



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 Verrijktingsrecht

Issue Date: 2019-06-26

10.1 INLEIDING

De vorige twee hoofdstukken bevonden zich min of meer op vertrouwd gebied. Deze stonden in het teken van de verrijkingsrechtelijke aanvulling van het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht. Nu wordt de focus verschoven naar een minder gebruikelijk terrein. In dit hoofdstuk wordt de vraag opgeworpen in hoeverre de verrijkingsvordering het onrechtmatigedaadsrecht kan aanvullen. Daar waar in de vorige hoofdstukken verrijkingsaanspraken zijn onderzocht die in het verlengde liggen van het rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht, worden in dit hoofdstuk mogelijke verrijkingsaanspraken besproken, die in het verlengde liggen van het onrechtmatigedaadsrecht.

In dit gebied is de lucht aanmerkelijk ijler. Meer dan elders in het boek, hebben de beschouwingen in dit hoofdstuk daarom een hypothetisch karakter. Beoogd is om aan te tonen, dat de verrijkingsvordering zoals die in dit boek is gepresenteerd, een mogelijke bron kan zijn voor delictuele aansprakelijkheid. Het gaat echter om een bijzondere vorm van delictuele aansprakelijkheid. Het gaat om aansprakelijkheid zonder dat er sprake hoeft te zijn van schuld en zonder dat er voldaan is aan één van de gecodificeerde risicoaansprakelijkheden. Het gaat om delictuele aansprakelijkheid gebaseerd op ongerechtvaardigde verrijking op de voet van artikel 6:212 lid 1 BW.

Waarom kan worden gedacht? Verduistert een penningmeester een som geld van de bankrekening van de stichting waarvoor hij werkzaam is, dan is er geen aanvullende rol weggelegd voor de verrijkingsvordering om de aansprakelijkheid van de penningmeester te vestigen. Hij is aansprakelijk op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad. Wint een onderneming door een inventieve marketingcampagne een flinke hap van het marktaandeel van een concurrent, dan zal er evenmin plaats zijn voor een verrijkingsvordering. Ditmaal omdat de winst volstrekt legitiem is en niet kwalificeert als een ongerechtvaardigde verrijking. In dit hoofdstuk gaat het om gevallen tussen casusposities als deze in. Steeds is de gedaagde verrijkt ten koste van de gedaagde, zonder dat er voldaan is aan de eisen voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad – of waarbij dit twijfelachtig is – en zonder dat er een specifieke, in de wet genoemde risicoaansprakelijkheid op het geval van toepassing is, maar waarbij men zich toch kan afvragen, of de verrijking van de gedaagde ongerechtvaardigd is, omdat het geval dicht tegen een geval van onrechtmatige daad aanligt.

Een bekend voorbeeld van een verrijkingsaanspraak in het verlengde van het onrechtmatigedaadsrecht is het geval waarin de gedaagde in een noodtoestand een inbreuk maakt op een recht van de gedaagde.¹ De gedaagde gooit bijvoorbeeld de jas (€ 1.000) van de eiser op een uitgebroken binnenbrand om deze te blussen. Deze ingreep is niet onrechtmatig. Weliswaar is het in de regel niet toegestaan andermans eigendommen te vernielen, maar in dit geval is er sprake van een rechtvaardigingsgrond die het onrechtmatige karakter van de gedraging wegneemt. De jas van de eiser wordt voor een groter belang opgeofferd. De actie uit onrechtmatige daad slaagt niet. De gedaagde is echter wél aansprakelijk op grond van ongerechtvaardigde verrijking indien de brand dankzij de ingreep wordt geblust. De verrijking bestaat in dit geval uit de afwendings van een grotere schade.

Het kan ook gaan om geheel andere gevallen. Interessant is de casus die ten grondslag ligt aan *CFS/Stork*.² CFS beriep zich jegens afnemers van Stork, dat zij de octrooihoudster was van de industriële ovens die Stork aanbood en dat de afnemers inbreuk zouden maken op het octrooi van CFS als zij de ovens bij Stork zouden betrekken. Na verloop van tijd werd het octrooi van CFS echter met terugwerkende kracht vernietigd. Toch had CFS niet onrechtmatig gehandeld jegens Stork door zich jegens klanten van Stork op het later vernietigde octrooi te beroepen, omdat zij volgens de Hoge Raad niet behoefde te beseffen 'dat een serieuze, niet te verwaarlozen kans' bestond 'dat het octrooi geen stand [zou] houden'.³ De vraag kan echter worden gesteld, of CFS ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van Stork indien klanten van Stork naar CFS zijn overgelopen ten gevolge van de handelwijze van CFS. Het Hof en de Hoge Raad beantwoorden die vraag ontkennend.

Zoals we zullen zien, kan hier anders over worden gedacht. Betoogd zal worden, dat de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking in een geval als *CFS/Stork* en in andere gevallen de rechter ruimte geeft om het onrechtmatigedaadsrecht aan te vullen. De figuur van de ongerechtvaardigde verrijking kan fungeren als *middenweg* tussen aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad voor – in potentie – de gehele door de gelaedeerde geleden schade aan de ene kant en helemaal géén aansprakelijkheid aan de andere kant. Als aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, met andere woorden, 'net' te ver gaat, zou aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking, een interessant alternatief kunnen zijn.

De opbouw is als volgt. Om het potentiële belang van de aanvullende rol van de verrijkingsvordering scherper te stellen zal eerst kort worden ingegaan op de structuur en reikwijdte van het reguliere delictuele aansprakelijkheidsrecht (par. 10.2). Daarna wordt ingegaan op de structurele verschillen tussen aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad en

1 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/26; M.W. Scheltema in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 212 Boek 6 BW, aant. 6.2.

2 HR 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6098, NJ 2008/120, m.nt. Ch. Gielen (*CFS/Stork*).

3 R.o. 5.8.

ongerechtvaardigde verrijking (par. 10.3-10.4). Vervolgens zal worden geïllustreerd dat het verrijkingsrecht het onrechtmatigedaadsrecht kan verfijnen (par. 10.5) en aanvullen (par. 10.6).

10.2 HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT EN DE BRONNEN VAN VERBINTENISSEN

Vanouds is men geïnteresseerd in het oplossend vermogen van het aansprakelijkheidsrecht. Scholten leidt in 1899 zijn dissertatie, handelend over ‘Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad’, op een krachtige wijze uit. Hij schrijft:

‘Het zal [...] de taak zijn van het recht, niet om bij elke ramp, die intreedt, alle schade die iemand lijdt, na te gaan of die misschien aan een onrechtmatig of onvoorzichtig gedrag is te wijten, maar voortdurend te zoeken, wie naar billijkheid met haar moet worden belast, welke regels vastgesteld kunnen worden tot aanwijzing van hem als drager, die ethische overtuigingen en sociaal-economische verhoudingen daartoe aanwijzen.’⁴

Hoewel het met veel flair is gebracht, is niet helemaal duidelijk wat Scholten precies op het oog heeft. Meer in het bijzonder is niet duidelijk wat hij met ‘de taak [...] van het recht’ bedoelt. Op de schouders van welke staatsmacht behoort deze taak te rusten? Is het uitsluitend de taak van de wetgever om de gronden van aansprakelijkheid in het leven te roepen, of zal – in zijn visie – óók de rechter op grond van de billijkheid sec – zonder nadere wettelijke grondslag – de schade bij een ander mogen neerleggen, dan bij degene bij wie de schade in eerste instantie viel? Of heeft Scholten het oog op een tussenweg, waarin de wetgever met ‘de wet’ de grote lijnen uitzet die de rechtspraak op een billijke wijze moet toepassen?⁵ Deze vragen raken aan een fundamentele vraag op het grensgebied van het staatsrecht en het privaatrecht:⁶ is de billijkheid een zelfstandige bron van verbintenissen, of is voor het ontstaan van een verbintenis steeds een grondslag in de wet vereist?⁷ Het antwoord op deze vraag bepaalt voor een belangrijk deel het potentiële werkterrein van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht.

De wetgever heeft een duidelijke keuze gemaakt. Het verbintenissenrecht is een overwegend *gesloten* systeem in die zin dat de billijkheid geen zelfstandige bron van verbintenissen is.⁸ ‘Verbintenissen’ – zo luidt artikel 6:1 BW immers – ‘kunnen slechts ontstaan, indien dit uit de wet voortvloeit’.

4 Scholten 1899, p. 153.

5 Zijn dissertatie lezend, denk ik – maar meer dan speculatie is het niet – dat hij voornamelijk aan het laatste dacht. Hoofdzakelijk handelt hij over wettelijke aansprakelijkheden die op iets anders zijn gefundeerd dan de schuld.

6 Zie – in algemene zin – over de verhouding tussen de privaatrechtelijke rechtsvinding en het legaliteitsbeginsel: Van der Linden 2013, p. 87-107; Brunings 2016, p. 75-107.

7 Met name in het verleden was deze vraag in debat. Zie bijvoorbeeld: Eggens 1998, p. 367; Loeff 1953, p. 1 e.v.; Schoordijk 1996b, p. 1004.

8 Asser/Sieburgh 6-I 2016/51-52; E.H. Hondius in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:1 BW, aant. 12; Smits 2003, nr. 16.

Hoewel de tekst van de wet op het eerste gezicht tamelijk strikt lijkt, en in de formulering de geslotenheid van het systeem in het oog springt, zijn er ten minste twee nuances op de geslotenheid van het verbintenissenrecht.

In de eerste plaats wordt algemeen aangenomen dat ook vandaag de dag de regel uit het *Quint/Te Poel*-arrest geldt.⁹ De zinsnede 'uit de wet' betekent niet 'dat elke verbintenis rechtstreeks op enig wetsartikel moet steunen, doch [...] dat in gevallen die niet bepaaldelijk door de wet zijn geregeld, de oplossing moet worden aanvaard, die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wél in de wet geregelde gevallen'.¹⁰ Het is mogelijk dat op grond van een analogie het ontstaan van een verbintenis wordt aangenomen. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan sommige gevallen van precontractuele aansprakelijkheid en aansprakelijkheid voor rechtmatige overheidsdaad.¹¹

In de tweede plaats is er een wereld te winnen (én te verliezen) bij de interpretatie van de rechtsregels die de bronnen van verbintenissen vormen. De wet en de daarop gebaseerde jurisprudentie kunnen restrictief en extensief worden geïnterpreteerd. De billijkheid kan een rol spelen bij de uitleg van de bronnen van verbintenissen. De vraag, wie naar billijkheid de schade zou moeten dragen kan als een soort controlevraag zijn dienst bewijzen.¹² Het antwoord op deze vraag kan – bijvoorbeeld – de doorslag geven bij de keuze tussen een strenge of een milde zorgplicht of bij de keuze tussen een extensieve of juist een restrictieve interpretatie van een bepaalde wettelijke risicoaansprakelijkheid.

Deze nuances kunnen echter niets afdoen aan het gesloten karakter van het verbintenissenrecht. De billijkheid *sec* is geen zelfstandige bron van verbintenissen. De billijkheid kan slechts een rol spelen binnen de kaders van de reeds erkende bronnen van verbintenissen. Het domein daarbuiten is, afgezien van het grijze gebied dat door de *Quint/Te Poel*-formule bestreken wordt, in principe voorbehouden aan de wetgever.

Dit raakt aan de reikwijdte van het aansprakelijkheidsrecht. Iemand kan enerzijds aansprakelijk zijn voor zijn toerekenbare onrechtmatige doen of nalaten in de zin van artikel 6:162 BW; anderzijds kan er op iemand een risicoaansprakelijkheid rusten, maar – en daarin doet de geslotenheid van het verbintenissenrecht zich bij uitstek gevoelen – alleen voor zover daartoe in de wet een grondslag is te vinden.¹³ In zeker opzicht zijn de grenzen in het aansprakelijkheidsrecht zelfs strakker getrokken. Heersend is de leer dat de kwalitatieve (risico) aansprakelijkheden limitatief in de wet staan opgesomd.¹⁴ Er wordt daarbij wel aangenomen dat er geen ruimte is voor

9 Asser/Sieburgh 6-I 2016/52; E.H. Hondius in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:1 BW, aant. 3; Smits 2003, nr. 18.

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

11 Asser/Sieburgh 6-I 2016/49; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/25.

12 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/27.

13 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/25.

14 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/169; F.T. Oldenhuis in: *GS Onrechtmatige daad*, afdeling 2 Boek 6 BW, aant. 3; Jansen 2009, nr. 5; Verheij 2015, nr. 3-4.

analogische toepassing van kwalitatieve aansprakelijkheden.¹⁵ De nuance die in *Quint/Te Poel* gemaakt wordt ten aanzien van de geslotenheid van het verbintenissenrecht lijkt daarmee niet op te gaan voor het leerstuk van de risicoaansprakelijkheid.

Het geldende aansprakelijkheidsrecht wordt hoofdzakelijk gevonden binnen het kader van Titel 3 van Boek 6 BW en een aantal bijzonder bepalingen zoals artikel 185 WvW. Wordt een casuspositie gekenmerkt door een doen of nalaten, en rijst de vraag of de *laedens* aansprakelijk is voor een eventuele daaruit voortvloeiende schade, dan zal over het algemeen worden gekeken of er sprake is van een toerekenbare onrechtmatige daad die in een *condicio sine qua non*-verband staat tot de schade op de voet van artikel 6:162 BW. Is dat niet het geval, is de schade niet het gevolg van een toerekenbaar onrechtmatig handelen van de *laedens* en bestaat er bovendien geen wettelijke grondslag voor risicoaansprakelijkheid, dan zal men over het algemeen moeten concluderen dat de *gelaedeerde* zijn schade zelf moet dragen.

Dit betekent dat de rechter 'de taak van het recht', zoals Scholten die aan het slot van zijn dissertatie verwoordde, niet op zich kan nemen door steeds de schadelast op basis van de billijkheid *sec* over de *laedens* en de *gelaedeerde* te verdelen wanneer de wet geen aanvaardbare oplossing biedt. Behoort de gedaagde naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aansprakelijk te zijn voor de schade van de eiser – is het onbillijk dat de eiser zijn eigen schade moet dragen en dat de gedaagde (dus) buiten schot blijft – maar bestaat er geen wettelijke grond die de eventuele aansprakelijkheid fundeert, dan moet aansprakelijkheid naar geldend recht worden afgewezen.¹⁶ De omstandigheid dat de billijkheid een heilzame uitwerking kan hebben op de interpretatie van de regels die de bestaande bronnen van verbintenissen vormen – en dat de Hoge Raad hier ook gebruik van maakt – doet hier niet principieel aan af.¹⁷ De rechtsvorming vindt plaats binnen de kaders van het wettelijke stelsel.

In dit hoofdstuk wordt, als gezegd, de vraag opgeworpen in hoeverre de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking kan dienen als een verborgen bron van delictuele aansprakelijkheid in aanvulling op het reguliere aansprakelijkheidsrecht in gevallen waarin aansprakelijkheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid behoort te worden aangenomen, zonder dat daarvoor een grond kan worden gevonden in het reguliere delictuele aansprakelijkheidsrecht. Daarmee wordt onderzocht in hoeverre de algemene verrijkingsvordering het oplossend vermogen van het aansprakelijkheidsrecht kan vergroten. In de loop van het betoog zal duidelijk worden om wat voor soort gevallen het kan gaan, zonder dat in dit hoofdstuk overigens volledigheid is nagestreefd.

15 F.T. Oldenhuis in: *GS Onrechtmatige daad*, afdeling 2 Boek 6 BW, aant. 3; Oldenhuis, 2014, nr. 4; Bauw 2015, nr. 6. In vergelijkbare zin: Jansen 2009, nr. 5.

16 Anders: Spier 1991, p. 275-279.

17 Zie voor een overzicht van de rechtspraak van de Hoge Raad: Hartlief 2015, p. 914-926.

10.3 DELICTUELE VERRIJKINGSAANSPRAKELIJKHEID IN DE LITERATUUR

De verrijkingsoverdracht is in de literatuur al eerder in verband gebracht met het leerstuk van de onrechtmatige daad.

Vranken, bijvoorbeeld, wijst erop dat de verrijkingsoverdracht in de rechtspraak soms fungeert als sanctie op *unclean hands*. Bij drie van de vier¹⁸ door hem geanalyseerde arresten kan de aansprakelijkheid van de gedaagde, volgens Vranken althans,¹⁹ echter evenzeer worden gebaseerd op onrechtmatige daad. Ten aanzien van *Vermobo/Van Rijswijk* – waarin een aannemer (de eiser) een schuur bouwt op de grond van de vader (de gedaagde) van zijn contractuele wederpartij – merkt Vranken bijvoorbeeld op:

‘het oordeel over de ongerechtvaardigde verrijking [steunt] op precies dezelfde omstandigheden als het oordeel over de onrechtmatigheid. De Hoge Raad maakt geen verschil. Voor beide is een toerekenbare onzorgvuldigheid vereist.’²⁰

Vranken lijkt de kwalificatie van het gedrag van de verrijkte als ‘toerekenbare onzorgvuldigheid’ bestanddeel te maken van de door hem onderscheiden *unclean hands*-functie. Is dat waar, dan is niet duidelijk wat nu precies de meerwaarde van deze functie is ten opzichte van de onrechtmatige daad. Bedoelt hij iets anders, dan komt dit, mijns inziens, onvoldoende uit de verf. Is in dit kader een toerekenbare onzorgvuldigheid vereist voor de conclusie dat een verrijking die het gevolg is van een bepaalde gedraging ongerechtvaardigd is, dan zijn we niet heel veel verder dan de (in mijn optiek op zichzelf juiste) constatering dat de verrijkingsoverdracht met de onrechtmatige daad kan samenlopen.

Iets soortgelijks zien we bij Meijer als hij schrijft over de verrijkingsoverdrachtelijke foutaansprakelijkheid. Hij maakt een onderscheid tussen deze verrijkingsoverdrachtelijke foutaansprakelijkheid en verrijkingsoverdrachtelijke risicoaansprakelijkheid. Bij de verrijkingsoverdrachtelijke foutaansprakelijkheid merkt hij op dat ‘de werking van zorgvuldigheidsnormen’ bij het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking ‘niet anders hoeven zijn dan bij onrechtmatige daad’.²¹ De door Meijer onderscheiden verrijkingsoverdrachtelijke foutaansprakelijkheid lijkt daardoor evenmin meerwaarde te bieden ten opzichte van de onrechtmatige daad. Wat met de verrijkingsoverdrachtelijke foutaansprakelijkheid kan worden bereikt, kan ook met artikel 6:162 BW worden bereikt.

Er is echter één uitzondering. Indien het schadebegrip van artikel 6:212 lid 1 BW ruimer moet worden opgevat dan het schadebegrip van artikel 6:162 BW bij gevallen waarin de gedaagde onbevoegd gebruik maakt van andermans recht, – zoals inderdaad in dit boek is betoogd – dan belooft de

18 In bij het vierde door hem besproken geval, *Setz/Brunings*, stond niet in cassatie ten toets of de verrijking van de gedaagde ongerechtvaardigd was.

19 Zie echter met betrekking tot de analyse van *Vermobo/Van Rijswijk*: par. 9.2.2 en 10.6.3.3.

20 Vranken 1998, p. 1498. Zie echter: par. 9.2.2 en 10.6.3.3.

21 Meijer 2007, p. 192.

verrijkingsvordering onder omstandigheden meer dan de onrechtmatige daad.²² Betoogd is immers dat de schade in het kader van artikel 6:212 lid 1 BW in bepaalde gevallen begroot kan worden op het bedrag, dat de eiser zou hebben gekregen indien de gedaagde in onderhandeling was getreden over het gebruik waarbij wordt geabstraheerd van het feit dat de eiser niet zou hebben willen contracteren. Dit onderwerp is reeds eerder in dit boek aan de orde gekomen en komt in dit hoofdstuk niet meer afzonderlijk aan de orde.²³

Bij de door Meijer onderscheiden verrijkingsrechtelijke risicoaansprakelijkheid heeft de verrijkingsvordering wel duidelijk meerwaarde ten opzichte van de onrechtmatige daad. In het kader van deze verrijkingsrechtelijke risicoaansprakelijkheid kan in de visie van Meijer – hij stipt dit kort aan – onzuiver gedrag dat géén onrechtmatigheid in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW oplevert, mede van invloed zijn op de beoordeling van de (on)gerechtvaardigdheid van de verrijking.²⁴ Dit is een punt dat ook in dit hoofdstuk aan de orde zal komen.

Van Boom heeft de verrijkingsrechtelijke aanvulling van het delictenrecht, tot nu toe, het meest principieel voor het voetlicht gebracht.²⁵ Het verrijkingsrecht kan volgens hem nieuwe perspectieven bieden ‘daar waar het aansprakelijkheidsrecht is uitgedacht of de grenzen van begripsmatige rekbaarheid zijn bereikt’.²⁶ Hij betoogt dat het verrijkingsrecht soms een beter fundament kan bieden voor aansprakelijkheid dan het traditionele delictuele aansprakelijkheidsrecht. Daarbij wijst hij op de ongerechtvaardigde verrijking als mogelijke grondslag voor respectievelijk kostenallocatie,²⁷ opofferingaansprakelijkheid²⁸ en privaatrechtelijke nadeelscompensatie.²⁹

De zienswijze dat de ongerechtvaardigde verrijking een nieuw perspectief kan bieden op het delictuele aansprakelijkheidsrecht wordt hier onderschreven. Dat geldt evenzeer voor de gedachte van Van Boom dat iedere stap buiten het traditionele aansprakelijkheidsrecht ‘voorzichtigheid en denkkraft’ vergt.³⁰ Tegelijkertijd moet worden opgemerkt – Van Boom doet dit zelf ook – dat dit laatste niet heel veel anders is bij de uitbouw van het aansprakelijkheidsrecht binnen de traditionele kaders. Iedere uitbreiding of inperking van de reikwijdte van het aansprakelijkheidsrecht is deels rechtspolitiek van aard.

22 Mogelijk ziet Meijer de meerwaarde er inderdaad in dat de eiser in een geval van verrijkingsrechtelijke foutaansprakelijkheid méér kan vorderen, dan de door hem geleden schade. Zijn vergelijking met *Restitution for Wrongs* geeft daar aanleiding toe. Zelf maakt hij echter niet veel woorden vuil aan de vraag, over de invulling van het schadevereiste.

23 Zie: par. 5.3.5. en par. 8.4.4.2.

24 Meijer 2007, p. 215.

25 Zie Van Boom 2002, p. 131-144.

26 Van Boom 2002, p. 131.

27 Van Boom 2002, p. 132-137.

28 Van Boom 2002, p. 137-140.

29 Van Boom 2002, p. 140-144.

30 Van Boom 2002, p. 132-133.

10.4 VERSCHILLEN ONRECHTMATIGE DAAD EN ONGERECHTVAARDIGDE VERRIJKING

De mogelijke rechtspolitieke dimensie van de vraagstelling mag ondertussen niet afleiden van het feit dat er tussen aansprakelijkheid op basis van een traditionele buitencontractuele aansprakelijkheidsgrond, zoals bijvoorbeeld de onrechtmatige daad, en de aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, belangrijke verschillen bestaan. Het zijn deze verschillen, die ervoor zorgen dat de algemene verrijkingsactie het delictuele aansprakelijkheidsrecht in potentie kan aanvullen.

Het delictuele aansprakelijkheidsrecht beweegt zich tussen schuld en – zoals ik dat noem – het gearticuleerde risico.³¹ Met het gearticuleerde risico bedoel ik het eerdergenoemde uitgangspunt dat risicoaansprakelijkheden slechts worden aangenomen als daar een wettelijke grondslag voor kan worden aangewezen. In het delictuele aansprakelijkheidsrecht draait het daarom om de reikwijdte van de onrechtmatigheidscategorieën van artikel 6:162 lid 2 BW (in het kader van de schuldaansprakelijkheid) en de reikwijdte van de verschillende wettelijke gronden van risicoaansprakelijkheid (waaronder de toerekening krachtens verkeersopvattingen op de voet van artikel 6:162 lid 3 BW).

Dat in het aansprakelijkheidsrecht slechts aansprakelijkheid wordt aangenomen in gevallen waarin de laedens schuld heeft en gevallen die vallen onder een van de *gecodificeerde* risicoaansprakelijkheden is begrijpelijk, omdat het delictuele aansprakelijkheidsrecht zich bezighoudt met de afwenteling van de schade die iemand lijdt op een ander. De persoon die aansprakelijk is, zal door diens aansprakelijkheid – in de regel – *slechter* af zijn, dan het geval zou zijn als de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid is gebaseerd nooit zou hebben plaatsgevonden. Daarom moet er een goede reden zijn om de schade van de gelaedeerde op de laedens af te wentelen.

Daar waar in het traditionele delictuele aansprakelijkheidsrecht de volle focus ligt op de verdeling van de *nadelige gevolgen* van een bepaalde gebeurtenis, is de inzet van het verrijkingsrecht van meet af aan anders. De inzet is om – binnen de grenzen van het overige recht – ongerechtvaardigde *verrijkingen* tegen te gaan. De vereiste schade fungeert slechts als limiet. Slaagt een verrijkingsvordering, dan zal de positie van de gedaagde daar, anders dan in een doorsnee geval uit het delictuele aansprakelijkheidsrecht, *niet* op achteruitgaan in vergelijking met de positie van de gedaagde vóór de verrijkingsgebeurtenis. Om die reden hangt een verrijkingsaanspraak niet noodzakelijkerwijs af van de schuld van de gedaagde, of van het antwoord op de vraag of er een specifieke regel is op basis waarvan de gedaagde het risico heeft te dragen. Bij verrijkingsaansprakelijkheid wordt de klok slechts teruggezet naar het tijdstip vóór de verrijkingsgebeurtenis.

31 Zie bijvoorbeeld: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/27-30; K.J.O. Jansen in: *GS Onrechtmatige daad*, titel 3 Boek 6 BW, aant. 6; Verheij 2015, nr. 7; Jansen 2009, nr. 5; Bauw 2015, nr. 2.

Het verschil in inzet zien we terug in het verschil in structuur tussen de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad en aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking

10.4.1 De focus van de rechtmatigheidstoets

In de eerste plaats is de focus van de (on)rechtmatigheidstoets bij de onrechtmatige daad een andere dan bij het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking.³²

Bij de onrechtmatige daad staat steeds een gedraging – een doen of nalaten – van de *laedens* centraal. Steeds is de vraag of de gedraging van de *laedens* een onrechtmatige *daad* is in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW. Het draait om de kwalificatie van het gedrag van de *laedens*, niet van de toestand die door de gedraging is ontstaan.³³ De voordelige of nadelige gevolgen van een gedraging leggen in beginsel géén gewicht in de schaal ten aanzien van de vraag of de gedraging onrechtmatig is. Ten hoogste kunnen de nadelige gevolgen van een gedraging een aanwijzing opleveren, dat de gedraging onverantwoord was.

Daar waar in het leerstuk van de onrechtmatige daad de vraag centraal staat of een bepaalde gedraging onrechtmatig is, gaat het bij de ongerechtvaardigde verrijking – zoals verwoord door Hartkamp – om de vraag of een bepaalde *toestand* ‘onrechtmatig’ is. Is de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser ongerechtvaardigd?³⁴ Zo ja, dan is de verrijkte – voor zover dit redelijk is – verplicht de schade van de verarmde te vergoeden tot maximaal het bedrag van zijn verrijking. Bij de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking gaat het daarmee om de beoordeling van de ‘(on)rechtmatigheid’ van de *gevolgen* van een bepaalde gebeurtenis. Steeds staat immers de vraag centraal of de verrijking die de een ten koste van de ander genoten heeft als gevolg van een bepaalde gebeurtenis *ongerechtvaardigd* is, en zo ja, of en in hoeverre schadevergoeding ter ongedaanmaking van de ongerechtvaardigde verrijking ‘redelijk’ is.

Het feit dat de rechtmatigheidstoets van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking betrekking heeft op de toestand waarin de gedaagde is verrijkt ten koste van de eiser, betekent niet dat de gebeurtenis waardoor de verrijking tot stand is gekomen zonder betekenis is. Integendeel, de wijze waarop de verrijking is ontstaan, is bepalend voor de (on)gerechtvaardigheid van de verrijking.

Is de verrijking het gevolg van een vermogensverschuiving tussen de gedaagde en de eiser, dan is er sprake van een ongerechtvaardigde verrijking zodra een toereikende rechtvaardigingsgrond *ontbreekt*.³⁵ Om te onder-

32 Van Maanen 2002, p. 181; vgl. Van Boom 2002, p. 131 e.v.; Van de Moosdijk 2013, p. 425-426 en recent: Vader & Jansen 2018, p. 41-43.

33 PG Boek 6, p. 612-613; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/37.

34 Hartkamp 2001, p. 315; Van Maanen 2002, p. 181.

35 Zie: par. 6.4.3.1 en par. 6.5.

zoeken of dit het geval is, moet onderzocht worden of de verrijking wordt gelegitimeerd door de wet of een daartoe strekkende rechtshandeling. Daartoe moet worden gezien hoe de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser is ontstaan.

Is de verrijking niet het gevolg van een vermogensverschuiving tussen de eiser en de gedaagde, dan is er voor ongerechtvaardigdheid méér nodig dan het enkele ontbreken van een rechtvaardigingsgrond. Is er geen sprake van een vermogensverschuiving, dan is het uitgangspunt immers dat de verrijking van de gedaagde *niet* ongerechtvaardigd is. Zoals eenieder zijn eigen schade behoort te dragen, zo is het eenieder toegestaan de vruchten van het lot te behouden. Van dit uitgangspunt kan alleen worden afgeweken als er bijzondere omstandigheden zijn, die de verrijking ongerechtvaardigd maken.³⁶ Ook dan moet worden gezien hoe de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser is ontstaan. Daarbij kunnen respectievelijk het principe dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag (dat niet noodzakelijkerwijs gelijk staat met onrechtmatig gedrag), het principe dat 'eigen' schade en kosten niet op anderen mogen worden afgewenteld en het principe dat een verrijking die buiten de normale gang van zaken ligt, met een kritisch oog moet worden gezien een rol van betekenis spelen.

Met name als het gaat om een verrijkingsgeval zonder dat er sprake is van een vermogensverschuiving, kan de aard van de gedraging waardoor de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser is ontstaan, van invloed zijn op de toewijsbaarheid van de verrijkingsvordering. De inzet is echter anders dan bij de onrechtmatige daad. Daar waar bij de onrechtmatige daad gezien wordt of het *gedrag onrechtmatig* is in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW, is in het kader van artikel 6:212 lid 1 BW het gedrag van de gedaagde van betekenis voor het antwoord op de vraag of de *verrijking* van de gedaagde laedens ten koste van de eiser *ongerechtvaardigd* is. Ook gedrag van de gedaagde dat niet jegens de eiser onrechtmatig is, kan zodanig van aard zijn dat de verrijking die het gevolg van dit handelen is, als een ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser moet worden aangemerkt.

Dit kan worden geïllustreerd met de zaak *CFS/Stork*. Het te goeder trouw 'wapperen' met het achteraf vernietigde octrooi door CFS tegenover klanten van Stork kwalificeert niet zonder meer als een jegens Stork gepleegde onrechtmatige daad. De Hoge Raad weegt daarbij, in een uitvoerige overweging, het belang van vrije concurrentie af tegen het belang van een effectieve handhaving van IE-rechten en de stimulatie van het doen van octrooieerbare uitvindingen. De Hoge Raad weegt zowel argumenten vóór als tegen aansprakelijkheid af. Over de ongerechtvaardigde verrijking is de Hoge Raad aanmerkelijk korter. De verrijking van CFS, die eruit kan bestaan dat zij door haar handelwijze haar marktaandeel heeft vergroot ten koste van Stork, is niet ongerechtvaardigd. 'In het [...] oordeel van het hof dat het CFS vrijstond

36 Zie: par. 6.4.3.1 en par. 6.6.

zich tegenover derden op haar octrooirechten te beroepen, ligt', volgens de Hoge Raad, 'besloten dat en waarom' de verrijking van CFS ten koste van Stork niet ongerechtvaardigd is.³⁷

Hier kan anders over worden gedacht. De focus bij de onrechtmatige daad ligt op de rechtmatigheid van het gedrag. Dat is hier niet onrechtmatig. Wordt de focus naar de verrijking verschoven, dan kan het gedrag van CFS – ook al is het niet onrechtmatig – wel degelijk van invloed zijn op de gerechtvaardigdheid van diens verrijking. CFS heeft zich beroepen op een achteraf ten onrechte verleend octrooi. Lopen daardoor klanten van Stork over naar CFS dan behaalt CFS daarmee een voordeel dat buiten de normale gang van zaken ligt. Het uitgangspunt van de markteconomie is dat marktaandeel gewonnen wordt door vrije, onbelemmerde concurrentie. Het handelen van CFS maakt op dat uitgangspunt – te goeder trouw of niet – een inbreuk. In mijn optiek verdient het op zijn minst een nadere motivering waarom ook aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking moet worden afgewezen voor het eventuele door CFS ten koste van Stork behaalde voordeel. Dit geldt temeer omdat aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking minder ver gaat dan aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad.

10.4.2 De relatie tussen de vestiging en de omvang

Daarmee zijn we aanbeland bij het tweede verschil. De potentiële omvang van verrijkingsaansprakelijkheid is minder groot dan de omvang van een doorsnee delictuele aansprakelijkheid. In de regel gaat aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking daarom minder ver.

Uitgangspunt van het privaatrecht is dat eenieder zijn eigen schade draagt. Het normale levensrisico moet eenieder zelf dragen.³⁸ Hij die schade lijdt kan deze alleen op een ander afwentelen, als daarvoor een toereikende wettelijke grond kan worden aangewezen. Zodra in het traditionele aansprakelijkheidsrecht de aansprakelijkheid eenmaal gevestigd is, draait het uitgangspunt doorgaans honderdtachtig graden om. Hij die aansprakelijk is moet – in beginsel, er zijn uitzonderingen denkbaar, zoals het fenomeen van de proportionele aansprakelijkheid – de gehele schade van de benadeelde vergoeden.³⁹ Nadat de aansprakelijkheid is gevestigd, behoeft afwijking van het uitgangspunt van *volledige* schadevergoeding een deugdelijke juridische grondslag. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het geval dat de gevolgen de *laedens* redelijkerwijs niet zijn toe te rekenen (artikel 6:98 BW), de situatie dat er eigen schuld aan de kant van de benadeelde bestaat (artikel 6:101 BW) en het geval dat er aanleiding is tot rechterlijke matiging (artikel 6:109 BW).

37 HR 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6098, NJ 2008/120, m.nt. Ch. Gielen (CFS/Stork), r.o. 5.10.

38 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/18-20. Zie Jansen 2012, p. 335-338.

39 Asser/Sieburgh 6-II 2017/14; S.D. Lindenberg in: *GS Schadevergoeding*, artikel 6:95 BW, aant. 3.2.

Bij de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking geldt er van meet af aan een ander uitgangspunt: de vestiging van de aansprakelijkheid leidt allerm minst tot een verplichting om de gehele schade van de eiser te vergoeden. De op de gedaagde rustende schadevergoedingsplicht is, ten eerste, nimmer hoger dan diens verrijking. Ten tweede rust er op de verrijkte slechts de verplichting om de schade van de verarmde te vergoeden voor zover dit in een concreet geval redelijk is. Bovendien blijft – ten derde – een verrijking buiten beschouwing voor zover de verrijking is verminderd door een omstandigheid die niet aan de verrijkte is toe te rekenen (artikel 6:212 lid 2 BW). De vermindering kan met name dan niet aan de verrijkte worden toegerekend als dit is gebeurd in een periode waarin hij met de verplichting tot schadevergoeding geen rekening behoefde te houden (artikel 6:212 lid 3 BW). Eventuele uitgaven die zonder de verrijkingsgebeurtenis niet zouden zijn gedaan, worden in de beoordeling betrokken.

Anders dan in het traditionele aansprakelijkheidsrecht is het vertrekpunt bij delictuele aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking daarom reeds in de vestigingsfase niet ‘alles of niets’. Als de gedaagde aansprakelijk is op grond van ongerechtvaardigde verrijking, dan hoeft hij niet de hele schade van de eiser te vergoeden, maar slechts voor zover hij ongerechtvaardigd is verrijkt en voor zover dit redelijk is. Omdat verrijkingsaansprakelijkheid minder verstrekkend is, kan de ‘(on)rechtmatigheidstoets’ (zie hiervoor) lichter zijn.⁴⁰ De verrijkingsactie kan aldus dienen als sluitstuk van het traditionele aansprakelijkheidsrecht. Daar waar een in beginsel volledige fout- of risicoaansprakelijkheid minder aansprekend is kan de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking de weg van het midden wijzen.

In het voorbeeld van *CFS/Stork*, waarbij CFS zich heeft beroepen op een later vernietigd octrooi jegens klanten van Stork, zou aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad te ver gaan. Dit zou leiden tot in beginsel volledige vergoeding en dit kan op gespannen voet staan met een effectieve bescherming van IE-rechten. Octrooihouders moeten zich vrij voelen om zich op hun octrooien te beroepen zonder dat ze bevreesd hoeven zijn voor – omvangrijke – schadeclaims indien het octrooi ongeldig blijkt te zijn. Een verrijkingsaansprakelijkheid gaat minder ver. De schadevergoedingsplicht zou niet verder kunnen gaan dan het bedrag waarmee CFS ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van Stork.

10.5 VERFIJNING VAN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

Tot nu toe is de delictuele verrijkingsaansprakelijkheid gepresenteerd als een figuur die het traditionele delictuele aansprakelijkheidsrecht kan aanvullen. Dit is slechts één kant. De aanvullende werking van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking kan ook fungeren als ventiel die de druk

40 Vgl. Van de Moosdijk 2013, p. 426 en recent: Vader & Jansen 2018, p. 42.

op de onrechtmatige daad kan verminderen.⁴¹ De verrijksactie geeft in de gevallen waarop ik het oog heb, de ruimte om aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad af te wijzen, omdat met behulp van de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking tot een meer genuanceerde oplossing van het geval kan worden gekomen. Dit is met name daar aan de orde, waar de toepassing van de onrechtmatige daad tot al te grofmazige – en daardoor minder aansprekende – resultaten zou leiden.

Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de zaak *Unocal/Conoco*.⁴² Unocal en Conoco zijn twee oliemaatschappijen die elk een winvergunning hebben voor dicht bij elkaar gelegen kwadranten. Het risico van dicht bij elkaar liggende olievelden is dat het mogelijk is dat de ene partij olie onttrekt, dat feitelijk afkomstig is van het veld van de ander. Op een gegeven moment spreekt inderdaad Unocal Conoco aan op grond van onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking omdat Conoco (weliswaar op zijn eigen gebied) olie gewonnen zou hebben, dat feitelijk afkomstig is van het veld van Unocal.

De Hoge Raad sanctioneert het oordeel van het hof, dat Conoco jegens Unocal op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk is vanwege een inbreuk op het recht van Unocal, indien vast komt te staan dat Conoco een winbare hoeveelheid olie onttrokken heeft van het veld van Unocal. Daarbij is, volgens de Hoge Raad, niet vereist dat het handelen van Conoco kwalificeert als een handelen in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid en evenmin is daartoe vereist dat het voor Conoco voorzienbaar was dat zij olie onttrok van Unocal. De inbreuk op het recht van Unocal door Conoco kwalificeert als een onrechtmatige daad.

Afgevraagd kan worden, of het handelen van Conoco wel gezien kan worden als een inbreuk op het recht van Unocal. Gelet op het feit dat Conoco olie won in eigen gebied kan niet zonder mee worden gezegd dat de inbreuk rechtstreeks is geweest, laat staan dat de inbreuk besloten lag in het gedrag van Conoco.⁴³ Toch lijkt er voor dit oordeel wel iets te zeggen. Zou voor aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad vereist zijn dat het destijds voor Conoco voorzienbaar was dat hij een economisch winbare hoeveelheid olie van het kwadrant van Unocal aan het onttrekken was, dan zou dit tot het minder bevredigende resultaat leiden dat Conoco als gevolg van de 'onvoorzienbare' onttrekking een meevaller binnenhaalt waarvoor hij niet aansprakelijk is. Door de onttrekking van een winbare hoeveelheid olie ook zonder verdere laakbaarheid aan de kant van Conoco als een inbreuk op het subjectieve recht van Unocal te construeren, wordt bereikt dat Conoco ten koste van Unocal bevoordeeld zou worden.

41 De beeldspraak van het ventiel is ontleend aan de dissertatie van Smits. Volgens hem kan een verrijksactie, net als een billijkheidsactie, als ventiel dienen hoewel dit volgens hem niet noodzakelijk is. Zie: Smits 1995, p. 185, voetnoot 151.

42 HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7537, NJ 2007/270 (*Unocal/Conoco*).

43 Zie voor het inbreukcriterium: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/47; K.J.O. Jansen in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 4.6.

De weg van de onrechtmatige daad heeft echter een keerzijde. Als het onttrekken van een winbare hoeveelheid olie door Conoco uit het wingebied van Unocal zonder meer onrechtmatig is, dan is – indien ook aan de andere vereisten voor aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad is voldaan – Conoco in beginsel aansprakelijk om de *gehele* schade van Unocal te vergoeden. Dit betekent dat Conoco verplicht is om de gederfde winst van Unocal te vergoeden. Was de onttrekking voorzienbaar, dan lijkt mij deze consequentie alleszins juist. Maar als het voor Conoco niet voorzienbaar – en dus niet laakbaar – was dat hij olie onttrok van het gebied van Unocal, dan zal het niet altijd aansprekend zijn om hem aansprakelijk te houden voor de gehele gederfde winst van Unocal. Het kan namelijk zo zijn, dat Conoco minder met de onttrokken olie heeft verdiend, dan Unocal met de onttrokken zou hebben kunnen verdienen. Het kan zijn dat Unocal efficiënter werkt of dat zij in staat is kopers te benaderen die meer betalen. Conoco wordt dan, ondanks zijn ‘goede trouw’ verplicht om meer af te staan dan zijn additionele winst.

Bij nader inzien is het daarom minder vanzelfsprekend om het handelen van Conoco in een geval als dit reeds als een onrechtmatige daad te zien. Om in een geval als *Unocal/Conoco* tot een aanvaardbaar resultaat te komen, is het niet nodig om – los van laakbaarheid van de inbreukmaker – het blote winnen van olie uit andermans wingebied als een onrechtmatige inbreuk te zien die tot aansprakelijkheid leidt als bedoeld in artikel 6:162 BW. De verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking biedt in dit soort gevallen een uitkomst die de belangen van beide partijen in evenwicht brengt. Degene die een winbare hoeveelheid olie aan het wingebied onttrekt van een ander, zonder dat deze onttrekking te voorzien was, is aansprakelijk uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking tot het bedrag van zijn verrijking, d.w.z. tot de winst die hij op de onttrokken olie heeft geboekt. Aangesloten kan daarbij worden bij (een analogische toepassing van) de *sine causa*-conceptie. In een zaak als *Unocal/Conoco* kan de verrijkingsvordering fungeren als een instrument waarmee het aansprakelijkheidsrecht kan worden verfijnd. Het inbreukcriterium van artikel 6:162 lid 2 BW hoeft niet onnodig rekkelijk te worden uitgelegd om tot een aanvaardbaar resultaat te komen.

10.6 TOEPASSINGEN

Hierboven is betoogd dat de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking het onrechtmatigedaadsrecht kan aanvullen. De aanvullende kracht dankt de verrijkingsvordering aan twee structurele verschillen met de onrechtmatige daad. Niet is vereist dat het gedrag van de gedaagde onrechtmatig is, maar vereist is dat de aard van de gedraging in het licht van de overige omstandigheden van het geval de verrijking ongerechtvaardigd doet zijn. En daar waar het in het kader van de onrechtmatige daad kan gaan om de verplichting tot vergoeding van – in potentie – de volledige schade is verrijkingsaansprakelijkheid reeds in de vestigingsfase gemaximeerd tot het

beloop van de verrijking van de gedaagde. De verrijkingsvordering kan aldus de weg van het midden wijzen tussen geen aansprakelijkheid en aansprakelijkheid voor in potentie de volledige schade.

In deze paragraaf wordt de potentiële verrijkingsrechtelijke aanvulling van het onrechtmatigedaadsrecht nader toegelicht. Wij hebben daarbij dus steeds gevallen op het oog die in het verlengde van het reguliere onrechtmatigedaadsrecht liggen, waar aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad om een bepaalde reden niet gevestigd kan worden – of waar dit onwenselijk of twijfelachtig is – maar waarbij de *laedens* wel door zijn doen of nalaten, of door de overige omstandigheden van het geval, verrijkt wordt ten koste van de gelaedeerde. De vraag is steeds of de verrijking gelet op de aard van de gedraging en de overige omstandigheden van het geval een ongerechtvaardigd karakter kan hebben.

Het doel van deze paragraaf is om een aantal typen gevallen op te voeren waarbij aan aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking kan worden gedacht. Achtereenvolgens komt aan de orde verrijkingsaansprakelijkheid bij onzuiver handelen (10.6.1), de mogelijkheid van een verrijkingsrechtelijke correctie op het relativiteitsvereiste (10.6.2), de problematiek van het profiteren van andermans wanprestatie (10.6.3) en de mogelijke rol van het verrijkingsleerstuk bij gevallen van – niet onrechtmatige – gevaarstelling (10.6.4).

10.6.1 Onzuiver handelen

Aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking zou kunnen ontstaan, als het gedrag van de gedaagde níet ernstig genoeg is om strijdigheid met de maatschappelijke betamelijkheid aan te nemen, maar de aard van de gedraging wel zodanig is, dat de verrijking die de gedaagde als gevolg van de gedraging ten koste van de eiser geniet een ongerechtvaardigd karakter krijgt *vis à vis* de eiser. In die gevallen kan de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking de onrechtmatige daad aanvullen en heeft de door Vranken onderscheiden *unclean hands*-functie meerwaarde.⁴⁴ Het geval *CFS/Stork* is daarvan een mogelijk voorbeeld.⁴⁵

Maar er zijn andere gevallen denkbaar. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een bewerking van de casuspositie die ten grondslag ligt aan het arrest *Koker/Cornelius*.⁴⁶ De eiser heeft gedurende een zekere tijd een huis bewoond op basis van een levenslang gebruiksrecht. De huiseigenaar heeft haar huis echter voor een prijs onder de marktwaarde verkocht aan de gedaagde: haar zoon. De gedaagde vordert met succes ontruiming van de woning. De eiser stelt echter jegens de gedaagde een verrijkingsvordering

⁴⁴ Zie daarover par. 3.4.7 en par. 10.3.

⁴⁵ HR 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6098, NJ 2008/120, m.nt. Ch. Gielen (*CFS/Stork*).

⁴⁶ HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928, NJ 2007/154, m.nt. J.B.M. Vranken (*Koker/Cornelius*).

in voor de investeringen die zij in het huis heeft gedaan. De verrijkingsvordering faalt omdat de koopovereenkomst tussen de huiseigenaar en de gedaagde 'in beginsel' de verrijking van de gedaagde rechtvaardigt. Dit is een voorbeeld van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst.

In mijn optiek komt een verrijkingsvordering echter in beeld, indien de gedaagde wist dat de eiser in het huis investeerde in een periode waarin het voor de gedaagde reeds duidelijk was dat hij de woning voor een bepaalde prijs zou verkrijgen, maar desondanks stilzat en de gedaagde niet waarschuwde voor de toekomstige ontruiming. Zijn dergelijke omstandigheden aanwezig, dan rechtvaardigt dit in mijn optiek een uitzondering op het uitgangspunt van de verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst ter zake van die extra investeringen. Het gedrag van de gedaagde lijkt mij te weinig voor een onrechtmatige daad, maar genoeg om de genoemde verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst te doorbreken.⁴⁷

De verrijkingsvordering kan ook van meerwaarde zijn, als er weliswaar sprake is van onrechtmatig handelen in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW, maar waarbij de toerekenbaarheid in de zin van artikel 6:162 lid 3 BW ontbreekt.

Interessant is de zaak *Rabobank/Verdonk*.⁴⁸ Curator Verdonk gaat over tot inning van stil aan de bank verpande vorderingen, in de mening dat de pandrechten niet geldig waren gevestigd omdat niet aan het bepaalbaarheidsvereiste was voldaan. Dit bleek niet terecht. Dit betekende dat de Rabobank een boedelvordering had 'met de aan zijn pandrecht verbonden voorrang'.⁴⁹ Voor de Rabobank ontstond er desalniettemin een probleem omdat de boedel negatief was en er na de voldoening van de executiekosten onvoldoende actief over was om de boedelvordering van de Rabobank volledig te voldoen. Effectief betekende dit, dat de salarismvordering van de curator vóór de vordering van Rabobank werd voldaan omdat het salaris van de curator valt onder de executiekosten. Daarmee profiteerde de curator *pro se* van het onrechtmatige handelen van de curator *q.q.*

De Rabobank betoogde daarom dat de rangorde van de boedelschulden in die zin moest worden doorbroken, dat haar boedelvordering voldaan moest worden vóór de salarismvordering van de curator voor zover dat nodig was om te voorkomen dat de curator zou profiteren van diens onrechtmatige handelen.

De Hoge Raad zag geen ruimte om het wettelijke preferentiestelsel te doorbreken. Wel achtte de Hoge Raad het mogelijk, dat de curator in dit soort gevallen persoonlijk aansprakelijk is voor diens onrechtmatige handelen in hoedanigheid van curator wegens een onzorgvuldige uitoefening van

47 Zie par. 9.3.3.7.

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

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

zijn wettelijke taak tot beheer en vereffening van de boedel. Voor zover de curator daarbij niet is gebonden aan regels komt hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toe en is voor persoonlijke aansprakelijkheid vereist 'dat de curator ook persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt van zijn handelen. Daarvoor is vereist dat hij gehandeld heeft terwijl hij het onjuiste van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijze behoorde in te zien'.⁵⁰

In de zaak *Rabobank/Verdonk* was de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator door de rechtbank reeds afgewezen, zonder dat de Rabobank tegen deze beslissing in hoger beroep is gegaan. Kort gezegd was de feitenrechter van oordeel, dat er sprake was van een verschoonbare dwaling omtrent het objectieve recht over het bepaalbaarheidsvereiste in die zin dat er geen sprake was van 'een zodanig heersende leer dat de curator in redelijkheid het standpunt van [eiseres] (in rechte) niet mocht bestrijden'. Dit oordeel is aansprekend.⁵¹ Als het om een verschoonbare dwaling omtrent het objectieve recht gaat, dan kan de curator niet een persoonlijk verwijt worden gemaakt zodat hij in een dergelijk geval niet persoonlijk aansprakelijk zal zijn of behoren te zijn op grond van onrechtmatige daad.

Dit sluit, in mijn optiek, aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking echter niet uit. Het spreekt zonder meer aan, dat de curator niet aansprakelijk is voor de volledige schade die hij veroorzaakt als gevolg van diens – verschoonbare – dwaling omtrent het objectieve recht. Minder aansprekend is het, indien hij zou profiteren van zijn verschoonbare dwaling, in die zin dat hij daardoor méér salaris zou ontvangen dan zonder die dwaling. In mijn optiek is de curator in zoverre ongerechtvaardigd verrijkt. De verrijkingsaansprakelijkheid omvat dan niet de gehele schade van de benadeelde, maar slechts voor zover de curator door zijn handelswijze is verrijkt. Ondanks het feit dat het gaat om een 'niet toerekenbare' onrechtmatige daad, speelt het principe dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag op de achtergrond mee. Voorkomen wordt dat de curator bij 'verschoonbare twijfel' in zijn eigen voordeel handelt in gevallen waarin de boedel negatief is en zijn eigen salaris in het gedrang is. Een verrijkingsaansprakelijkheid voorkomt dat de kat op het spek gebonden wordt.

Verrijkingsaansprakelijkheid voor onzuiver handelen is een motief dat ook kan spelen bij de volgende twee te behandelen onderwerpen: de mogelijke verrijkingsrechtelijke correctie van het relativiteitsvereiste en het profiteren van andermans wanprestatie.

50 HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, NJ 2012/515, m.nt. F.M.J. Verstijlen(X/Gips).

51 Zie Verstijlen in zijn noot bij HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, NJ 2012/515, (X/Gips), nr. 8; E.A.L. van Emden, 'Persoonlijke aansprakelijkheid van de curator in verband met verpande vorderingen', *MvV* 2017/7-8, p. 246-247.

10.6.2 Verrijkingsrechtelijke correctie relativiteitsvereiste

10.6.2.1 Algemeen

Vereist voor aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad, is dat de door de gedaagde geschonden norm, de strekking heeft om de eiser te beschermen tegen schade zoals hij die heeft geleden.⁵² Dit zogenoemde relativiteitsvereiste ligt enerzijds besloten in het woord 'jegens' in artikel 6:162 lid 2 BW en anderzijds in artikel 6:163 BW. 'Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat', zo schrijft deze bepaling voor, 'wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden'. Het relativiteitsvereiste is met name van belang bij schending van wettelijke normen. Deze paragraaf richt zich daarom op de schending van wettelijke normen.

Als de eiser schade lijdt doordat de gedaagde een wettelijke norm heeft geschonden, dan zijn er wat de (on)rechtmatigheidsvraag betreft twee mogelijkheden. Of de geschonden wettelijke norm strekt tot de bescherming tegen de schade zoals de eiser die als gevolg van de normschending heeft geleden, zodat schending van de wettelijke norm als zodanig een onrechtmatige daad jegens de eiser oplevert. Of de wettelijke norm strekt niet tot bescherming tegen de schade zoals de eiser die heeft geleden. In dat laatste geval kan niet worden gezegd dat de gedaagde jegens de eiser onrechtmatig heeft gehandeld wegens het enkele doen of nalaten in strijd met de wettelijke plicht.

Strekt de door de gedaagde geschonden norm niet tot bescherming tegen de schade zoals de eiser die heeft geleden, dan is het niet uitgesloten dat het handelen toch onrechtmatig is jegens de eiser. De gedraging van de gedaagde kan in strijd zijn met de jegens de eiser in acht te nemen zorgvuldigheid als bedoeld in artikel 6:162 lid 2 BW. Hier geldt bovendien de correctie Langemeijer.⁵³ Die correctie houdt in, dat ook als de wet niet de strekking heeft de eiser te beschermen tegen de schade zoals hij die heeft geleden, de schending van de wettelijke norm desalniettemin een factor – een gezichtspunt – is die meeweegt bij de vraag of de gewraakte handeling jegens de eiser onzorgvuldig is. De Hoge Raad heeft die correctie aanvaard in het Tandartsen-arrest.⁵⁴ Het komt erop aan of:⁵⁵

⁵² Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/129.

⁵³ Zie bijvoorbeeld: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/138; K.J.O. Jansen in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:163 BW, aant. 1.10.1-1.10.6; Den Hollander 2016, p. 154-161, alsmede de op die plaatsen genoemde verdere vindplaatsen.

⁵⁴ HR 17 januari 1958, NJ 1961,568 (Tandarts). De correctie is vernoemd naar de Procureur-Generaal Langemeijer die in zijn conclusie in die zaak een dergelijke correctie verdedigde, de Raad volgde de conclusie van P-G. Langemeijer op.

⁵⁵ De Hoge Raad geeft een soortgelijke maatstaf in: HR 16 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD5711, NJ 1989/505, m.nt. C.J.H. Brunner (Tandartsen III), r.o. 3.2; HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, NJ 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken (Astrazeneca/Menzis), r.o. 3.3.5.

‘gelet op de betekenis die de overtreding van de betrokken wetsbepaling heeft in het gegeven samenstel van feiten dat tot de benadeling leidt, en gelet mede op de bijzondere omstandigheden die het geval kenmerken, aan dengeen die zich aan de wetsovertreding schuldig maakt, met het oog op de voor hem voorzienbare gevolgen van zijn handelwijze voor anderen, wier belangen daardoor worden aangetast, door die anderen van zijn met de wet strijdig handelen als te hunnen opzichte maatschappelijk onbehoorlijk een verwijt kan worden gemaakt’

Het gaat er daarbij om, of de schending van de wet in ‘het samenstel van feiten’ en ‘gelet [...] op de bijzondere omstandigheden’ redengevend is voor de conclusie dat de gedaagde een zorgvuldigheidsnorm geschonden heeft die wél strekt tegen de schade zoals de benadeelde eiser die heeft geleden. Niet alleen is dus vereist, dat de schending van de wet een schending van ‘een’ zorgvuldigheidsnorm met zich brengt, vereist is dat er een zorgvuldigheidsnorm jegens de benadeelde eiser is geschonden.⁵⁶

Van hieruit zijn er opnieuw twee mogelijkheden. Of de schending van de wettelijke norm is inderdaad doorslaggevend en leidt in het licht van de overige omstandigheden van het geval tot de conclusie dat de gedraging waarin de schending van de wet besloten ligt, kwalificeert als een schending van de zorgvuldigheidsnorm die wél tot de bescherming van het geschonden belang van de eiser strekt. Of de schending van de wettelijke norm levert óók in het licht van de overige omstandigheden van het geval, géén strijd met de maatschappelijke betamelijkheid jegens de benadeelde op. Is dit laatste het geval, dan is de gedaagde niet op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk voor de door de eiser geleden schade.

In mijn optiek is er ruimte om naast de correctie Langemeijer een alternatieve verrijkingsrechtelijke correctie op het relativiteitsbeginsel te aanvaarden. Ik doel op aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking in gevallen waarin de verrijkte zijn verrijking ten koste van de verarmde verkregen heeft door in strijd te handelen met een wettelijke plicht.

10.6.2.2 *De structuur van de verrijkingsrechtelijke correctie op het relativiteitsvereiste*

De structuur van de mogelijke verrijkingsrechtelijke correctie op het relativiteitsbeginsel kan het beste naar voren worden gebracht door deze af te zetten tegen de voornoemde correctie Langemeijer. Deze laatste correctie komt, als gezegd, hierop neer, dat de schending van een wettelijke norm die niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de eiser die heeft geleden, een factor kan zijn bij de beantwoording van de vraag of de gedaagde een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden die wél beschermt tegen de schade zoals de gelaedeerde die heeft geleden.

56 HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, NJ 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken (Astrazeneca/Menzis), r.o. 3.3.5. Zie voor dit punt: Den Hollander 2016, p. 157-158.

De hier gepresenteerde verrijkingsrechtelijke correctie op het relativiteitsbeginsel heeft een vergelijkbare structuur als de correctie Langemeijer. Bij de toepassing van de verrijkingsrechtelijke correctie van het relativiteitsvereiste luidt de vraag, of de schending van een wettelijke norm door de verrijkte gedaagde, die op zichzelf niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de verarmde die heeft geleden, van invloed kan zijn op de beantwoording van de vraag of de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser *ongerechtvaardigd* is.

Ander dan bij de correctie Langemeijer, is de inzet niet een verplichting tot de vergoeding van in potentie de hele schade van de eiser. Verrijkingsaansprakelijkheid gaat van meet af aan minder ver: de gedaagde is nooit meer schadevergoeding verschuldigd dan het bedrag waarmee hij ongerechtvaardigd is verrijkt. Daarom zou wellicht een geringere normschending aanleiding tot aansprakelijkheid kunnen geven. De verrijkingsrechtelijke correctie op het relativiteitsvereiste kan een middenweg zijn tussen helemaal geen aansprakelijkheid en aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad.

Wanneer kan aan toepassing van de verrijkingsrechtelijke correctie worden gedacht? De verrijking van de gedaagde moet ongerechtvaardigd zijn. Het normale schema dat betrekking heeft op het ongerechtvaardigheidsvereiste moet worden gevolgd. Is de verrijking het gevolg van een vermogensverschuiving dan is het ontbreken van een toereikende rechtvaardigingsgrond voldoende voor ongerechtvaardigdheid. Geregeld zal de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser juist niet het gevolg zijn van een vermogensverschuiving in de gevallen waarom het hier gaat. Het enkele ontbreken van een rechtvaardigingsgrond is dan niet voldoende om ongerechtvaardigdheid aan te nemen. Het uitgangspunt is immers dat een verrijking die niet het gevolg is van een vermogensverschuiving niet ongerechtvaardigd is. Om ongerechtvaardigdheid aan te nemen zijn bijzondere omstandigheden vereist. Ontleent de gedaagde zijn verrijking ten koste van de eiser aan de schending van een wettelijke norm die niet tot de bescherming van de eiser strekt, dan komt het erop aan wanneer die schending maakt dat de verrijking van de gedaagde ongerechtvaardigd is ten opzichte van de eiser.

Het is in mijn optiek niet zo dat steeds wanneer zowel de verrijking van de gedaagde als de schade van de eiser in een *condicio sine qua non*-verband staat met een normschending van de gedaagde, de gedaagde ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de eiser. Er is meer nodig. Als de gedaagde wordt verrijkt ten koste van de eiser door de schending van een wettelijke norm die niet tot bescherming van de eiser strekt, dan zal de verrijking pas ongerechtvaardigd kunnen zijn, als de schending van de wettelijke norm van essentieel belang was voor het behalen van de verrijking ten koste van de eiser. De schending van de wet moet de sleutel zijn tot het succes. De schending van een wettelijke norm zal géén ongerechtvaardigde verrijking opleveren, indien het voordeel hoofdzakelijk aan andere factoren is te danken. Dit is het geval als het eenvoudig was dezelfde verrijking te behalen zonder de schending van de wettelijke norm.

Twee gevallen kunnen tegenover elkaar worden gezet.

(i) De te laat van kantoor vertrokken gedaagde overschrijdt de maximumsnelheid fors waardoor hij net op tijd arriveert bij de klant waar hij een pitch moet houden. De pitch verloopt vervolgens goed voor de gedaagde. Hij 'kaapt' een lucratieve deal weg voor de neus van de eiser. Zou de gedaagde zich aan de snelheid hebben gehouden, dan was hij te laat gekomen en had hij de deal gemist zodat in dat geval de eiser het contract zou hebben binnengehaald.⁵⁷

Is de gedaagde in dit geval ongerechtvaardigd verrijking doordat hij zich niet aan de snelheid heeft gehouden? De vraag moet mijns inziens ontkennend worden beantwoord. In dit geval is de gedaagde weliswaar ten koste van de eiser verrijkt dankzij de schending van een wettelijke norm (die niet het belang van de eiser beoogt te beschermen), maar toch zal de verrijking van de gedaagde niet ongerechtvaardigd zijn. De snelheidsovertreding was niet de sleutel tot het succes. De gedaagde had eerder van kantoor kunnen vertrekken. Het voordeel is hier behaald doordat de gedaagde een betere pitch gehouden heeft dan de eiser. De pitch is het hoofdingrediënt voor het succes van de gedaagde.

(ii) Het volgende voorbeeld is echter anders van karakter. De gedaagde en de eiser hebben elk een koeriersbedrijf die beiden lokaal opereren. Zij beogen door een haal- en brengservice de pakjes dezelfde dag – en zo snel mogelijk – te bezorgen. De bedrijfsleiding van de gedaagde moedigt haar koeriers aan om de pakjes zo snel mogelijk te bezorgen en deelt mee dat eventuele verkeersboetes door haar zullen worden betaald. Het bedrijf speelt daarbij in op de geringe pakkans bij snelheidsovertredingen. In de media wordt hier ruchtbaarheid aan gegeven. Gevolg: de gedaagde wint een flink aantal klanten van de eiser, die weigert om de verkeersregels aan zijn laars te lappen.

In dit geval is de schending van de wettelijke norm een belangrijk ingrediënt voor de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser. De schending van de wettelijke norm is de sleutel tot het succes. Door structureel de geldende snelheidsnormen te overschrijden, is de gedaagde in staat structureel sneller te zijn dan de eiser: zij behalen ten koste van de eiser een groter marktaandeel en daarmee een grotere winst. In dit specifieke geval is er een sterk rechtspolitek argument te geven waarom de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser ongerechtvaardigd is. Zou de eiser gelijke concurrentiekracht willen ontwikkelen als de eiser, dan zou hij evenzeer de snelheidsnormen moeten overschrijden.

Een vergelijkbare redenering zou gevolgd kunnen worden als een onderneming goedkoper kan produceren ten opzichte van andere ondernemingen dankzij het schenden van wettelijke normen. Het kan daarbij gaan om belastingontduiking, maar bijvoorbeeld ook om normen die ten doel

57 Voorbeeld bewerking van voorbeeld van Nieuwenhuis. Zie: Nieuwenhuis 2015, p. 99 *in fine*.

hebben het milieu of mensenrechten te beschermen. Dergelijke normen zullen niet strekken tot bescherming van de concurrent. Maar, als een malicieuze onderneming een concurrentievoordeel behaalt ten opzichte van een consciëntieuze onderneming dankzij het schenden van zulke wettelijke normen, dan zou hier een ongerechtvaardigde verrijking in gezien kunnen – en in mijn optiek: moeten – worden. Het beginsel dat iemand niet mag profiteren van zijn onereuze gedrag behoort hier sterk mee te wegen.

10.6.2.3 Oude wijn in nieuwe zakken?

De vraag kan worden gesteld, wat de verrijkingsrechtelijke correctie aan de correctie Langemeijer toevoegt. In het geval van de bezorgservice, bijvoorbeeld, zou immers betoogd kunnen worden, dat het koeriersbedrijf van de gedaagde in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid heeft gehandeld jegens de eiser en reeds op die grond schadeplichtig is op grond van onrechtmatige daad. Dit is allerm minst uitgesloten. Toch kan de verrijkingsrechtelijke correctie op het relativiteitsvereiste om verschillende redenen van belang zijn.

In de eerste plaats heeft de correctie Langemeijer de naam vaag, moeilijk en ‘onhanteerbaar’ te zijn.⁵⁸ Vranken schrijft in zijn noot onder *Astrazeneca/Menzis* bijvoorbeeld, dat de correctie Langemeijer in de praktijk tot dusdanige moeilijkheden leidt dat deze zelden slaagt.⁵⁹ Verrijkingsaansprakelijkheid is op punten concreter en daarmee mogelijk scherper. De gedaagde moet door het schenden van wettelijke regels zijn verrijkt ten koste van de eiser die zich wél aan de wettelijke normen heeft gehouden. Als dit eenmaal is vastgesteld, resteert de vraag of de schending van de wet door de gedaagde de bewuste verrijking ongerechtvaardigd doet zijn. Dit zal, als gezegd, met name aan de orde zijn, als de schending van de wettelijke norm een essentiële bijdrage heeft geleverd aan het voordeel van de gedaagde ten koste van de eiser. Verrijkingsaansprakelijkheid kan zich dan manifesteren als een *alternatief* voor de correctie Langemeijer.⁶⁰ Dit alternatief zal zich met name aandienen als de verrijking aan de kant van de gedaagde en de schade aan de kant van de eiser zich gemakkelijk laten vaststellen.

In dit verband kan er overigens op worden gewezen, dat de toepassing van de correctie Langemeijer in het kader van artikel 6:162 lid 2 BW er soms *de facto* toe leidt dat – hetzij door aansprakelijkheid, hetzij door een verbod (of een combinatie van beide) – voorkomen wordt dat de gedaagde profi-

58 Zie bijvoorbeeld: Lankhorst 1992, p. 27; Verheij 2015, p. 42. Relativerend: Den Hollander 2016, p. 158-159 en voorts de aldaar in voetnoot 199 opgenomen rechtspraak.

59 Aldus bijvoorbeeld Vranken in zijn noot onder HR *Menzis/ Astrazeneca*: HR 10 november 2006, NJ 2008, 491, m.nt. J.B.M. Vranken (*Menzis/ Astrazeneca*).

60 Zie voor andere alternatieven voor deze leer: K.J.O. Jansen in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:163 BW, aant. 1.10.4.

teert van zijn onereuze gedrag ten koste van de eiser.⁶¹ In het tandartsen-arrest gaat het bijvoorbeeld om een onbevoegde tandarts die andere tandartsen mogelijke oneerlijke concurrentie aandoet. In een dergelijk geval zit het onzorgvuldige met name daarin, dat de malicieuze tandarts zichzelf een concurrentievoordeel verschafft door wettelijke normen aan zijn laars te lopen. Hij profiteert, anders gezegd, van het feit dat de andere tandartsen zich wél aan de wet houden (en kosten maken die zij door moet berekenen aan hun klanten) terwijl hij dat niet hoeft te doen omdat hij die kosten niet maakt. In een dergelijk geval heeft de correctie Langemeijer al een zekere verrijgingsrechtelijke kleur, zodat het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt de zorgvuldigheidsnorm kan inkleuren.⁶²

In de tweede plaats kan via de verrijgingsactie aansprakelijkheid van de gedaagde worden gevestigd zonder dat hoeft vast te staan dat de schending van de wettelijke norm (die de eiser op zichzelf niet beoogt te beschermen) leidt tot de schending van een jegens de eiser geldende zorgvuldigheidsnorm. Het gaat bij de verrijgingsrechtelijke correctie immers niet om de onrechtmatigheid van het gedrag, maar om de ongerechtvaardigdheid van de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser. Het gedrag – de schending van de wet – speelt bij de beoordeling van de verrijking een rol. Doordat de verrijgingsaansprakelijkheid uit de aard der zaak minder ver gaat dan aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, zal onzuiver gedrag mogelijk eerder tot aansprakelijkheid kunnen leiden in het kader van het verrijgingsleerstuk dan in het kader van de onrechtmatige daad.

De verrijgingsrechtelijke correctie op het relativiteitsvereiste maakt, zoals eerder gezegd, een middenweg mogelijk tussen helemaal geen aansprakelijkheid en aansprakelijkheid voor in principe de hele schade op grond van onrechtmatige daad. In zoverre kan de verrijgingsrechtelijke correctie het onrechtmatigedaadsrecht aanvullen en de druk op de correctie Langemeijer verlichten, in die zin dat de verrijgingsrechtelijke weg open kan liggen als de delictuele weg twijfelachtig is.

10.6.2.4 Een nadere illustratie

Dit kan nader worden geïllustreerd aan de hand van de zaak *Astrazeneca/Menzis*. In deze procedure in kortgeding speelden de volgende feiten.⁶³ Menzis stelt huisartsen een financiële bonus in het vooruitzicht als zij van bepaal-

61 Zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem 23 september 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BF3594, *NJF* 2009/248, r.o. 2.7: 'Dit laat echter onverlet de mogelijkheid dat Lichtwer tevens een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm jegens Norgine heeft geschonden ('correctie Langemeijer'), welke norm inhoudt dat concurrenten ten opzichte van elkaar geen voordeel ten eigen behoeve mogen creëren door het verhandelen van Laxacur in strijd met de voor dat – veronderstelde – geneesmiddel geldende wettelijke bepalingen'.

62 Zie: par. 2.8.6.

63 HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, *NJ* 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken (*Astrazeneca/Menzis*).

de medicijntypen overwegend de goedkopere generieke variant voorschrijven in plaats van de duurdere specialités. De fabrikanten van de specialités dreigen door de praktijk een aanzienlijk deel van hun marktaandeel te verliezen. Een fabrikant van specialités, Astrazeneca, betoogt dat Menzis aldus in strijd handelt met het Reclamebesluit geneesmiddelen (Rbg) (oud) en Wet tarieven gezondheidszorg (WTG) (oud) en dat de praktijk aldus onrechtmatig is jegens Astrazeneca.

Menzis verweert zich hiertegen met de stelling dat de geschonden norm niet strekt tegen de schade zoals Astrazeneca die heeft geleden in de zin van artikel 6:163 BW. De Hoge Raad neemt veronderstellenderwijs aan dat Menzis inderdaad wettelijke normen heeft geschonden, maar gaat mee met het relativiteitsverweer van Menzis. Uit onder meer de richtlijn waarop het geschonden besluit is gebaseerd, komt naar voren dat het strekt tot bescherming van de volksgezondheid en de wegneming van handelsbelemmeringen en niet tot bescherming van de medicijnfabrikanten.⁶⁴

Astrazeneca heeft voorts een beroep gedaan op de correctie Langemeijer, in die zin dat de schending van de wettelijke norm door Menzis in het licht van de omstandigheden van het geval onzorgvuldig zou zijn jegens Astrazeneca. De laatstgenoemde laat echter na om voldoende feiten aan te dragen waarop een dergelijk oordeel kan worden gegrond.

Als wij aannemen dat het handelen van Menzis in strijd was met de Rbg en de WTG, dan is het een interessante vraag of Astrazeneca met vrucht een actie uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking zou kunnen instellen tegen Menzis. Als de aan Menzis gebonden huisartsen gevolg geven aan het beloningsbeleid van de zorgverzekeraar, en zij als gevolg daarvan daadwerkelijk de goedkopere generieke medicijnen voorschrijven in plaats van de duurdere specialités, dan heeft dat tot gevolg dat Menzis wordt verrijkt doordat zij kosten bespaart. Zij zal immers minder dure medicijnen hoeven te vergoeden. Deze verrijking van Menzis gaat ten koste van – onder meer – Astrazeneca: zij lijdt schade doordat zij marktaandeel verliest aan haar concurrenten. In mijn optiek kan de verrijking van Menzis ten koste van Astrazeneca als een ongerechtvaardigde verrijking worden beschouwd, voor zover Menzis zijn verrijking alleen heeft kunnen realiseren door de Rbg en WTG te schenden. Niemand mag profiteren van zijn onereuze gedrag.

Aanvaardt men deze zienswijze, dan kan in het midden blijven of het gedrag van Menzis in strijd met de jegens Astrazeneca betamende zorgvuldigheid is. De aansprakelijkheid van Menzis voor de schade van Astrazeneca is dan wel beperkt tot de behaalde verrijking. Verrijkingsaansprakelijkheid manifesteert zich in een geval als dit als alternatief voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. Het geval is daarvoor met name geschikt omdat de verrijking van Menzis zal zijn aan te tonen, evenals het (aanstaande) omzetverlies van een partij als Astrazeneca.

64 Rov. 3.3.3.

10.6.2.5 Een pas op de plaats

Het voorgaande mag niet de indruk wekken, dat steeds wanneer de gedaagde wordt verrijkt ten koste van de verarmde steeds ongerechtvaardigd is als daarbij door de gedaagde een wettelijke norm is geschonden. De schending van de wettelijke norm moet de sleutel zijn tot het succes. Het voorbeeld van de enkele snelheidsovertreding gaf dit al aan, maar er zijn subtielere voorbeelden. Als bijvoorbeeld een onderneming voor haar activiteiten materieel aan de vereisten voor een bepaalde vergunning voldoet, maar hij de vergunning (nog) niet heeft, dan moet niet te snel verrijkingsaansprakelijkheid worden aangenomen. In een dergelijk geval zal de gedaagde zich in de regel geen concurrentievoordeel hebben verschaft ten koste van de eiser, zodat het gewonnen marktaandeel niet automatisch als een ongerechtvaardigde verrijking kan worden gekwalificeerd. Als er geen sprake is van een vermogensverschuiving, dan blijft het uitgangspunt dat de verrijking – ondanks de afwezigheid van een rechtvaardigingsgrond zoals een daartoe strekkende overeenkomst of wet – niet ongerechtvaardigd is behoudens bijzondere omstandigheden.

10.6.3 Profiteren van andermans wanprestatie

Een ander gebied waar de verrijkingsvordering het onrechtmatigedaadsrecht mogelijk kan aanvullen, is het leerstuk van het profiteren van andermans wanprestatie. Eerst wordt dit leerstuk kort besproken. Vervolgens zal de verrijkingsrechtelijke aanvulling aan de orde worden gesteld. Daarbij zullen wij zien dat een aantal bekende verrijkingsrechtelijke arresten met de problematiek van het profiteren van andermans wanprestatie in verband kan worden gebracht. Wij zullen voorts zien, dat de verrijkingsvordering ook toepassing kan vinden op karakteristieke gevallen van het profiteren van andermans wanprestatie.

10.6.3.1 Algemeen

Overeenkomsten scheppen in beginsel slechts rechten en verplichtingen tussen de contractspartijen. Desalniettemin kan iemand onrechtmatig handelen als hij profiteert van andermans wanprestatie jegens diens contractuele wederpartij. De structuur van deze aansprakelijkheid is aldus, dat steeds ten minste vereist is dat het voor de laedens kenbaar is dat hij van een wanprestatie van een ander profiteert;⁶⁵ vervolgens hangt het van de overige omstandigheden van het geval af, of het profiteren van andermans wanprestatie

65 Zie recent: HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:740, NJ 2014/194 (Joba/Tjin-Hin-Tjoe). Daarover: Hendriks 2015, p. 54. e.v.

daadwerkelijk als onrechtmatige daad kwalificeert.⁶⁶ Kennis alleen is niet genoeg, bijzondere omstandigheden zijn vereist. In de bekende zaak *Curaçao/Boyé*, waarin het ging om wanprestatie van AR-CU NV door een beding ten behoeve van de erven Boyé niet aan de Eilandgebied Curaçao door te geven, overweegt de Hoge Raad over de mogelijke rechtsplicht van het Eilandgebied:

‘Of het Eilandgebied verplicht was het beding te eerbiedigen kan slechts worden vastgesteld aan de hand van de verdere omstandigheden van het onderhavige geval, zoals het antwoord op de vragen of het Eilandgebied bij de aankoop van de plantage in 1974 het beding kende en zich van de strekking van het beding, zoals naderhand door het hof uitgelegd, bewust was en of te dier zake toen op het Eilandgebied een onderzoeksplicht rustte, terwijl ook van belang kunnen zijn de ernst van het nadeel dat de erven Boyé als gevolg van doorbreking van het beding lijdten en de voorzienbaarheid van dit nadeel op het moment van de aankoop, als ook de mate waarin het Eilandgebied de wanprestatie van AR-CU NV heeft beïnvloed en de rol die de mogelijkheid van het profiteren daarvan bij de aankoop van het goed voor het Eilandgebied heeft gespeeld.’⁶⁷

Een belangrijke groep van gevallen waarin het profiteren van een wanprestatie in strijd kan zijn met de maatschappelijke betamelijkheid, zijn die gevallen waarin de gedaagde de wanprestatie daadwerkelijk heeft uitgelokt en te voorzien is dat de wederpartij van de wanprestant – de eiser – schade zal lijden.⁶⁸ Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan gevallen waarin iemand bewogen wordt tot het plegen van een wanprestatie, doordat de gedaagde voorstelt de voor hem nadelige gevolgen – zoals de uit de wanprestatie voortvloeiende plicht tot schadevergoeding – te dragen.⁶⁹ De vereiste kennis en de bijzondere omstandigheden zijn dan gegeven.⁷⁰

Van het uitlokken van een wanprestatie kan worden onderscheiden, het bevorderen van een wanprestatie of het blote profiteren daarvan.⁷¹ Dit is het geval als een koper een hogere prijs biedt voor een – naar de koper weet – reeds verkochte maar nog niet geleverde zaak. Of het bevorderen of blote profiteren van wanprestatie in strijd zal zijn met de maatschappelijke betamelijkheid, hangt af van de bijkomende omstandigheden van het geval,⁷² waaronder de ernst van het te voorziene nadeel aan de kant van de weder-

66 B.T.M. van der Wiel m.m.v. P.S. Bakker, *GS Onrechtmatige daad*, regeling Boek 6 BW, aant. 122; Du Perron 1999, p. 136; Van Bochove 2013, p. 46 e.v. (kennis) en p. 52 e.v. (bijkomende omstandigheden). Een helder voorbeeld biedt: HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU5682, NJ 2006/33 (Van Oosterom/Baas).

67 HR 17 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG5024, NJ 1986/760, m.nt. C.J.H. Brunner en W.M. Kleijn (Curaçao/Boyé), r.o. 3.3.

68 Du Perron 1999, p. 149; B.T.M. van der Wiel m.m.v. P.S. Bakker, *GS Onrechtmatige daad*, regeling Boek 6 BW, aant. 122.

69 Zie bijvoorbeeld: HR 18 juni 1971, ECLI:NL:HR:1971:AC5126, NJ 1971/408 (Bruurs/Haagen).

70 Genuanceerd echter over het antwoord op de vraag of uitlokken steeds leidt tot onrechtmatigheid: Van Bochove 2013, p. 54-55 en de aldaar genoemde auteurs.

71 Aldus: Du Perron 1999, p. 155; Van Bochove 2013, p. 52-55.

72 Zie bijvoorbeeld: Du Perron 1999, p. 155. Van Bochove 2013, p. 52-66.

partij van de wanprestant en de nauwe relatie tussen de wanprestant en de gedaagde.

10.6.3.2 Verrijkingsrechtelijke aanvulling

Hij die andermans wanprestatie uitlokt zal dat, zoals Du Perron schrijft, in de regel niet doen om die ander schade te berokkenen, maar voor eigen gewin.⁷³ Als de één profiteert van een wanprestatie van een ander jegens diens wederpartij, zou dat onder omstandigheden kunnen leiden tot een verrijking van de eerste ten koste van de laatste. Als dit profiteren dan leidt tot aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad, dan kan de plicht tot schadevergoeding – *de facto* – neerkomen op de ongedaanmaking van de ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser. Zonder dat het beginsel aan het leerstuk ten grondslag ligt, kan het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijkingen moeten worden tegengegaan in de toepassing van dit leerstuk tot zijn recht komen.⁷⁴ Maar dan moet de gedaagde wel – met het profiteren – in strijd hebben gehandeld met de jegens de eiser geldende maatschappelijke betamelijkheid.

Bij de vraag of de ongerechtvaardigde verrijking de onrechtmatige daad kan aanvullen bij de problematiek van het profiteren van andermans wanprestatie, is het – ook hier – belangrijk om in het oog te houden dat zowel de structuur als de potentiële omvang van verrijkingsaansprakelijkheid verschilt met die uit hoofde van onrechtmatige daad. In het kader van de ongerechtvaardigde verrijking komt het er niet op aan of het gedrag van de gedaagde onrechtmatig is, maar op het antwoord op de vraag of de verrijking van de gedaagde in het licht van óf diens onzuivere – maar niet noodzakelijkerwijs onrechtmatige – handelen óf de overige omstandigheden van het geval ongerechtvaardigd is. Is de verrijking ongerechtvaardigd, dan is de gedaagde schadevergoeding verschuldigd tot maximaal het bedrag van zijn verrijking.

Voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad is, als gezegd, vereist (i) dat de gedaagde wist of behoorde te weten dat hij profiteert van andermans wanprestatie en (ii) dat er bijzondere omstandigheden zijn die het profiteren een onrechtmatig karakter geven. De verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking kan het leerstuk van het onrechtmatig profiteren van andermans wanprestatie van hieruit langs twee lijnen aanvullen.

Enerzijds kan de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking van dienst zijn als er wél bijzondere omstandigheden zijn, maar degene die van de wanprestatie profiteert géén kennis van de wanprestatie heeft of behoorde te hebben (par. 10.6.3.3). Anderzijds kan de verbintenis uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking de onrechtmatige daad aanvullen, als de gedaagde wél kennis heeft van het feit dat hij profiteert van de wanprestatie

73 Du Perron 1999, p. 150.

74 Vgl. Van Boom 2002, p. 74.

van een ander, maar de ‘bijzondere omstandigheden’ niet zodanig zijn, dat het profiteren van de wanprestatie kwalificeert als een onrechtmatige daad van de eiser jegens de gedaagde, maar waarbij het gedrag weer wél dusdanig onzuiver is om aansprakelijkheid op grond van artikel 6:212 lid 1 BW aan te nemen vanwege *unclean hands* (par. 10.6.3.4).

In beide gevallen is de gedaagde niet, zoals bij de onrechtmatige daad, aansprakelijk voor – in potentie – de volledige schade, maar tot maximaal het bedrag waarmee de gedaagde ten koste van de eiser ongerechtvaardigd is verrijkt.

10.6.3.3 Geen kennis bij gedaagde

Voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad voor het profiteren van andermans wanprestatie is, zoals we hebben gezien, vereist, dat de gedaagde kennis had van de wanprestatie van de wederpartij van de eiser.⁷⁵ Ontbreekt die kennis dan laat zich moeilijk indenken, dat de gedaagde onrechtmatig heeft gehandeld vanwege het profiteren van de wanprestatie van de wederpartij van de eiser. Als de gedaagde géén kennis had van de wanprestatie ten tijde van het profiteren, dan is met het ontbreken van die kennis echter niet uitgesloten dat de gedaagde aansprakelijk is op grond van ongerechtvaardigde verrijking.

Gedacht kan hierbij worden aan klassieke gevallen zoals die ten grondslag liggen aan *Quint/Te Poel* en *Vermobo/Van Rijswijk*.⁷⁶ In het laatste geval gaat het om een situatie waarin Vermobo (de eiser) met Van Rijswijk junior overeenkomt, dat de eerste een varkensstal zal bouwen op een stuk grond van Van Rijswijk senior (de gedaagde). De vraag of Van Rijswijk senior – die toestemming tot de bouw gegeven heeft – kan worden aangesproken op grond van onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking, komt op wanneer Van Rijswijk junior niet genoeg verhaal blijkt te bieden. Het hof acht de verrijkingsvordering toewijsbaar, hetgeen in cassatie niet meer bestreden wordt.

Van Boom heeft echter betoogd, dat het uitgangspunt in dit soort gevallen moet zijn, dat de grondeigenaar alleen aansprakelijk is als er bijkomende omstandigheden zijn.⁷⁷ Ten aanzien van een geval als *Vermobo/Van Rijswijk* komt hij tot de conclusie dat van Rijswijk senior alleen aansprakelijk zou moeten zijn, als hij in strijd heeft gehandeld met de jegens Vermobo betamende zorgvuldigheid.

Deze opvatting wordt in dit boek niet gevolgd. Zoals reeds eerder betoogd, gaat het bij gevallen waarin iemand een verrijking krijgt opgedrongen om de overkoepelende vraag, of verrijkingsaansprakelijkheid de

⁷⁵ Zie 10.6.3.1.

⁷⁶ HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, NJ 1959/548, m.nt. D.J. Veegens (*Quint/Te Poel*). HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, NJ 1994/172, m.nt. P. van Schilf-gaarde (*Vermobo/Van Rijswijk*).

⁷⁷ Van Boom 2002, p. 126-127. Vgl. Vranken 1997, p. 1498.

autonomie van de gedaagde op een onaanvaardbare wijze zou doorkruisen. In een geval als *Vermobo/Van Rijswijk* kunnen zich van hieruit drie situaties voordoen.

Het is, ten eerste, mogelijk dat Van Rijswijk wist dat zijn zoon niet in staat zou zijn om de schuur te betalen en desondanks toestemming tot de bouw heeft gegeven. In dat geval zal er sprake zijn van een onrechtmatige daad van Van Rijswijk jegens Vermobo. Enerzijds is er dan kennis en anderzijds zijn er verschillende bijzondere omstandigheden zoals de nauwe relatie tussen senior en junior en de ernstige gevolgen die de wanprestatie voor Vermobo heeft.⁷⁸

In de tweede plaats is het mogelijk, dat Van Rijswijk senior toestemming heeft gegeven zonder dat hij wist of behoorde te weten dat zijn zoon niet in staat zou zijn de schuur te betalen. Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat de zoon gokverslaafd is zonder dat Van Rijswijk senior dit weet. In dat geval slaagt de onrechtmatige daad niet bij gebrek aan kennis bij Van Rijswijk senior van de op handen zijnde wanprestatie. Een verrijkingsaansprakelijkheid echter, acht ik wél redelijk.⁷⁹ Van Rijswijk senior heeft immers met de toestemming het risico op zich genomen dat zijn zoon achteraf niet insolvent blijkt te zijn. Van Rijswijk senior is dan schadevergoeding verschuldigd tot maximaal het bedrag waarmee hij ten koste van Vermobo is verrijkt. Uiteraard moet anders worden geoordeeld, als Van Rijswijk senior de aannemer laat weten dat hij op eigen risico bouwt.

Ten slotte is het mogelijk dat – anders dan in het arrest het geval was – de grondeigenaar helemaal niets van de bouw afwist. De bouw kan bijvoorbeeld in gang zijn gezet gedurende de wereldreis van Van Rijswijk senior. In dat geval zal een verrijkingsaanspraak heel wel kunnen – maar dit is niet noodzakelijk⁸⁰ – afketsen op het redelijkheidsvereiste, omdat aansprakelijkheid voor een ongewilde schuur de gedaagde een bestedingspatroon zou opdringen. Is dit laatste het geval dan is er noch sprake van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad noch op grond van ongerechtvaardigde verrijking.

Een geval als *Vermobo/Van Rijswijk* laat zich dus analyseren als een geval dat in het verlengde ligt van het onrechtmatige profiteren van andermans wanprestatie. Heeft de gedaagde geen kennis van de wanprestatie van de

78 Hoewel een verrijkingsvordering niet nodig is, is het wel mogelijk deze met succes in te stellen. De omstandigheden die het handelen van Van Rijswijk senior onrechtmatig doen zijn, maken aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking redelijk.

79 Ook Meijer acht aansprakelijkheid mogelijk, zie: 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.

80 In sommige gevallen kan het, bijvoorbeeld, redelijk zijn om een verrijkingsrechtelijk wegneemrecht aan te nemen. Ook kan aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking redelijk worden, zodra de grond met de schuur is verkocht voor een prijs die – dankzij de schuur – hoger is dan de prijs van onbebouwde grond. De verrijking is dan liquide geworden.

wederpartij van de eiser, dan kan het onrechtmatigedaadsrecht in die zin worden aangevuld, dat de gedaagde aansprakelijk is voor de schade van de eiser tot het bedrag van zijn verrijking. Deze mogelijkheid is niet beperkt tot natrekkingsgevallen, maar laat zich ook toepassen op meer 'klassieke' gevallen van het profiteren van andermans wanprestatie.

Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een geval waarin een werknemer door in dienst te treden bij de gedaagde, een concurrentiebeding schendt jegens zijn voormalige werkgever: de eiser. Als de gedaagde werkgever niet wist of behoorde te weten van de schending van het concurrentiebeding, dan zal er van aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad geen sprake zijn. Aansprakelijkheid uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking kan de kop opsteken indien de gedaagde door de 'transfer' ten koste van de eiser is verrijkt.

Een verrijking zal echter niet *mutatis mutandis* leiden tot verrijkingsaansprakelijkheid. Is de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser niet het gevolg van een vermogensverschuiving, dan is het enkele ontbreken van een rechtvaardiging voor de verrijking niet voldoende voor de conclusie dat de verrijking ongerechtvaardigd is. Daarvoor zijn bijzondere omstandigheden vereist. In een geval waarin er sprake is van een schending van een concurrentiebeding zouden die omstandigheden aanwezig kunnen zijn als de werknemer goodwill of knowhow heeft meegebracht. Ongerechtvaardigheid zal met name in zicht komen als de winst van de gedaagde door de meegebrachte goodwill of knowhow substantieel hoger uitvalt en de winst van de eiser substantieel lager. Met name het gedeelte van de winst die de gedaagde zonder de knowhow niet zou kunnen maken, zal mogelijk een ongerechtvaardigd karakter hebben. Die winst is een voordeel die buiten de normale gang van zaken ligt: de verschuiving van de goodwill en knowhow doorkruist de eerlijke concurrentie tussen de eiser en de gedaagde. Bedacht moet daarbij wel worden, dat het in een geval als dit – gelet op de goede trouw van de gedaagde – voor de hand ligt dat de rechter op de voet van het redelijkheidsvereiste niet tot een volle verrijkingsaanspraak hoeft te komen, maar dat hij de aansprakelijkheid *ex aequo ex bono* beperkt tot – bijvoorbeeld – 50%.

Profiteren van andermans wanprestatie leidt niet automatisch tot verrijkingsaansprakelijkheid. Steeds moet bezien worden of aan alle vereisten van artikel 6:212 lid 1 BW is voldaan. Uitgesloten acht ik aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking indien iemand eerst een stuk grond verkoopt aan de eiser en vervolgens hetzelfde stuk grond aan de gedaagde, terwijl de gedaagde niet wist of behoorde te weten van de eerdere verkoop. De eventuele winst die voor de gedaagde uit de transactie voortvloeit, kwalificeert niet als een ongerechtvaardigde verrijking jegens de eiser. Er zijn in een geval als dit geen bijzondere omstandigheden die de verrijking van de gedaagde ongerechtvaardigd maken. De overeenkomst tussen de verkoper en de gedaagde heeft bovendien verrijkingsrechtelijke derdenwerking, zodat de verrijking van de laatste koper berust op een toereikende rechtvaardigingsgrond.

10.6.3.4 Bijkomende omstandigheden niet genoeg voor onrechtmatigheid

Voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad voor het profiteren van andermans wanprestatie is niet alleen vereist dat de gedaagde wist of behoorde te weten dat hij profiteerde van de wanprestatie van de wederpartij van de eiser, maar er moeten ook bijzondere omstandigheden zijn die dit profiteren onrechtmatig maken.⁸¹ Het gedrag van de gedaagde moet in strijd zijn met de jegens de eiser in acht te nemen zorgvuldigheid. Het verrijksleerstuk kan het leerstuk van het onrechtmatige profiteren van andermans wanprestatie aanvullen in gevallen, waarin de gedaagde wél wist of behoorde te weten dat hij profiteerde van andermans wanprestatie, maar waarbij de bijzondere omstandigheden niet ernstig genoeg zijn, om aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad aan te nemen.

Het gaat daarbij om gevallen waarbij het gedrag van de gedaagde waarin het profiteren besloten ligt, niet ernstig genoeg is om strijd met de maatschappelijke betamelijkheid aan te nemen en hem aansprakelijk te houden voor de schade, maar waarbij het gedrag wél dusdanig onzuiver is, dat de daarmee gerealiseerde verrijking ten koste van de eiser als een ongerechtvaardigde verrijking moet worden aangemerkt.

Enerzijds kan het onereuze gedrag van de gedaagde in de weg staan aan de verrijksrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst indien de gedaagde zijn verrijking aan een overeenkomst met een ander dan de verarmde ontleent. Anderzijds kan het onzuivere gedrag kwalificeren als een bijzondere omstandigheid die de verrijking ongerechtvaardigd doet zijn in gevallen waarin de verrijking niet het gevolg is van een vermogensverschuiving waarbij het uitgangspunt moet zijn dat de verrijking níet ongerechtvaardigd is.

Verschillende verrijksrechtelijke arresten laten zich in verband brengen met deze gedachte. In *Setz/Brunings*,⁸² bijvoorbeeld, verkoopt Condico voor \$ 80.000 een stuk grond aan Brunings, zonder dat er direct wordt geleverd.⁸³ Wanneer Brunings \$ 37.935,74 heeft betaald komt hij in betalingsmoeilijkheden en voldoet hij de afgesproken betalingstermijnen niet meer. Op enig moment verkoopt Condico de grond opnieuw, ditmaal aan Setz. Hoewel in rechte wordt aangenomen dat de grond nog altijd \$ 80.000 waard was, wordt nu een koopprijs van \$ 47.000 afgesproken. Brunings spreekt Setz aan uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking voor een bedrag van \$ 37.935,74, hetzelfde bedrag dat hij eerder aan Condico heeft betaald.

Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie Nederlandse Antillen en Aruba wijst de verrijksvordering voor \$ 33.000 toe, omdat Brunings de mogelijkheid heeft verloren zijn recht op levering te verkopen en Setz met dat

81 Zie: par. 10.6.3.1.

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

83 Dit arrest is al eerder in verband gebracht met het leerstuk van het onrechtmatige profiteren van andermans wanprestatie. Zie: Zwolve 1997, p. 585-586.

bedrag is verrijkt (hij kocht de grond onder de marktwaarde) zonder dat daar een redelijke grond voor kan worden aangewezen. De Hoge Raad laat dit oordeel in stand, waarbij moet worden opgemerkt dat er – merkwaaarderwijs – geen klacht was gericht tegen het oordeel van het hof, dat de verrijking van Setz ongerechtvaardigd is.

Hoewel nadere feiten ontbreken – het is wat dit betreft een schimmig arrest – zou hier sprake kunnen zijn van een situatie, waarin Setz op onrechtmatige wijze profiteert van de wanprestatie van Condico. Dit zal het geval kunnen zijn, indien Setz van de overeenkomst tussen Condico en Brunings wist en er voorts bijzondere omstandigheden zijn. Gedacht kan daarbij worden aan een situatie waarbij Condico en Setz gelieerd zijn, of waarin zij hebben samengespannen. Een verrijkingsvordering is dan mogelijk,⁸⁴ maar niet noodzakelijk omdat Brunings dan Setz zal kunnen aanspreken op grond van onrechtmatige daad.

Zijn er omstandigheden denkbaar waarin er in een geval als dat van *Setz/Brunings* plaats is voor een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking, zonder dat er sprake is – of lijkt te zijn – van een onrechtmatige daad? De belangrijkste te slechten barrières tegen aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking zijn het ongerechtvaardigdheidsvereiste en het redelijkheidsvereiste. In een geval als *Setz/Brunings* zal de koopovereenkomst tussen Condico en Setz in beginsel verrijkingsrechtelijke derdenwerking hebben. Is dit het geval dan wordt de verrijking van Setz gerechtvaardigd door diens overeenkomst met Condico en is er géén sprake van een ongerechtvaardigde verrijking. Heeft de overeenkomst, vanwege bijzondere omstandigheden géén derdenwerking – en is diens verrijking in beginsel ongerechtvaardigd – dan kan de goede trouw van Setz zich nog tegen verrijkingsaansprakelijkheid verzetten in het kader van het redelijkheidsvereiste.

Een (vergaande) omwerking van de *Setz/Brunings*-casus maakt duidelijk dat er soms ruimte zal zijn voor verrijkingsaansprakelijkheid terwijl aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad buiten beeld is of lijkt te zijn. Ik heb het oog op een geval dat veel weg heeft van een klassieke artikel 3:86 BW-casus. De eiser koopt van X een tweedehands BMW conform de marktwaarde voor € 50.000, zonder dat de BMW wordt geleverd. Nadat de eiser heeft betaald, verkoopt X de BMW daags nadien opnieuw en wel voor € 15.000 aan de gedaagde, aan wie de BMW wél wordt geleverd. X, die gebruik heeft gemaakt van een valse identiteit, is vervolgens met de noorderzon vertrokken.

In een geval als dit zou ik verrijkingsaansprakelijkheid willen aannemen indien de gedaagde – vanwege de lage prijs – niet te goeder trouw is. Enerzijds zijn er dan bijzondere omstandigheden, die de verrijkingsrechtelijke derdenwerking van de overeenkomst tussen X en de gedaagde opzijzetten.

84 De samenspanning zal een uitzondering op de verrijkingsrechtelijke derdenwerking rechtvaardigen omdat het om een afkeurenswaardige rechtshandeling gaat. Zie: par. 9.3.3.5.

Het gaat om een overeenkomst met een oplichter, waarbij de gedaagde onraad had moeten ruiken vanwege de lage prijs.⁸⁵ Anderzijds zal een verrijkingsaanspraak redelijk zijn, omdat de gedaagde – evenzeer vanwege de lage prijs – niet te goeder trouw zal zijn.⁸⁶

Is de gedaagde in een geval als dit niet te goeder trouw, dan kan er sprake zijn van een onrechtmatige daad, maar dit hoeft niet. Tussen goede trouw en kwade trouw in, is er in mijn optiek een gebied, waarin niet altijd kan worden gezegd, dat degene die ten aanzien van enig feit niet te goeder trouw is, daarmee automatisch onrechtmatig handelt. Het zal afhangen van de nadere omstandigheden van het geval. Is de gedaagde slechts aansprakelijk op grond van ongerechtvaardigde verrijking ex artikel 6:212 BW, dan zal de aansprakelijkheid beperkt zijn tot maximaal het behaalde voordeel: € 35.000. Is er ook sprake van een onrechtmatige daad, dan komt een – volledige – vergoeding van € 50.000 (of levering van de auto) in beeld.

De casus die aan het *Ponzi scheme*-arrest ten grondslag ligt, is een ander voorbeeld waarin het profiteren van andermans wanprestatie aanleiding kan geven tot verrijkingsaansprakelijkheid.⁸⁷ Hier gaat het om een oplichter (X) die jegens een grote groep beleggers hoge rendementen belooft, maar de belofde ‘rendementen’ betaalt met gebruikmaking van de inleg van andere beleggers. Wist een profiterende *Ponzi scheme*-belegger van de hoed en de rand, dan zal hij aansprakelijk zijn uit onrechtmatige daad jegens verschillende gedupeerde beleggers. Wezenlijk aan een *Ponzi scheme* is echter dat de doorsnee belegger juist niet op de hoogte is. Een profiterende belegger zal daarom lang niet altijd onrechtmatig hebben gehandeld jegens benadeelde beleggers al is het maar vanwege het feit, dat de verliezers óók boter op hun hoofden hebben, omdat zij – mogelijk in vergelijkbare omstandigheden – óók in zee zijn gegaan met X.

Het verrijkingsrecht kan het onrechtmatigedaadsrecht mogelijk aanvullen. De overeenkomst waaraan een ‘succesvolle’ belegger zijn voordeel ontleent, zal mogelijk vanwege bijzondere omstandigheden verrijkingsrechtelijke derdenwerking ontberen: X heeft de – hoge – rendementen immers *de facto* betaald van de inleg van andere beleggers.⁸⁸ De verrijking van de belegger zal dan ongerechtvaardigd zijn. Het hangt vervolgens – in het kader van het redelijkheidsvereiste – mede van de goede trouw van een winnende belegger af, of hij wordt beschermd tegen een verrijkingsaanspraak van een verliezende belegger. Is de belegger niet te goeder trouw – behoorde hij vanwege het hoge rendement en de overige omstandigheden van het geval te twifelen – dan lijkt mij (als aan de overige vereisten is voldaan) verrijkingsaansprakelijkheid aannemelijk, ook al is de schending van de twijfelplicht te gering van ernst om aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad

85 Zie par. 9.3.3.5 en 9.3.3.7.

86 Zie over goede trouw en het redelijkheidsvereiste: par. 7.9.

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

88 Par: 9.3.3.4.

aan te nemen. Het onzuivere gedrag is te weinig om aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad aan te nemen, maar genoeg voor een verrijkingsaanspraak.

Tot nu toe zijn twee bekende verrijgingsrechtelijke arresten de revue gepasseerd, om te illustreren dat de verrijgingsvordering het onrechtmatigedaadsrecht kan aanvullen als het profiteren van andermans wanprestatie niet ernstig genoeg is om onrechtmatigheid aan te nemen. Maar ook hier komt de verrijgingsvordering voor toepassing in aanmerking op meer 'klassieke' gevallen van het profiteren van andermans wanprestatie.

Ik geef één voorbeeld. Een veel voorkomend gevalstype, waar het leerstuk van het profiteren van andermans wanprestatie op ziet, is het geval waarin de gedaagde profiteert van een lek in een verkooporganisatie.⁸⁹ De gedaagde koopt producten in bij X, waarmee de laatstgenoemde wanprestatie pleegt jegens andere partijen in de verkooporganisatie. De gedaagde kan zodoende een voordeel hebben tegenover andere deelnemers van de verkooporganisatie, doordat hij het product kan verhandelen zonder dat hij – bij ontstentenis van een overeenkomst – hoeft te voldoen aan specifieke verkoopvoorwaarden. Het kan zijn, dat dit profiteren in de omstandigheden van het geval niet ernstig genoeg is, om hem aansprakelijk te houden jegens de deelnemers van de verkooporganisatie op grond van onrechtmatige daad, terwijl het onzuivere gedrag de verrijking van de gedaagde ten koste van de benadeelden wel ongerechtvaardigd doet zijn.

Ook hier hoeft de aanvullende werking van de verrijgingsvordering niet enkel en alleen te leiden tot uitbouw van het aansprakelijkheidsrecht. Het kan ook gaan om verfijning. De weg van de ongerechtvaardigde verrijking kan namelijk ook hier dienen als ventiel op het onrechtmatigedaadsrecht, in die zin dat het profiteren van andermans wanprestatie minder snel als een onrechtmatige daad hoeft te worden gezien, omdat ook de weg van de ongerechtvaardigde verrijking openstaat om een aanvaardbaar resultaat te behalen.

10.6.4 Gevaarzetting

Het thans te behandelen gebied zal niet voor de hand liggen. Bezien zal worden, of de verrijgingsvordering een aanvullende rol kan vervullen in het gevaarzettingsleerstuk. Daarbij zal het gaan om gevallen waarbij de gedaagde heeft geprofiteerd van een – niet onrechtmatige – activiteit die een gevaar in het leven heeft geroepen, dat zich op enig moment heeft verwezenlijkt. Zijn er omstandigheden denkbaar waarin gezegd kan worden, dat de gedaagde die van de activiteit heeft geprofiteerd, ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van degene die de nadelige gevolgen van die activiteit heeft ondervonden?

89 Er is een aparte paragraaf aan gewijd in: Van Bochove 2013, p. 67-74.

10.6.4.1 Premisse delictuele gevaarzettingsleerstuk

Op het eerste gezicht kan het lijken dat het gevaarzettingsleerstuk geen aanvulling behoeft, omdat het wettelijke stelsel de rechter veel ruimte laat om te beoordelen of degene die een gevaar in het leven heeft geroepen zich schuldig heeft gemaakt aan een onrechtmatige daad.

In dit verband spelen verschillende gezichtspunten een rol, zoals de mate van waarschijnlijkheid van onoplettendheid van potentiële slachtoffers ten aanzien van het gevaar, de kans dat uit deze onoplettendheid ongevallen ontstaan, de ernst van de mogelijke gevolgen van ongevallen als deze inderdaad plaatsvinden en de mate waarin het bezwaarlijk is veiligheidsmaatregelen te nemen. Deze zogenaamde Kelderluik-factoren zijn echter niet limitatief. In het *Kelderluik*-arrest somt de Hoge Raad de gezichtspunten op tegen de achtergrond van de zienswijze dat alle omstandigheden van het geval van belang zijn bij de beoordeling van gevaarzettend handelen.⁹⁰ Ter aanvulling op de gezichtspunten uit het *Kelderluik*-arrest wordt bijvoorbeeld ook de aard van de gedraging in het onrechtmatigheidsoordeel betrokken.⁹¹ De zorgvuldigheidsnorm lijkt bij uitstek te zijn toegerust om ook niet voorziene gevallen het hoofd te bieden. In artikel 6:162 lid 2 BW lijkt de kiem voor de nodige groei reeds aanwezig.

Het ongeschreven recht heeft echter geen vrij spel. Het speelt in het delictuele aansprakelijkheidsrecht met name een rol bij de beoordeling van het *gedrag* van de gedaagde en bij de toerekening van een eenmaal *onrechtmatig* geachte gedraging. In gevallen waarin het handelen van de laedens niet onrechtmatig is en waarin er ook geen wettelijke grond is voor risicoaansprakelijkheid is er, zoals we eerder hebben gezien,⁹² géén ruimte om de laedens toch aansprakelijk te houden op grond van het ongeschreven recht *sec.* Dit hangt samen met het gesloten stelsel van het verbintenissenrecht, op basis waarvan een verbintenis alleen ontstaat als dit uit de wet voortvloeit. Hoewel in de literatuur de billijkheid wordt aangewezen als de overkoepelende grondslag van het aansprakelijkheidsrecht,⁹³ is de redelijkheid en billijkheid geen zelfstandige grond voor aansprakelijkheid.

Er ontstaat dus slechts aansprakelijkheid als er sprake is van schuld van de gedaagde of als de wet – op grond van een van de wettelijke risicoaansprakelijkheden⁹⁴ – het risico bij een ander neerlegt, dan degene die de

90 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*).

91 Van Dam 2000, nr. 811; Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding, (G.E. van Maanen/S.D. Lindenbergh), nr. 47. Zie: HR 7 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6934, NJ 2006/244 (*Bildtpollen/Miedema*), r.o. 3.3.

92 Par. 10.2.

93 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/27-30; K.J.O. Jansen, *GS Onrechtmatige daad*, titel 3 Boek 6 BW, aant. 3.2.

94 Waaronder is begrepen: de toerekening van een onrechtmatige daad aan de dader op grond van de wet of de verkeersopvattingen in de zin van art. 6:162 lid 3 BW.

schade feitelijk heeft geleden.⁹⁵ Brengen wij dit paradigma in verband met het uitgangspunt dat eenieder zijn eigen schade – en daarmee het normale levensrisico – behoort te dragen, dan stuiten wij op een stilzwijgende premisse van het delictuele aansprakelijkheidsrecht. Het eigen levensrisico begint daar – en behoort kennelijk daar te beginnen – waar achtereenvolgens het gevaarzettend handelen van de laedens ophoudt *onrechtmatig* te zijn en er verder geen wettelijke grondslag bestaat de schade van de gelaedeerde op de laedens af te wentelen. Is er, met andere woorden, geen sprake van een onrechtmatige daad van de laedens en is er niet voldaan aan de voorwaarden van een van de wettelijke risicoaansprakelijkheden, dan behoort de belangenafweging tussen het belang van de laedens om in vrijheid te handelen en het belang van de gelaedeerde om vrij van schade te blijven in het nadeel van de laatstgenoemde uit te vallen.

Over het algemeen zijn de resultaten waartoe dit uitgangspunt leidt alleszins aanvaardbaar. Mevrouw Bey zwaait voor de ingang van de bus haar dochter uit.⁹⁶ Op het moment dat een passagier – de heer Guyt – te kennen geeft dat hij en zijn zus ook willen instappen doet zij prompt, zonder om te kijken, een stap achteruit. Daarbij komt mevrouw Bey in aanraking met mevrouw Guyt waardoor de laatste valt en haar heup breekt. Mevrouw Bey wordt in rechte *niet* aansprakelijk gehouden, omdat zij naar het oordeel van het hof niet heeft gehandeld in strijd met de jegens mevrouw Guyt in acht te nemen maatschappelijke betamelijkheid. Dit resultaat is – als met het hof aangenomen moet worden dat mevrouw Bey niet heeft gehandeld in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid – aansprekend omdat er in deze casus – gelet op het feit dat mevrouw Bey niet onrechtmatig heeft gehandeld – geen goede reden is de schade zoals die geleden is door mevrouw Guyt bij mevrouw Bey neer te leggen.

10.6.4.2 *Het probleem*

De vraag kan echter worden gesteld of het paradigma van het aansprakelijkheidsrecht de belangen van de laedens en de gelaedeerde altijd in balans brengt.⁹⁷ Hoort het, bijvoorbeeld, telkens tot het normale levensrisico van de gelaedeerde indien een onderneming een nieuwe technologie gebruikt die – naar de toenmalige wetenschappelijke inzichten – veilig leek te zijn,

95 Dat de wet ruimhartig kan worden uitgelegd, doet hier niet principieel aan af. Enerzijds heeft een oplossing die is gebaseerd op een extensieve interpretatie van een wettelijke risicoaansprakelijkheid een wettelijke grondslag. Anderzijds kent ook een extensieve wetsuitleg grenzen. Wordt – om een aanvaardbaar resultaat te bereiken – een aansprakelijkheid geconstrueerd die zich niet goed verhoudt tot het stelsel van de wet, dan ligt het verlies in een gebrek aan staatsrechtelijke legitimatie.

96 HR 11 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC2266, NJ 1988/393, m.nt. W.C.L. van der Grinten (Val bij bushalte).

97 Zie voor de visie dat de zorgvuldigheidsnorm oproept tot een belangenafweging: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/75; K.J.O. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.1.4.2.

maar dit achteraf niet was en schade heeft veroorzaakt bij de gelaedeerde? Hoort het steeds tot het algemene levensrisico van de gelaedeerde indien de laedens met zijn onderneming een gevaar in het leven roept dat vanwege de geringe grootte daarvan niet onrechtmatig was, maar dat zich niettemin jegens de gelaedeerde heeft verwezenlijkt? Als er geen wettelijke risicoaansprakelijkheid op van toepassing is, dan lijkt de gelaedeerde de schade zelf te moeten dragen. Maar is dit steeds terecht?

In gevallen waarin er niet onrechtmatig is gehandeld en waarin er evenmin is voldaan aan de vereisten van een van de wettelijke risicoaansprakelijkheden kan het heel wel zo zijn, dat verschillende aansprakelijkheidstheorieën in de richting van de laedens kunnen wijzen. Gedacht kan onder andere worden aan de gevaartheorie en de profijttheorie.⁹⁸ Een onderneming roept – ten eigen bate – met zijn activiteiten een gevaar in het leven zonder dat er sprake is van een onrechtmatige daad (bijvoorbeeld omdat het om een onbekend gevaar gaat). De onderneming heeft in een geval als dit geprofiteerd van het gevaar dat zij in het leven heeft geroepen, hetgeen reden voor risicoaansprakelijkheid kan zijn.

Doordat het aansprakelijkheidsrecht echter is geënt op het gesloten stelsel van het verbintenissenrecht, kan aansprakelijkheid niet worden aangenomen als daar geen wettelijke grondslag voor is, ook al wijzen de aansprakelijkheidstheorieën in abstracto richting aansprakelijkheid van de laedens. De aansprakelijkheidstheorieën zijn slechts van belang om *bestaande* risicoaansprakelijkheden te verklaren en om de bestaande bronnen van het aansprakelijkheidsrecht uit te leggen.⁹⁹ Ze hebben geen aanvullende kracht anders dan dat ze aanleiding kunnen geven tot een extensieve interpretatie van bestaande – wettelijke – aansprakelijkheden.

Die extensieve interpretatie kan uiteraard een manier zijn om de grenzen van het delictuele aansprakelijkheidsrecht te verleggen. De zorgvuldigheidsnorm kan bijvoorbeeld streng worden opgevat. De plaatsing van een waarschuwbord dat wijst op het gevaar van jetblasts, is bijvoorbeeld niet zonder meer voldoende om aansprakelijkheid van Princess Juliana International Airport af te wenden als het gevaar verbonden aan een jetblast zich heeft verwezenlijkt.¹⁰⁰ En het perspectief van de voorzorgethiek kan bijvoorbeeld leiden tot de ontwikkeling van een strengere – dat wil zeggen tot proactief gedrag nopen – zorgvuldigheidsnorm als het gaat om de omgang met nieuwe, onzekere risico's van nieuwe technieken.¹⁰¹

98 Zie over deze theorieën bijvoorbeeld: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/27; Verheij, 2015, 7; Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Spier), nr. 9; Sieburgh 2000, p. 182; Klaassen 1991, p. 10-11.

99 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/27-30.

100 HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224, NJ 2005/105, m.nt. C.J.H. Brunner (Jetblast), r.o. 3.4.2-3.4.3.

101 Franken 2010, par. 3; De Jong 2016, p. 87-88. In conceptuele zin kritisch over het voorzorgsbeginsel: Jansen 2012, p. 375-378.

Indien nodig kan ook de reikwijdte van een bestaande wettelijke risicoaansprakelijkheid ruimer worden getrokken. Inmiddels klassiek is het voorbeeld, dat de bezitter van een opstal óók aansprakelijk kan zijn voor een gebrek jegens een mede-bezitter,¹⁰² al heeft de Hoge Raad die lijn niet doorgetrokken ten aanzien van aansprakelijkheid voor dieren.¹⁰³

Een drastischer mogelijkheid dan een strengere zorgvuldigheidsnorm en een ruimhartige interpretatie van wettelijke risicoaansprakelijkheden is om te aanvaarden dat de wettelijke risicoaansprakelijkheden – anders dan in de heersende leer wordt voorgestaan¹⁰⁴ – wél analogisch kunnen worden toegepast, in die zin, dat een risicoaansprakelijkheid ook zonder expliciete grondslag kan ontstaan als dit op de voet van de *Quint/Te Poel*-formule in het stelsel van de wet past en aansluit bij wél in de wet geregelde gevallen.¹⁰⁵ De leer over de bronnen van verbintenissen biedt daarvoor, dogmatisch gezien, de ruimte omdat artikel 6:1 BW in het licht van de voornoemde *Quint/Te Poel*-formule moet worden gelezen.

Er zijn dus verschillende mogelijkheden om het oplossend vermogen van het delictuele aansprakelijkheidsrecht te verruimen. Maar er zijn grenzen. Aansprakelijkheden kunnen niet omwille van de billijkheid *ad infinitum* worden opgerekt. *Quint/Te Poel* lijkt in het delictuele aansprakelijkheidsrecht niet te gelden. Het blijft daarom van belang om de bronnen van verbintenissen af te tasten als de premisse van het delictuele aansprakelijkheidsrecht in een concrete geval niet aansprekend is.

Deze paragraaf staat in het teken van de vraag of ook de algemene verrijkingsvordering ex artikel 6:212 BW het delictuele aansprakelijkheidsrecht kan aanvullen. De blik is daarbij *niet* gericht op de eventuele onrechtmatigheid van het gevaarzettende handelen maar op het *voordeel* dat de laedens met diens gevaarzettende handelen heeft gegenereerd. De blik is in die zin gericht op de *gevolgen* van het gevaarzettende handelen. Is de verrijking van de gedaagde ongerechtvaardigd gelet op het feit, dat een ander de nadelige gevolgen van die activiteit heeft ondervonden.

Ten opzichte van de reguliere bronnen van aansprakelijkheid, is een ander belangrijk verschil dat delictuele aansprakelijkheid leidt tot een verplichting om – in beginsel, bij wijze van uitgangspunt – de volledige schade van de gelaedeerde te vergoeden, terwijl aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking – van meet af aan – is beperkt tot het bedrag waarmee de laedens is verrijkt. Ook hier kan de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking in een aantal gevallen de weg van het midden wijzen tussen géén aansprakelijkheid en volledige aansprakelijkheid. De aanspra-

102 HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, *NJ* 2011/465, m.nt. T. Hartlief (Hangmat), r.o. 4.2-4.4.

103 HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162, *NJ* 2016/173, m.nt. T. Hartlief (Manegepaard Imagine), r.o. 3.4.3-3.6.5.

104 Zie par. 10.2.

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

kelijkheid van de laedens zal, als deze gebaseerd is op artikel 6:212 lid 1 BW, nooit hoger uitvallen dan diens verrijking.

10.6.4.3 Verrijking en gevaarstelling

De vraag of de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking het gevaarzettingsleerstuk kan aanvullen zal op zijn minst verrassen. Beide leerstukken lijken mijlenver van elkaar verwijderd. Het een gaat over de verdeling van de nadelige gevolgen van de verwezenlijking van een gevaar dat door de laedens in het leven is geroepen, het ander om het ongedaan maken van een ongerechtvaardigde verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser. Als een gevaar zich heeft verwezenlijkt dan lijkt er van een verrijking of voordeel geen sprake te zijn.

In zekere zin is dit slechts een verschil in perspectief. Behoudens gevallen van kwaadaardigheid, baldadigheid, roekeloosheid, stupiditeit, onverschilligheid en onvoorzichtigheid roept niemand zomaar een gevaar in het leven. Het scheppen van gevaar, gaat noodzakelijkerwijs gepaard met het leven van alledag. Eenieder schept gevaar op zoek naar het grote en kleine geluk. Degene die in de auto stapt of de hardloopschoenen aantrekt staat op het punt – geheel in het eigen belang – de straten een fractie onveiliger te maken. Zelfs een voetganger roept een zeker gevaar in het leven. Mevrouw Bey die een noodlottige stap achteruit doet om plaats te maken voor de heer Guyt schept daarmee een gevaar.

De automobilist, de hardloper en de voetganger zullen zekere voordelen hebben van het gedrag waarmee zij – en passant – een gevaar in het leven roepen. Dit voordeel zal echter gering zijn. Kwalificeert het gevaarzettend handelen niet als een *onrechtmatige* gevaarstelling – en valt de gebeurtenis niet onder een van de wettelijke risicoaansprakelijkheden – dan is degene die het gevaar in het leven heeft geroepen niet aansprakelijk indien dit geringe gevaar zich op een kwade dag verwezenlijkt. De verrijking van de voetganger, de hardloper en de automobilist zal veel te gering – te marginaal – zijn om ook maar aan aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking te denken. Verrijkingsaansprakelijkheid zou – indien al van toepassing – beperkt zijn tot maximaal het bedrag van de verrijking en die zal in dit soort gevallen in het niet vallen bij de schade.

Er zijn echter gevallen, waarbij de gevaarlijke activiteiten van de gedaagde wél gelinkt kunnen worden aan een verrijking van een substantiële omvang en waarbij de voordelen wél zonder al te veel kunstgrepen op geld kunnen worden gewaardeerd. Het gaat om gevaren die in het leven worden geroepen in het kader van een of meerdere bedrijfsactiviteiten van de gedaagde. De fabrieksschoorsteen waaruit rook kringelt zal een schakel zijn in een winstgevend productieproces. Dezelfde schoorsteen kan echter een gevaar voor de volksgezondheid opleveren die schade kan veroorzaken.

Kwalificeert het handelen waarin de bedrijfsmatige gevaarstelling in besloten ligt als een onrechtmatige gedraging of valt de gebeurtenis onder een van de in de wet neergelegde risicoaansprakelijkheden te brengen, dan

is er rechteus in zoverre geen probleem, dat het recht het slachtoffer geheel of ten dele schadeloosstelt. Het voordeel dat gedaagde heeft gehad van het gevaarzettende handelen speelt dan geen rol en hoeft ook geen rol te spelen.

Maar hoe zit het met een geval, waarin de onderneming van de gedaagde feitelijk profijt getrokken heeft van bepaalde bedrijfsactiviteiten waarin een – niet onrechtmatig – gevaar ligt besloten dat zich uiteindelijk heeft verwezenlijkt? Zijn er omstandigheden denkbaar waarin de verrijking – de behaalde winst – die met gevaarzettend handelen is gerealiseerd, kwalificeert als een ongerechtvaardigde verrijking ten koste van degenen ten opzichte van wie dit gevaar zich heeft verwezenlijkt?

10.6.4.4 Literatuur

In de literatuur is het gevaarzettingsleerstuk zo nu en dan in verband gebracht met het verrijkingsleerstuk.

De Duitse auteur Nils Jansen heeft betoogd, dat het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, een verklaring kan bieden voor verschillende risicoaansprakelijkheden.¹⁰⁶ Het recht laat soms – omwille van het nut – toe dat iemand een gevaar in het leven roept. Het gevolg is dat de een de ander – op een niet wederkerige basis – aan een verhoogd gevaar blootstelt dat zich af en toe zal verwezenlijken. Dit laatste gaat ten koste van de subjectieve rechten van de slachtoffers. Deze lijden schade aan lijf en goed. Dit is, volgens Jansen, een inbreuk op de verdeling van schaarse goederen die het recht beoogt te beschermen. Zouden de slachtoffers die schade zelf moeten dragen, dan zou degene die het privilege heeft om het gevaar in het leven te roepen ongerechtvaardigd worden verrijkt ten koste van de benadeelden, omdat ze wél het voordeel genieten van de gevaarlijke activiteit, terwijl ze de nadelen van die activiteit bij de benadeelden laten liggen. De verschillende risicoaansprakelijkheden gaan, zo bezien, ongerechtvaardigde verrijkingen tegen van degenen die – ten eigen bate – gevaren in het leven roepen ten koste van degenen die de nadelen van de gevaarlijke activiteiten ondervinden. Jansen schrijft:¹⁰⁷

‘Privileges to pursue extraordinarily dangerous activities allow for one group of citizens non-reciprocally to endanger the rights of fellow citizens and in this sense to use their goods. This is enrichment on the side of citizens using the privilege – not in the doctrinal sense, of course, but in the sense of a general moral argument underlying private law. Hence, the materialization of the associated risks results in unjustified losses to others. Moreover, the economically calculable benefits derived from the dangerous activity should make it possible for defendants to buy third party liability insurance. Otherwise, the dangerous activity would not even be reasonable from the social utility point of view and, hence, should not be pursued.’

106 Jansen 2014, p. 245-248.

107 Jansen 2014, p. 247.

Jansen brengt aldus de verschillende risicoaansprakelijkheden in verband met het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag verrijkt. Kan een gevaar dat de gedaagde in het leven heeft geroepen aanleiding zijn voor een verrijkingsvordering? Waarschijnlijk zal Jansen de vraag ontkennend beantwoorden. Het privilege om een gevaar in het leven te roepen is, volgens Jansen, geen verrijking in de doctrinaire zin van het woord. De verrijkingsgedachte ligt aan de risicoaansprakelijkheden ten grondslag, hij presenteert een risicoaansprakelijkheid niet als een *lex specialis* van de verrijkingsvordering.

Maar wat als een gevaarlijke activiteit zich heeft vertaald in harde munt?

Behoort aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking voor gevaarlijke activiteiten dan, onder omstandigheden, tot de mogelijkheden? In de Nederlandse literatuur is deze vraag verschillende keren opgeworpen.

Langemeijer is de eerste geweest die de rol heeft verkend die de verrijkingsvordering kan spelen bij negatieve externe effecten van niet-onrechtmatig handelen.¹⁰⁸ Hij werpt de vraag op, of de verrijkingsvordering toepassing kan vinden in gevallen waarbij een onderneming profiteert van niet-onrechtmatige activiteiten die desalniettemin bij anderen schade veroorzaken. Hij noemt gevallen die in het verlengde liggen van hinder, gevallen van opofferingsaansprakelijkheid en het geval waarbij de winst van een bedrijf 'behaald wordt door het in omloop brengen van stoffen en machines, die door hun goedkoopte goede afname vinden, maar door dezelfde eigenschap waaraan die goedkoopte is te danken de burens van de gebruiker of zelfs willekeurige derden aan vermogensschade blootstellen'.¹⁰⁹

Dit laatste specifieke geval zal thans ondervangen worden door het leerstuk van de productenaansprakelijkheid (artikel 6:185 BW e.v.), zodat de verrijkingsvordering niet nodig zal zijn. Een product dat door zijn 'goedkoopte' schade kan toebrengen zal in de regel een gebrekkig product zijn. Het geval kan echter worden aangepast. Wat te denken bij de verwezenlijking van gevaren die samenhangen met *nieuwe risico's* waar een onderneming een *state of the art*-verweer ten dienste staat? Als een dergelijke nieuwe techniek winst heeft gegeneerd, kan die winst dan een ongerechtvaardigde verrijking constitueren jegens degene ten aanzien van wie het gevaar van dit nieuwe risico zich heeft verwezenlijkt?

Ook Van Boom onderzoekt dit soort vragen. Hij merkt in zijn preadvies op dat het verrijktingsrecht kan bijdragen aan kostenallocatie. 'Aansprakelijkheidsrecht is', zo betoogt hij, 'in rechtseconomische terminologie een manier om (negatieve) externaliteiten te internaliseren, zodat degene die de baten van een activiteit opstrijkt zoveel als mogelijk ook de maatschappelijke kosten ervan draagt, met als beoogd gevolg dat de prijs van de activiteit de werkelijke kosten weerspiegelt'.¹¹⁰

108 Langemeijer 1969, p. 160-164.

109 Langemeijer 1969, p. 162.

110 Van Boom 2002, p. 132.

Het punt van de kostenallocatie is interessant. Bovendien heeft kostenallocatie niet alleen een economische dimensie (bepaling van de juiste prijs) maar het weerspiegelt ook een belangrijke morele grondgedachte van het aansprakelijkheidsrecht. Degene die van een bepaalde activiteit profiteert, behoort – ten opzichte van degene die buiten de activiteit staat – de eventuele nadelige gevolgen te dragen. Dit profijtbeginsel ligt ten grondslag aan verschillende risicoaansprakelijkheden.

Verschuillende voorbeelden in het preadvies van Van Boom kunnen in verband worden gebracht met de gedachte dat de verrijkingsvordering kan helpen bij een rechtvaardige kostenallocatie. Ik kies twee voorbeelden die hij in een ander verband opvoert maar die – in mijn optiek – het meest aansprekend zijn.

Van Boom wijst erop dat in het aansprakelijkheidsrecht een deel van de belangenafweging bestaat uit het afwegen van kosten en baten. Enerzijds kunnen bepaalde activiteiten – ondanks het gevaar dat ermee gepaard gaat – rechtens toelaatbaar zijn vanwege het maatschappelijke nut van die activiteit. Anderzijds kunnen de hoge kosten die aan veiligheidsmaatregelen verbonden zijn een – al dan niet doorslaggevend – argument opleveren tegen de verplichting bepaalde veiligheidsmaatregelen te nemen. Dit is een van de Kelderluik-factoren. Van Boom schrijft:¹¹¹

‘Een [...] kenmerk van aansprakelijkheidsrecht is dat de kosten-baten afweging ertoe leidt dat indien de verrijking van de aansprakelijke door het niet-nemen van voorzorgsmaatregelen (vele malen) groter is dan de te verwachten verarming van de benadeelde, dit een sterke indicatie is tegen aansprakelijkheid. In economisch opzicht is dat een gezonde gevolgtrekking: het zou dan inefficiënt zijn als de latere aansprakelijke zijn verrijkingsvoorzicht zou opgeven ten gunste van de beperktere winst van de latere benadeelde. Als men die redeneerlijn volgt, komt men op een goed moment tot de vraag of – indien de beslissing om het gevaar niet weg te nemen of te reduceren efficiënt was – de verarmde billijkheidshalve niet toch recht heeft op (een deel van) de aldus gerealiseerde verrijking.’

Van Boom voert voorts een geval op waarin een medicijnfabrikant een preventief geneesmiddel op de markt brengt voor een ernstige ziekte waar een kleine, niet identificeerbare groep gebruikers een allergie voor heeft. Het is een gevaar waar de producent zorgvuldig voor heeft gewaarschuwd. Gelet op de waarschuwing en gelet op het belang dat met het medicijn is gediend, is het goed denkbaar dat het handelen van de medicijnfabrikant niet onrechtmatig is. Van Boom acht het niet uitgesloten dat een slachtoffer – hetzij door de staat, hetzij door de farmaceutische industrie – gecompenseerd behoort te worden, omdat respectievelijk de maatschappij en de farmaceutische industrie van het geneesmiddel heeft geprofiteerd.¹¹²

111 Van Boom 2002, p. 121.

112 Van Boom 2002, p. 139.

10.6.4.5 Verrijkingsrechtelijke inkadering gevaarzettingsproblematiek

Verrijkingsaansprakelijkheid voor een rechtmatige gevaarzetting laat zich inpassen in het verrijkingsleerstuk zoals dat in dit boek is uitgewerkt. Steeds gaat het om een gedaagde die winst ontleent aan – niet onrechtmatige – gevaarlijke activiteiten, waarvan het gevaar zich verwezenlijkt jegens de gelaedeerde die daardoor schade lijdt. Wordt, zoals in dit boek is bepleit,¹¹³ aanvaard dat artikel 6:212 BW niet is beperkt tot gevallen waarin er sprake is van een daadwerkelijke vermogensverschuiving tussen de eiser en de gedaagde dan is er daarmee dogmatische ruimte om te bezien of er in dit soort gevallen ruimte is voor verrijkingsaansprakelijkheid. Ook hier is het verrijkingsactie ten opzichte van het onrechtmatigedaadsrecht van meerwaarde, omdat de figuur een andere aansprakelijkheidsstructuur heeft dan de onrechtmatige daad.

In het kader van het leerstuk van de onrechtmatige daad gaat het om de vraag of het *gedrag* op basis waarvan het gevaar in het leven is geroepen onrechtmatig was. Jansen schrijft:

‘Naar de kern beschouwd gaat het in het gevaarzettingsleerstuk om het bevorderen van maatschappelijk verantwoord gedrag. De in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid eist dat men een ander niet blootstelt aan een groter risico dan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs verantwoord is en waarop een normaal mens bedacht moet zijn.’¹¹⁴

Was het gedrag van de laedens waardoor het gevaar is ontstaan niet in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid, dan is de laedens – behoudens een wettelijke grond voor risicoaansprakelijkheid – niet aansprakelijk voor de schade van de laedens. In het kader van de onrechtmatige daad wordt de onrechtmatigheid van het gedrag getoetst, niet de rechtmatigheid van de gevolgen van een bepaalde gebeurtenis. In het reguliere aansprakelijkheidsrecht bestaat er dogmatisch gezien geen ruimte om de effectief genoten verrijking van de gedaagde mee te weten bij de vraag of aansprakelijkheid gevestigd moet worden.

Bij de ongerechtvaardigde verrijking kunnen daarentegen tot op zekere hoogte de gevolgen van een bepaalde gebeurtenis wél centraal staan, in die zin dat het met het gevaarzettende handelen behaalde voordeel van de laedens in de beoordeling kan worden betrokken. In het kader van artikel 6:212 lid 1 BW kan de vraag worden gesteld, of de verrijking van de laedens kwalificeert als een ongerechtvaardigde verrijking ten koste van de gelaedeerde, die de nadelige gevolgen heeft ondervonden van de winstgevende activiteiten van de laedens. Een eventuele verrijkingsaansprakelijkheid strekt – anders dan delictuele aansprakelijkheid – vervolgens niet tot de vergoeding van de volledige schade, maar maximaal tot het bedrag waarmee de laedens ongerechtvaardigd is verrijkt.

113 Zie: par. 5.4.5-5.4.6.

114 K.J.O. Jansen in: *GS Onrechtmatige daad*, artikel 162 Boek 6 BW, aant. 87.1.2.

Uiteraard is verrijkingsaansprakelijkheid geen automatisme. Omdat de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser in dit soort gevallen niet het gevolg is van een vermogensverschuiving is het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond die de verrijking legitimeert een *noodzakelijke*, maar niet een voldoende voorwaarde voor de conclusie dat de verrijking van de laedens ongerechtvaardigd is. De winst die iemand aan gevaarlijke – maar niet onrechtmatige – activiteiten ontleent, kwalificeert derhalve slechts als een ongerechtvaardigde verrijking, indien er bijzondere omstandigheden zijn, die de verrijking van de gedaagde ten koste van de eiser ongerechtvaardigd doen zijn. Het uitgangspunt is dus, dat de verrijking die de laedens aan zijn gevaarzettende handelen ontleent, niet kwalificeert als een ongerechtvaardigde verrijking ten koste van de gelaedeerde.

Ditzelfde punt kan ook worden beredeneerd vanuit het reguliere delictuele aansprakelijkheidsrecht. Als het handelen van de laedens, waarmee hij een gevaar in het leven geroepen heeft, niet onrechtmatig was en er verder geen risicoaansprakelijkheid voorhanden is op basis waarvan hij aansprakelijk is, dan is hij krachtens de normale regels van het aansprakelijkheidsrecht niet schadeplichtig. Het ligt van hieruit voor de hand dat er bijzondere omstandigheden moeten zijn om aan te nemen dat hij wél aansprakelijk is op grond van ongerechtvaardigde verrijking voor een eventuele verrijking die hij aan de gevaarlijke activiteit heeft ontleend.

Wanneer zijn die bijzondere omstandigheden aanwezig? Dit kan in mijn optiek het geval zijn, als de omstandigheid dat de gedaagde door het gevaarzettende handelen is verrijkt, maakt dat de premisse van het reguliere aansprakelijkheidsrecht, dat de gelaedeerde – bij ontstentenis van onrechtmatig handelen van de laedens of een wettelijke grond voor risicoaansprakelijkheid – zijn eigen schade *behoort* te dragen niet meer aanspreekt. Wordt in een concreet geval verrijkingsaansprakelijkheid voor gevaarzettend handelen aanvaard, dan doet de verrijking van de laedens als het ware de delictuele belangenafweging omslaan richting aansprakelijkheid van de laedens.

De verrijking zal in mijn optiek met name een ongerechtvaardigd karakter kunnen hebben, als kan worden gezegd dat de schade van de gelaedeerde kan worden gezien als kosten die aan de gevaarlijke activiteiten van de laedens behoren te worden toegerekend en die als zodanig ten laste van de winst – de verrijking – behoren te worden gebracht. Aldus sluit het aan bij het verrijkingsrechtelijke principe, dat iemand ‘eigen’ schade of kosten niet op anderen mag afwentelen.¹¹⁵ Aangesloten wordt ook bij de visie van Van Boom dat verrijkingsaansprakelijkheid kan dienen als middel tot kostenallocatie.¹¹⁶

Dit verrijkingsrechtelijke principe wordt, zoals eerder is betoogd, gereflecteerd in een combinatie van de gevaartheorie en de profijttheorie.¹¹⁷ Hij die van gevaarlijk handelen de lusten heeft moet ook de lasten dragen. Het

115 Zie: par. 2.9.

116 Zie par. 10.6.4.4.

117 Zie par. 2.9.2. en par. 10.6.4.3.

profijt is bij een eventuele verrijgingsrechtelijke aansprakelijkheid voor een rechtmatige gevaarzetting echter niet – zoals bij verschillende risicoaansprakelijkheden – abstract (zoals het genot van een roerende zaak, opstal of dier) maar concreet. De laedens kan slechts aansprakelijk zijn voor de schade van de gelaedeerde tot maximaal het bedrag waarmee hij *ongerechtvaardigd is verrijkt*. In zoverre sluit het ook aan bij de gedachte dat draagkracht van invloed kan zijn bij de beantwoording van de vraag op wie de aansprakelijkheid behoort te rusten.

Een dwarsverband kan evenzeer worden gelegd met de aansprakelijkheid van de overheid voor een rechtmatige daad.¹¹⁸ Het maatschappelijke belang legitimeert bepaald overheidsoptreden, zolang de overheid de schade vergoed van ondernemingen zodra de schade uitstijgt boven het normale bedrijfsrisico.¹¹⁹ Het centrale – wat abstracte – ‘maatschappelijke belang’ bij overheidsaansprakelijkheid, wordt bij private verrijkingsaansprakelijkheid voor een rechtmatige gevaarzetting vervangen door de eis dat de laedens door het gevaarzettende handelen – concreet – is verrijkt. Die verrijking is tevens de limiet van de aansprakelijkheid.

10.6.4.6 Nadere uitwerking

Wanneer kan de schade, zoals opgelopen door de gelaedeerde, worden gezien als ‘kosten’ die ten laste van de winst van de gelaedeerde gebracht behoren te worden? Het zal – als elders in het aansprakelijkheidsrecht – neerkomen op een waardering van de omstandigheden van het geval. Harde regels kunnen niet worden gegeven, net zomin als de maatschappelijke betamelijkheid in concrete – voor toepassing gereedliggende – regels kan worden gevangen. Wel kan door een analyse van verschillende casusposities globaal worden aangegeven, wanneer verrijkingsaansprakelijkheid voor een rechtmatige gevaarzetting in zicht zou kunnen komen en wanneer dit juist niet het geval zal zijn.

Het uitgangspunt is dus, zoals we hebben gezien, dat degene die voordeel ontleent aan niet onrechtmatige activiteiten niet ongerechtvaardigd is verrijkt jegens degene die het slachtoffer is geworden van de verwezenlijking van de aan de activiteiten verbonden gevaren. Een voorbeeld. De gedaagde exploiteert een winstgevend circus. Door een onverwachte orkaanstoot valt de tent om waardoor verschillende personen schade lijden. Niet gezegd kan worden dat een deel van de winst van het circus kan worden gezien als een ongerechtvaardigde verrijking ten koste van de slachtoffers.

118 Het verrijkingsleerstuk is vaker in verband gebracht met de rechtmatige overheidsdaad. Zie: Van Boom 2002, p. 138.

119 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/345. Zie bijvoorbeeld: HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC4031, NJ 1992/638, m.nt. C.J.H. Brunner (Leffers/Staat); HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, NJ 2003/615, m.nt. M.Scheltema (Staat/Lavrijsen).

Deze conclusie kan langs twee wegen worden bereikt. Enerzijds kan niet worden gezegd dat de schade gezien kan worden als typische schade die bij het drijven van een circus hoort. In dit voorbeeld is het vooral het noodlot dat heeft toegeslagen. Hier is het een circustent die omgewaaid is, elders zijn het losgewaaide dakpannen. Anderzijds kan worden betoogd dat het verband tussen de winst van de laedens – de onderneming die het circus drijft – en de schade van de gelaedeerde te ver van elkaar verwijderd zijn om het voordeel van de circusexploitant ongerechtvaardigd te doen zijn. Hoe losser het verband tussen de verrijking van de laedens en de schade van de gelaedeerde des te minder snel zal er sprake zijn van een *ongerechtvaardigde* verrijking.

Er zijn tenminste twee typen gevallen waarbij in het bijzonder aan aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking kan worden gedacht.

(i) In de eerste plaats heb ik het oog op de verwezenlijking van onbekende risico's van nieuwe(re) technieken.¹²⁰ De laedens gebruikt een nieuwe techniek die winstgevend is gebleken. Hierbij verwezenlijkt zich een naar wetenschappelijke maatstaven *onbekend* gevaar, waardoor de gelaedeerde schade lijdt. Het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt blijkt een bijzonder gevaar te zijn dat nauw met de nieuwe techniek is verweven.

Als de laedens het gevaar niet kende en ook niet behoorde te kennen zal hij niet aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad voor de ingetreden schade.¹²¹ In dat geval heeft hij geen schuld aan het ontstaan van de schade en dan past het niet dat hij aansprakelijk is voor de volledige schade als het onbekende gevaar zich verwezenlijkt. De afweging tussen de vrijheid van handelen en het principe dat men anderen geen schade moet berokkenen valt dan in het voordeel van de vrijheid uit.

Het kan echter zo zijn, dat dezelfde activiteiten die de schade hebben veroorzaakt winstgevend zijn geweest en dat deze winst niet mogelijk zou zijn geweest als het voor de laedens kenbaar zou zijn geweest dat de activiteiten gevaarlijk waren (omdat de gevaarzettende activiteit in het laatste geval – als de laedens het gevaar zou kennen of behoren te kennen – zou kwalificeren als een toerekenbare onrechtmatige daad). Verwezenlijkt zich een onbekend gevaar dat nauw gerelateerd is aan winstgevende bedrijfsactiviteiten, dan ontstaat de situatie dat de laedens op basis van de beginselen van het reguliere delictuele aansprakelijkheidsrecht niet aansprakelijk is, terwijl hij er wél beter van geworden is. In zeker opzicht profiteert de laedens dan van het feit dat hij geen kennis draagt van het risico.

120 Er wordt ter bestrijding van bepaalde nieuwe risico's gedacht aan toepassing van het voorzorgsbeginsel in het aansprakelijkheidsrecht. Zie bijvoorbeeld: E.R. de Jong, *Voorzorgsverplichtingen. Over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling voor onzekere risico's* (Diss. Utrecht), Den Haag: Boom 2016. Kritisch over een dergelijke benadering: Jansen 2012, p. 375-378.

121 Zie K.J.O. Jansen in: *GS Onrechtmatige daad*, commentaar op art. 6:162 BW, aant. 6.3.8.1.

Hierin zou een ongerechtvaardigde verrijking van de laedens ten koste van de gelaedeerde kunnen worden gezien. In gevallen waarin het gevaar dusdanig ernstig is dat hij wel aansprakelijk zou zijn geweest wanneer hij het gevaar zou hebben gekend of zou hebben behoren te kennen, zou betoogd kunnen worden dat de laedens ongerechtvaardigd is verrijkt tot maximaal de winst die hij mét de kennis van het gevaar niet zou hebben kunnen maken vanwege de dan geldende aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 lid 2 BW. Als bij nieuwe technieken onverwachte gevaren intreden dan zou de daaruit voortvloeiende schade als kostenpost gezien kunnen worden, die ten laste behoort te komen van degene die het gevaar in het leven geroepen heeft. Dit geldt des te sterker voor de verrijking die is gelegen in de besparing van de kosten van de voorzorgsmaatregelen die de laedens zou hebben moeten maken, als hij het gevaar zou hebben gekend.¹²² Zijn die kosten niet ten laste van de winst gebracht dan moet hier – in mijn optiek – een ongerechtvaardigde verrijking van de laedens ten koste van de gelaedeerde worden gezien.

Het voordeel dat de exploitant van nieuwe, achteraf – te – risicovolle activiteiten heeft genoten, kan in deze visie de balans doen omslaan van geen aansprakelijkheid naar verrijkingsaansprakelijkheid. Het risico van de verwezenlijking van een onbekend gevaar van een nieuwe techniek, wordt – afhankelijk van de omvang van de verrijking – geheel of ten dele verschoven van de gelaedeerde die normaal gesproken zijn eigen levensrisico behoort te dragen, naar de laedens voor zover hij de vruchten van de techniek genoten heeft in de vorm van tastbare winst. De schadevergoedingsplicht is daarmee gemaximeerd tot de verrijking. Deze beperking die inherent is aan artikel 6:212 lid 1 BW past bij de omstandigheid dat de laedens in het geval als dit geen schuld heeft.

Tot nu ging het om onbekende risico's van nieuwe technieken. Gaat het voorgaande ook op voor onbekende risico's van reguliere technieken? Een verrijkingsaanspraak voor nieuwe risico's van gebruikelijke, conventionele technieken is in mijn optiek minder aansprekend naarmate de techniek meer is ingeburgerd.

De gevaartheorie wijst in dat geval in mindere mate richting aansprakelijkheid omdat de laedens zich dan niet op een nieuw gebied heeft begeven om winstgevend te zijn. In dat geval gaat het eerder om de verwezenlijking van een maatschappelijk risico – gelet op het feit dat het om een reguliere techniek gaat – dan dat het om kosten gaat die gezien kunnen worden als behorend bij de specifieke bedrijfsactiviteiten van de gedaagde laedens. Als, bijvoorbeeld – geheel onverwacht – wol, net als asbest, kankerverwekkend blijkt te zijn, dan zal de winst van wolproducenten niet kwalificeren als een ongerechtvaardigde verrijking ten koste van de slachtoffers jegens wie het gevaar van wol zich heeft verwezenlijkt. Met het gebruik van wol begeeft de ondernemer zich op een platgetreden pad. Verwezenlijkt zich een dergelijk

122 Vgl. Van Boom 2002, p. 112.

risico dan gaat het daarom eerder om een maatschappelijk risico, dan dat het gaat om risico's die verbonden zijn aan specifieke bedrijfsactiviteiten.

Aanvaardt men het voorgaande, dan zal afgewogen moeten worden of de activiteit dusdanig nieuw was dat de eraan verbonden onbekende gevaren tot het risico van de ondernemer behoren of dat de techniek dusdanig wijdverbreid is dat eerder gezegd moet worden dat het tot het risico van de maatschappij als geheel behoort.

(ii) Een tweede type geval waarbij aan aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking kan worden gedacht, is dat waarin de bedrijfsactiviteiten van de gedaagde een zeer gering maar voortdurend, nauw met de activiteiten verbonden gevaar in het leven roepen, waarbij het gevaar zo klein is, dat het in het leven roepen van het gevaar als zodanig niet in strijd is met de maatschappelijke betamelijkheid. Roepen bepaalde bedrijfsactiviteiten bij voortduring – of in ieder geval structureel – dergelijke kleine gevaren in het leven, dan kan de wet van de grote getallen met zich brengen dat het gevaar zich – in de loop van een kortere of langere tijd – een of meerdere keren zal verwezenlijken.

Verwezenlijkt zich een klein – en daardoor niet onrechtmatig – gevaar zich, dan zou de schade van de gelaedeerde gezien kunnen worden als kosten die verbonden zijn aan de gevaarlijke activiteit. Voor zover die kosten niet in mindering van de winst zijn gebracht, zou de winst gezien kunnen worden als een ongerechtvaardigde verrijking van de laedens ten koste van de gelaedeerde. Gelet op het feit dat de laedens het gevaar in het leven heeft gebracht en de laedens van de gevaarlijke activiteiten heeft geprofiteerd – in de vorm van nettowinst – is het niet aansprekend om de schadelijke gevolgen van de activiteit tot het normale risico van de gelaedeerde te rekenen. In de verhouding laedens-gelaedeerde is het in mijn optiek de laedens die in ieder geval tot het bedrag van de winst aansprakelijk behoort te zijn. Het argument voor verrijkingsaansprakelijkheid is sterker, naarmate de wet van de grote getallen de verwezenlijking van het gevaar waarschijnlijker maken.

10.6.4.7 Begrenzungen

Er doemt echter een probleem op. Als van bepaalde schadelijke gevolgen gezegd zou kunnen worden dat het kosten zijn die de laedens behoort te dragen, dan lijkt er reeds op die grond een verrijking te zijn, óók als de laedens geen winst maakt. Een besparing kwalificeert immers óók als een verrijking.¹²³ Verdedigbaar is inderdaad dat de laedens wordt verrijkt als een ander de nadelige gevolgen draagt van een bepaalde activiteit, óók als de activiteit verliesgevend blijkt te zijn. Echter, bestaat de verrijking uit een bloete besparing, zonder dat die besparing is gematerialiseerd in harde winst, dan zou ik menen dat die verrijking in zoverre niet ongerechtvaardigd is. Als de laedens met het inroepen van het gevaar niet onrechtmatig heeft

123 Zie: par. 5.2.4.5.

gehandeld in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW en als het geval niet valt onder een van de wettelijke risicoaansprakelijkheden, dan behoort de laedens niet schadeplichtig te zijn en behoort te gelaedeerde zijn schade zelf te dragen. Er is dan geen vermogensvermeerdering aan de kant van de laedens – geen tastbaar profijt – die de balans doet omslaan bij de afweging van de belangen van de laedens en de gelaedeerde.

Afgezien van deze nuance biedt artikel 6:212 lid 1 BW verschillende veiligheidskleppen om onaanvaardbare – te vergaande – delictuele verrijkingsaanspraken te vermijden. Enerzijds kan de laedens een beroep doen op een eventuele vermindering van de verrijking op de voet van artikel 6:212 lid 2 en 3 BW. Als de winst – die de laedens heeft gezien als vrij en beschikbaar vermogen – met weinig succes is geherinvesteerd, dan kan dit reden zijn dit als een relevante vermindering van de verrijking aan te merken. Anderzijds kan het redelijkheidsevereiste geheel of ten dele aan verrijkingsaansprakelijkheid in de weg staan. Het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt, kan worden doorkruist door andere vermogensrechtelijke overwegingen.¹²⁴ Bedacht moet namelijk worden, dat de winst van een onderneming noodzakelijk is voor de groei en de continuïteit van de onderneming.¹²⁵ De gedachte die tot uitdrukking komt in artikel 6:109 BW (inzake rechterlijke matiging) zou daarom met een zekere intensiteit tot uitdrukking kunnen komen in het kader van de redelijkheidstoets.¹²⁶ Het belang van de redelijkheidstoets is in het geval van delictuele verrijkingsaansprakelijkheid voor een rechtmatige gevaarzetting geen overbodige luxe omdat het gaat om een aansprakelijkheid die buiten de orde van het reguliere delictuele aansprakelijkheidsrecht ligt.

10.7 SLOTSOM

In dit hoofdstuk is uiteengezet dat de verrijkingsvordering het onrechtmatigedaadsrecht kan aanvullen, indien er een geval aan de orde is waar er ‘net’ geen sprake is van een toerekenbare onrechtmatige daad. Aldus gaat het om een verrijkingsrechtelijke schil om het delictuele aansprakelijkheidsrecht waar mogelijk verrijkingsaanspraken kunnen liggen. De verrijkingsvordering zou daarmee tevens het aansprakelijkheidsrecht kunnen verfijnen, doordat de verrijkingsvordering een middenweg kan wijzen tussen aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad en géén aansprakelijkheid. In dit hoofdstuk is een aanzet gegeven voor een aanvullend verrijkingsrechtelijk perspectief op het delictuele aansprakelijkheidsrecht.

124 Zie hoofdstuk 7.

125 Een vriend – T.J. de Jong, auteur van het fraaie ‘De zijngesteldheid van het recht. Over rechtsbegrip en de verantwoordelijkheid van de rechtsbeoefenaar’, *AA* 2016/6, p. 425-434 – wees mij op dit argument.

126 Zie par. 5.3.10.

