuld van de gedaagde aan de aannemer voldaan als bedoeld in artikel 6:30 BW.¹⁰⁵

Een betaling van andermans schuld kan inderdaad tot een verrijkingsvordering leiden. Toch twijfel ik in dit geval. De gedaagde heeft immers het hare gekregen: de bestuurder had zich jegens de gedaagde verbonden om de aanneemsom te voldoen. Op de keper beschouwd wordt er in deze casus door één betaling tweemaal andermans schuld voldaan. De vennootschappen betalen de schuld die de gedaagde aan haar aannemer heeft. Maar aldus doende voldoen de vennootschappen tevens de schuld van de bestuurder aan de gedaagde ter zake van de geldleningsconstructie. De bestuurder had zich immers verbonden om – bij wijze van betaling – de door de gedaagde verschuldigde aanneemsom te voldoen.

Of er sprake is van een ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde ten koste van de vennootschappen, hangt er mijns inziens vanaf of de vennootschappen de wil hadden om, met de betaling aan de aannemer, niet alleen de schuld van de gedaagde aan de aannemer te voldoen, maar óók de schuld van de bestuurder aan de gedaagde. Is dit het geval, dan is de gedaagde niet ongerechtvaardigd verrijkt omdat – op grond van artikel 6:30 BW – een ander dan de schuldenaar de verbintenis kan voldoen. In een tweepartijenverhouding is er dan geen onverschuldigde betaling;¹⁰⁶ in deze ingewikkeldere meerpartijenverhouding is er dan geen ongerechtvaardigde verrijking.

Hadden de vennootschappen die wil níet, dan komt het erop aan of de gedaagde er – op basis van het doen en nalaten van de vennootschappen – gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de vennootschappen die wil wél hadden (artikel 3:35 BW). Ook in dat geval is er geen sprake van ongerechtvaardigde verrijking. Pas als zowel de wil om andermans schuld te voldoen als het gerechtvaardigde vertrouwen daarop ontbreekt, is de gedaagde ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van de vennootschappen. Ontbreekt de delgingswil aan de kant van de vennootschappen én het gerechtvaardigde vertrouwen

103 R.o. 4.6.

104 R.o. 4.7-4.9.

105 R.o. 4.10.

106 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/432.

daarop aan de kant van de gedaagde dan staat de betaling in wezen los van de overeenkomst tussen de bestuurder en de gedaagde zodat die geen rol meer speelt. Enkel in dit laatste geval acht ik een verrijkingsvordering toewijsbaar.

9.4.3 Verrekening onverschuldigde betaling door bank

Het volgende te bespreken geval, gaat over de situatie waarin de bank een onverschuldigde betaling op de rekening van de rekeninghouder verrekent met een tegenvordering van de bank op de rekeninghouder, die de onverschuldigde betaling heeft ontvangen.

De casus is als volgt. Thijssen Beheer staat bij de Rabobank borg voor al hetgeen de bank van Emkor B.V. te vorderen heeft (het gaat om € 300.000).¹⁰⁷ Op zeker moment maakt Emkor Projecten – naar wordt aangenomen zonder rechtsgrond, dus onverschuldigd – € 35.500 over naar de rekening van Thijssen Beheer die zij bij de Rabobank heeft. Thijssen Beheer vraagt de Rabobank de betaling ongedaan te maken. De bank weigert en verrekent het op de rekening bijgeschreven bedrag met hetgeen de bank van Thijssen Beheer te vorderen heeft op grond van de overeenkomst van borgtocht. De voorzieningenrechter neemt aan dat zowel Emkor B.V. als hoofdschuldenaar, als Thijssen Beheer als borg onvoldoende verhaal bieden voor de verschuldigde € 300.000. Doordat de bank het onverschuldigd betaalde bedrag kon verrekenen met hetgeen Thijssen Beheer als borg aan de bank verschuldigd was, is de bank verrijkt. De onverschuldigde betaling door Emkor Projecten aan Thijssen Beheer (de cliënt van de bank) bood de bank immers een extra mogelijkheid tot verhaal.

De vraag is of deze verrijking ongerechtvaardigd is. Op het eerste oog is de bank niet ongerechtvaardigd verrijkt. Via verrekening verkrijgt zij immers waarop zij krachtens de overeenkomst van borgtocht jegens Thijssen Beheer recht heeft. De voorzieningenrechter komt in zijn voorlopige oordeel echter tot een ander oordeel:¹⁰⁸

‘Nu verder aannemelijk is dat de Rabobank alleen tot verrekening heeft kunnen overgaan omdat Emkor Projecten per abuis het betreffende bedrag op de rekening van Thijssen Beheer heeft overgemaakt (Thijssen Beheer genoot immers geen inkomsten meer), moet het er voor gehouden worden dat voor de verrijking geen redelijke grond aanwezig was. De verrijking moet dan ook naar voorlopig oordeel als ongerechtvaardigd worden aangemerkt.’

Damminga is kritisch. Hij noemt de motivering ‘bijna’ apodictisch.¹⁰⁹ In zijn optiek is het bovendien onverenigbaar met het *Ontvanger/Hamm*-arrest. Uit dit arrest kan worden afgeleid dat een onverschuldigde betaling vóór het faillissement leidt tot een concurrente vordering.¹¹⁰ In de benadering van de

107 Rb. Rotterdam 17 maart 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL9393, *JOR* 2011/58, m.nt. Damminga.

108 R.o. 4.8.

109 Damminga in zijn noot onder: Rb. Rotterdam 17 maart 2010, *JOR* 2011/58, nr. 5.

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

voorzieningenrechter lijkt Emkor Projecten echter *het gehele onverschuldigd betaalde bedrag* terug te krijgen omdat de voorzieningenrechter van oordeel is dat de Rabobank ongerechtvaardigd is verrijkt ten belope van het onverschuldigd betaalde bedrag (al moet worden opgemerkt, dat de Rabobank geen verweer heeft gevoerd op het punt van de omvang van de verrijking).

Volgens Damminga moet de lijn van *Loeffen q.q./Mees en Hope I* worden doorgetrokken.¹¹¹ Zou Thijssen Beheer failliet zijn gegaan, dan had de curator krachtens dit arrest de verrekening door de bank kunnen vernietigen, indien de bank op het moment van de verrekening zou hebben geweten of behoren te weten dat het faillissement van Thijssen beheer was aangevraagd. Iets soortgelijks moet volgens Damminga gelden als de rekeninghouder niet failliet, maar wél feitelijk insolvent is. De ratio van *Loeffen* – de bijzondere positie van de bank in het betalingsverkeer mag geen inbreuk maken op de *paritas creditorum* – zou volgens hem mee brengen, dat de bank niet mag verrekenen indien zij van de feitelijke insolventie weet of behoort te weten. De bank mag zich slechts voor een evenredig deel op de onverschuldigd betaalde som verhalen. Damminga zoekt de grondslag van de eventuele aansprakelijkheid van de bank in de onrechtmatige daad.¹¹²

In mijn optiek zou het niet om de goede trouw van de bank moeten draaien. Aan de ene kant leert het *Ontvanger/Hamm* arrest – en artikel 3:277 e.v. BW – dat een onverschuldigde betaling leidt tot een concurrente vordering. Aan de andere kant zou in *Loeffen q.q./Mees en Hope I* een argument gevonden kunnen worden dat de sleutelpositie van de bank in het betalingsverkeer er niet toe mag leiden dat de *paritas creditorum* doorbroken wordt en profiteert van haar bijzondere positie in het betalingsverkeer. Worden beide arresten in elkaar geschoven, dan is de bank in een geval zoals hier besproken, ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van degene die onverschuldigd heeft betaald voor zover de bank meer verhaal heeft genomen dan correspondeert met een evenredig deel van haar vordering. Die verrijking ligt buiten de normale gang van zaken doordat de bank, dankzij haar centrale positie in het betalingsverkeer, relatief makkelijk kan verrekenen.

Maar ook het oordeel van de voorzieningenrechter, dat de Rabobank met het volle onverschuldigd betaalde bedrag ongerechtvaardigd is verrijkt, is in mijn optiek verdedigbaar. Het is namelijk zo, dat de bank het insolventierisico van haar cliënt zal hebben aanvaard. Zeker als de bank € 300.000 te vorderen heeft. Iemand die onverschuldigd betaalt zal daarentegen – zeker als hij dit per onmiskenbare vergissing heeft gedaan – het insolventierisico van de ontvanger níet op zich genomen hebben.¹¹³ In een geval waarin de bank een onverschuldigde betaling verrekent met een vordering op haar cliënt, wentelt de bank in wezen het insolventierisico op haar cliënt af op

111 HR 8 juli 1987, NJ 1988/104, m.nt. W.C.L. van der Grinten.

112 Damminga in zijn noot onder: Rb. Rotterdam 17 maart 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL9393, JOR 2011/58, nr. 9-11.

113 Zie over het argument dat degene die onverschuldigd heeft betaald niet het insolventierisico van de ontvanger op zich genomen heeft: Zwolve 1996, p. 92 en p. 97.

degene die – toevallig – onverschuldigd betaald heeft. Daar waar de afwenteling van het insolventierisico doorgaans tegen een indirecte verrijktingsactie pleit, pleit dit gezichtspunt in een geval als dit vóór de aanvaarding van een indirecte verrijktingsactie. Het verhaalsvoordeel van de bank – de mogelijkheid tot afwenteling – dankt zij slechts aan haar bijzondere positie in het betalingsverkeer en het toevallige feit dat er een onverschuldigde betaling is binnengekomen. Andersoortige schuldeisers hebben die mogelijkheid niet. Het is een verrijking die in zoverre buiten de normale gang van zaken ligt. De aansprakelijkheid van de bank past bovendien bij de ratio die Snijders in het *Ontvanger/Hamm*-arrest leest. Het betalingsverkeer vaart er, volgens Snijders, wel bij als misslagen in het betalingsverkeer zonder al teveel problemen ongedaan gemaakt kunnen worden.¹¹⁴

9.5 SLOTSOM

Gevallen van derdenverrijking moeten worden onderscheiden in verschillende typen gevallen.

Is de gedaagde indirect verrijkt ten koste van de verarmde, zonder dat de gedaagde zijn voordeel ontleent aan enigerlei overeenkomst, dan zal de verrijking in de regel ongerechtvaardigd zijn. Of de verrijktingsaanspraak slaagt hangt ervan af of verrijktingsaansprakelijkheid redelijk is. Aansprakelijkheid kan, bijvoorbeeld, onredelijk zijn indien deze leidt tot een opgedrongen bestedingspatroon of als de *paritas creditorum* doorbroken wordt.

Is de gedaagde indirect verrijkt ten koste van de verarmde, terwijl de gedaagde zijn voordeel ontleent aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde, dan is verrijktingsrechtelijke derdenwerking het uitgangspunt. Er zijn echter gevallen waarin de omstandigheden van het geval de derdenwerking in de kiem smoren. Dit is het geval als de wederpartij van de gedaagde over andermans goederen heeft beschikt, als de wederpartij niet bevoegd was om over zijn vermogen te beschikken of indien de gedaagde ontvangen heeft wat op enigerlei wijze bestemd was voor de eiser.

Daarnaast zijn er gevallen waarin de ratio van de verrijktingsrechtelijke derdenwerking zich voordoet, maar waarbij bijzondere omstandigheden maken dat van het uitgangspunt moet worden afgeweken. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij een onevenwichtige of afkeurenswaardige overeenkomst of als de gedaagde onzuiver heeft gehandeld.

Ten slotte zijn er gevallen die tussen deze twee gevallen in kunnen liggen, waarbij de overeenkomst tussen de verrijkte gedaagde en diens contractuele wederpartij op de achtergrond meespeelt. Twee voorbeelden zijn onder het kopje 'varia' besproken.

114 Snijders 2001, p. 12.