

*Aspecten van
ongerechtvaardigde verrijking*

Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht

Mr. W.H. van Boom

Prof. mr. M.H. Wissink

KLUWER 

2002

Verkort aangehaalde literatuur

Asser-Hartkamp II

A.S. Hartkamp, *Verbintenissenrecht; deel II – Algemene leer der overeenkomsten* [Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht], 11e druk Zwolle 2001

Asser-Hartkamp III

A.S. Hartkamp, *Verbintenissenrecht; deel III – De Verbintenis uit de wet* [Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht], 11e druk Deventer 2002

Asser-Rutten III

L.E.H. Rutten, *Verbintenissenrecht; deel III – De Verbintenis uit de wet* [Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht], 5e druk Zwolle 1979

Barker 1998

Kit Barker, Rescuing Remedialism in Unjust Enrichment Law: Why Remedies are Right, 57 *CLJ* (1998), p. 301-327

Beatson 1991

J. Beatson, *The Use and Abuse of Unjust Enrichment*, Oxford 1991

Beekhoven van den Boezem 2000

F.J. Beekhoven van den Boezem, Andermaal: Ongerechtvaardigde verrijking door de werking van art. 3:105 lid 1 BW, *WPNR* 6416 (2000), p. 637-639.

Van den Berg 2000

P.G.J. van den Berg, *Rechtvaardigheid en privaatrecht*, diss. Rotterdam 2000

Biegman-Hartogh 1971

A.M. Biegman-Hartogh, *Ongegronde verrijking*, diss. Leiden 1971

Birks 1989

P. Birks, *An Introduction to the Law of Restitution*, Oxford 1989

Birks 2001

Peter Birks, Unjust Enrichment and Wrongful Enrichment, 79 *Texas L. Rev.* (2001), 1767-1794

Van Boom 1999

W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, diss. KUB 1999

Borgers 2001

M.J. Borgers, *De ontnemingsmaatregel*, diss. Tilburg 2001

Brandsma 1984

F. Brandsma, Derdenverrijking, Quint-Te Poel of een varkensstal en art. 6:212 BW, *RMTh* 1984, p. 251-271

Bregstein 1927

M.H. Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, diss. Amsterdam (UvA) 1927

Bregstein 1948

M.H. Bregstein, Ongegronde vermogensvermeerdering, WPNR 4043-4046 (1948), zoals opgenomen in *Verzameld Werk I*, Zwolle 1960, p. 265-298

Bregstein 1953

M.H. Bregstein, Het nieuwe B.W. Ongegronde verrijking, WPNR 4300 (1953), zoals opgenomen in *Verzameld Werk I*, Zwolle 1960, p. 299-311

Brunner 1992

C.J.H. Brunner, Dief wordt eigenaar, in: *Quod Licet* (Kleijn-bundel), Deventer 1992, p. 45-53

Bouckaert/De Geest 1995

Boudewijn Bouckaert, Gerrit de Geest, Private Takings, Private Taxes, Private Compulsory Services: The Economic Doctrine of Quasi-Contracts, 15 *Int. Rev. of Law and Economics* (1995) 463-487

Coleman 1982

Jules Coleman, Corrective Justice and Wrongful Gain, 11 *J. legal St.* (1982), p. 421-440

Cornish e.a. 1998

W.R. Cornish e.a., *Restitution – Past, Present and Future (Essays in Honour of Gareth Jones)*, Oxford 1998

Dagan 1997

H. Dagan, *Unjust Enrichment: a Study of Private Law and Public Values*, Cambridge 1997

Dagan 1999

Hanoch Dagan, The Distributive Foundation of Corrective Justice, 98 *Michigan L. Rev.* (1999), 138-166

Dawson 1981

John P. Dawson, Restitution without Enrichment, 61 *Boston U.L.Rev.* (1981), p. 563-621

Deurvorst 1994

T.E. Deurvorst, *Schadevergoeding, voldoening van een redelijke gebruiksvergoeding en winstafdracht bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten*, diss. Utrecht 1994

Dickson 1995

Brice Dickson, Unjust Enrichment Claims: A Comparative Overview, [1995] *C.L.J.* 100-126

Dobbs 1980

Dan B. Dobbs, Tortious Interference with Contractual Relationships, 34 *Ark. L. Rev.* (1980), 335-376

Drassinower 1998

Abraham Drassinower, Unrequested Benefits in the Law of Unjust Enrichment, 48 *U. of Toronto L. J.* (1998), 459-488

Drion 1959

H. Drion, Overzicht der Nederlandse rechtspraak. Verbintenissenrecht, *WPNR* 4606 (1959).

Van Dunné 2001

J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht. Deel 2*, Deventer 2001

Edelman 2001

James J. Edelman, Unjust Enrichment, Restitution, and Wrongs, 79 *Texas L. Rev.* (2001), 1869-1878

Engelhard en Van Maanen 1998

E.F.D. Engelhard en G.E. Van Maanen, De vordering uit ongerechtvaardigde verrijking; géén billijkheidsactie! Het hek moet weer op de dam ..., *NTBR* 1998, p. 309-324

Epstein 1994

Richard A. Epstein, The Ubiquity of the Benefit Principle, 67 *S. Cal. L. Rev.* (1994), 1369-1409

Friedmann 1998

Daniel Friedmann, Restitution for Wrongs: The Basis of Liability, in: W.R. Cornish et al, *Restitution: Past, Present & Future – Essays in Honour of Gareth Jones*, Oxford 1998

Friedmann 2001

Daniel Friedmann, Restitution for Wrongs: The Measure of Recovery, 79 *Texas L. Rev.* (2001), 1879-1925

Gergen 2001

Mark P. Gergen, What Renders Enrichment Unjust?, 79 *Texas L. Rev.* (2001), 1927-1980

Giglio 2001

Francesco Giglio, Restitution for Wrongs : a Comparative Analysis, (2001) *Oxford U. Comparative L. Forum* 6 (gepubliceerd op ouclf.ius-comp.org)

Goff en Jones 1998

Lord Goff of Chieveley, Gareth Jones, *The Law of Restitution*, 5e druk Londen 1998

Gordley 1995

James Gordley, Tort Law in the Aristotelian Tradition, in: David G. Owen (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford 1995, p. 131-158

Grantham en Rickett 2001

Ross Grantham, Charles Rickett, On the Subsidiarity of Unjust Enrichment, 117 *LQR* (2001) 273-299

Grosskopf 2001

Ofer Grosskopf, Protection of Competition Rules Via the Law of Restitution, 79 *Texas L. Rev.* (2001), 1981-2019

Hartkamp 1999

A.S.Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer 1999

Hartkamp 2001

A.S. Hartkamp, Ongerechtvaardigde verrijking naast overeenkomst en onrechtmatige daad, *WPNR* 6440-6441 (2001), p. 311-318, p. 327-334

Hartlief 1994

T. Hartlief, *Ontbinding*, diss. Groningen 1994

Van der Heijden 2001

E.M. van der Heijden, Punitive damages en de calculerende schadeveroorzaker, *NJB* 2001, p. 1749-1756

Hijma 1997

Jac. Hijma, Van der Tuuk Adriani/Batelaan, *AAe* 1997, p. 102-108

Jaffey 2000

Peter Jaffey, *The Nature and Scope of Restitution*, Oxford 2000

Kamperman Sanders 1997

Anselm Kamperman Sanders, *Unfair Competition Law – the Protection of Intellectual and Industrial Creativity*, Oxford 1997

Kades 1999

Eric Kades, Windfalls, 108 *Yale L.J.* (1999), 1489-1568

Van Koppen 1998

F.P. van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering*,
diss. Tilburg 1998

Langemeijer 1969

G.E. Langemeijer, Prognostica over ongerechtvaardigde verrijking, in:
Op de grenzen van komend recht (Beekhuis-bundel), Deventer 1969,
p. 155-164

LCR 247

Law Commission Report no. 247, *Aggravated, Exemplary and
Restitutionary Damages*, London 1997

Linssen 2001

J.G.A. Linssen, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking*,
diss. Tilburg 2001

Linssen 2002

J.G.A. Linssen, Ongerechtvaardigde verrijking, *WPNR* 6472 (2002), p.
64-70

Van Maanen 2001

G.E. van Maanen, *Ongerechtvaardigde verrijking* (Ars Aequi Cahiers
Privaatrecht 11) Nijmegen 2001

Van Maanen 2001a

G.E. van Maanen, Reactie, *WPNR* 6446 (2001), p. 490-491

Neleman 1994

P. Neleman, Thieves' paradise revisited, in: *CJHB* (Brunner-bundel),
Deventer 1994, p. 293-303

Nieskens-Isphording 1991

B.W.M. Nieskens-Isphording, *Het fait accompli in het
vermogensrecht*, diss. Tilburg 1991

Nieskens-Isphording 1998

B.W.M. Nieskens-Isphording, Een analyse van zes jaar ongerechtvaar-
digde verrijking, *RM Themis* 1998, p. 98-109

Van Oven 1961

J.C. van Oven, De verbintenis uit baATTRekking, *WPNR* 4672-4674 (1961)

Owen 1995

David G. Owen (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford 1995

Parl. Gesch. Boek 6

C.J. van Zeven e.a., *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, boek 6 algemeen gedeelte van het verbintennisrecht*, Deventer 1981; voortgezet in W.H.M. Reehuis, E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, invoering boeken 3, 5 en 6: boek 6 algemeen gedeelte van het verbintennisrecht*, Deventer 1990

Du Perron 1999

C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, diss. UvA 1999

Prechal 1995

A. Prechal, *Directives in European Community Law*, diss. Amsterdam (UvA), Oxford 1995

Rendleman 1999

Doug Rendleman, Common Law Restitution in the Mississippi Tobacco Settlement: Did the Smoke Get in Their Eyes?, 33 *Georgia L Rev* (1999), 935 e.v.

Rotherham 1998

Craig Rotherham, Unjust Enrichment and the Autonomy of Law: Private Law as Public Morality, 61 *MLR* (1998), 580-588

Salomons 2001

A.F. Salomons, Verrijking, billijkheid en verdelende rechtvaardigheid, *WPNR* 6467 (2001), p. 993-995

Scheltema 1997

M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, diss. Leiden 1997

Scheltema 1998

M.W. Scheltema, Dubbele verkoop en ongerechtvaardigde verrijking, *NTBR* 1998, p. 26-29

Schlechtriem 2000

Peter Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa - Band I*, Tübingen 2000

Schlechtriem 2001

Peter Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa - Band II*, Tübingen 2001

Schlechtriem c.s. 2001

Peter Schlechtriem, Christoph Coen, Rainer Hornung, Restitution and Unjust Enrichment in Europe, 2&3 *Eur. Rev. of Priv. L* (2001) 377-415

Schoordijk 1977

H.C.F. Schoordijk, *Ongegronde vermogensvermeerdering* (Bregstein lezing), Zwolle 1977

Schoordijk 1979

H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw B.W.*, Zwolle 1979

Schoordijk 1986

H.C.F. Schoordijk, *Nogmaals: ongegronde vermogensvermeerdering* (Bregstein lezing), Zwolle 1986

Schoordijk 1987

H.C.F. Schoordijk, *De verbintenis uit en de verplichting tot altruïsme* (Mededelingen der K.N.A.W., Afd. Letterkunde, nieuwe reeks, deel 50 – no. 8), Amsterdam 1987

Schoordijk 1988

H.C.F. Schoordijk, *Zaakwaarneming* (Rede ter gelegenheid van de opening van de Universiteit van Aruba), Deventer 1988

Schoordijk 1996a

H.C.F. Schoordijk, Indirecte verrijking, vertegenwoordiging, onrechtmatige daad en Pauliana, *WPNR* 6247 (1996), p. 861-866

Schoordijk 1996b

H.C.F. Schoordijk, Een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking wegens het profiteren door apotheker van intrekking vergunning apothekhoudend arts, *NTBR* 1996, p. 247-253

Schoordijk 1997

H.C.F. Schoordijk, Ongerechtvaardigde verrijking in een drie-partijen-verhouding, *NJB* 1997, p. 1749-1754

Schoordijk 1999

H.C.F. Schoordijk, *Onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking bij zogenaamde driehoeksverhoudingen*, Zwolle 1999

Schrage 1993

E.J.H. Schrage, Ongerechtvaardigde verrijking en restitutie, *WPNR* 6118 (1993), p. 982-988

Schrage 1998

E.J.H. Schrage, *Verbintenissen uit andere bron dan onrechtmatige daad of overeenkomst*, Mon. Nieuw BW B-53, Deventer 1998

Schrage 1998a

E. J.H. Schrage, De subsidiariteit van de algemene verrijkingensactie, in: *Vorm en norm* (bundel Moltmaker), Deventer 1998, p. 245-257

Sherwin 2001

Emily Sherwin, Restitution and Equity: An Analysis of the Principle of Unjust Enrichment, *79 Texas L. Rev.* (2001), 2083-2113

Smith 2001a

Stephen A. Smith, Justifying the Law of Unjust Enrichment, *79 Texas L. Rev.* (2001), 2177-2197

Smith 2001b

Lionel Smith, Restitution: The Heart of Corrective Justice, *79 Texas L. Rev.* (2001), 2115-2175

Smits 1995

J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, diss. Leiden 1995

Snijders 2001

W. Snijders, *Ongerechtvaardigde verrijking en het betalingsverkeer*, Studiekring Offerhaus-lezing, nieuwe reeks nr. 7, Deventer 2001

Spier 1992

J. Spier, *Schadevergoeding: algemeen, deel 3*, Mon. Nieuw BW B36, Deventer 1992

Verstijlen 2001

F.M.J. Verstijlen, De erfenis van Ontvanger Hamm q.q., *WPNR* 6463 (2001), p. 927-939

Vieira Gomes 2001

Julio Manuel Vieira Gomes, Unjust Enrichment: a Few Comparative Remarks, 2&3 *Eur. Rev. of Priv. L.* (2001) 449-473

Virgo 1999

Graham Virgo, *The Principles of the Law of Restitution*, Oxford 1999

Vranken 1998

J.B.M. Vranken, De strijd om het nieuwe verrijgingsrecht, *NJB* 1998, p. 1495-1503

Vriesendorp 2000

R.D. Vriesendorp, Ongerechtvaardigde verrijking (hoofdstuk 13), in: J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de Wet en Schadevergoeding*, 2e druk Deventer 2000

Weinrib 1995

Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Cambridge 1995

Winfield/Jolowicz

W.V.H. Rogers, *Winfield & Jolowicz on Tort*, 15e druk Londen 1998

Wissink 2001

M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, diss. Leiden 2001

Wonnell 1996

Christopher T. Wonnell, Replacing the Unitary Principle of Unjust Enrichment, 45 *Emory L.J.* (1996), 153-220

Wonnell 1999

Christopher T. Wonnell, Unjust Enrichment and Quasi-Contracts, in: *Encyclopedia of Law & Economics*, § 3900

Zimmermann 1990

Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990, repr. Oxford 1996

Zimmermann 1995

Reinhard Zimmermann, Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach, 15 *OJLS* (1995), 403-429

Zwalve 1995

W.J. Zwalve, Zaakwaarneming en ongerechtvaardigde verrijking. Enige historische en rechtsvergelijkende opmerkingen, *NTBR* 1995, p. 157-163

Zwalve 1995a

W.J. Zwalve, Art. 3:105, lid 1 BW. Niet alléén een kwestie van termijnen, *WPNR* 6202 (1995), p. 773-774

Zwalve 1996

W.J. Zwalve, Naschrift, *WPNR* 6231 (1996), p. 520

Zwalve 2000

W.J. Zwalve, *C.Æ. Uniken Venema's Common Law & Civil Law*, Deventer 2000

Zweigert/Kötz 1998

K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, 3e druk Oxford 1998

Verrijkingsafdracht en aansprakelijkheid

W.H. van Boom

Universitair hoofddocent Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht, Katholieke
Universiteit Brabant te Tilburg (met ingang van september 2002 draagt de
universiteit de naam *Universiteit van Tilburg*).

Inhoudsopgave

1. Een lange inleiding	73
2. Van schadevergoeding naar verrijksafdracht	76
2.1. Twee moeilijk te verenigen beginselen	76
2.2. Hoe groen is het gras elders?	86
2.3. Tussen verdeling en vergelding	88
2.4. Verrijksafdracht een straf	92
2.5. Conclusie	94
3. Verrijksafdracht als passende remedie	95
3.1. Goederenbescherming en verrijking	95
3.2. Verrijking door het ontlopen van een contract	101
3.3. Verrijksafdracht als antwoord op normschending	105
3.4. Conclusie	112
4. Ongerechtvaardigd verarmd of onrechtmatig verrijkt?	113
4.1. Onrechtmatig en ongerechtvaardigd	113
4.2. Verarming en verrijking: kosten en baten	118
5. Meer aansprakelijkheid in het verrijksrecht	122
5.1. How can you help it?	122
5.2. Rekening houden met kenbare belangen	123
5.3. Verrijksrecht en ontbrekende feiten	129
6. Verrijksrecht als alternatief voor aansprakelijkheid	131
6.1. To boldly go where no man has gone before	131
6.2. Een efficiëntere wijze van kostenallocatie	132
6.3. Als basis voor opofferingsaansprakelijkheid	137
6.4. Nemen en geven: privaatrechtelijke nadeelcompensatie	140
7. Afsluitende opmerkingen	144

1. Een lange inleiding*

In dit preadvies staat de relatie tussen onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking centraal. Daarmee doel ik kort gezegd op de relatie tussen art. 6:162 en 6:212 BW. Reeds bij eerste lezing blijken deze bepalingen iets gemeen te hebben: een hoge mate van abstractie en algemeenheid.¹ Bij nadere bestudering treden nog veel meer raakvlakken aan het licht. Daarover gaat dit preadvies.

Het onrechtmatigedaadsrecht heeft in meer dan één opzicht een voorgrond op het verrijgingsrecht. Dankzij de rechtspraak met betrekking tot de abstracte norm van art. 162 is door de jaren heen een redelijk beeld ontstaan van wat aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad inhoudt. Die rechtspraak ontbreekt goeddeels waar het de ongerechtvaardigdheid uit art. 212 betreft. Bovendien is het aansprakelijkheidsrecht in hoge mate ‘werkbaar’, doordat het goeddeels is geoperationaliseerd in gedragsnormen die gericht zijn op het voorkomen van schadelijke gebeurtenissen. Met het oog op voorkoming van die schadegebeurtenis moet zus of zo worden gehandeld. Het verrijgingsrecht kan in dat opzicht leren van het aansprakelijkheidsrecht. Het ontbreekt het verrijgingsrecht momenteel sterk aan werkbaarheid, en die werkbaarheid kan naar mijn mening worden vergroot door meer in de vorm van gedragsnormen te formuleren die gericht zijn op het benadelingsaspect. Wellicht ontstaat dan in bepaalde gevallen ook beter zicht op de werkelijke grond voor een verrijgingsaanspraak in concreto.

Het aansprakelijkheidsrecht heeft dus zijn gedragsnorm voor verrijgingsgebeurtenissen al klaar: ‘gij zult een ander niet zonder rechtvaardiging verarmen’. In het verrijgingsrecht is wat dat betreft steeds nog een vertaalslag nodig van de verrijking naar de verarming. Want waarom zouden wij ons bezighouden met de vraag of iemand moet voorkomen dat hij verrijkt wordt? Als er niemand inlevert – hetzij in de vorm van concrete vermogensschade, hetzij op andere wijze – is verrijking onverdacht. Het is daarom van belang om in verrijgingsgevallen aandacht te besteden aan de vraag wie er ‘slechter wordt’ van de verrijgingsgebeurtenis. En dat vergt vervolgens ook aandacht voor de vraag wat dat ‘slechter worden’ precies inhoudt.

* Met dank aan J.M. Barendrecht, J.L.M. Gribnau, M.W. de Hoon, M.J. van Laarhoven en J.B.M. Vranken, voor meedenken en kritisch commentaar op een eerdere versie, en aan Rianne van Kessel voor onderzoeksassistentie.

1 Langemeijer 1969, p. 156.

Bij onrechtmatige benadeling levert er altijd iemand in. Dat speelt heel sterk bij wat Engelsen de ‘economic torts’ noemen: de onrechtmatige daden waarbij de daders zich ten koste van een ander trachten te verrijken zonder letsel of zaakschade toe te brengen.² Vanuit het onrechtmatiggedaadsrecht gezien wordt die verrijking daad primair benaderd vanuit zijn nadelige gevolgen voor de benadeelde; centraal staat de vraag of de aansprakelijk gestelde persoon met het oog op de (vermogens)belangen van de benadeelde anders had moeten handelen dan hij heeft gedaan³, en – daar waar het om ‘economische fouten’ gaat – of hij zich de belangen van de benadeelde voldoende heeft aangetrokken.⁴

Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de aansprakelijkheid van bestuurders jegens crediteuren van de rechtspersoon, die verplichtingen namens de rechtspersoon aangingen terwijl zij wisten of behoorden te weten dat deze niet tot nakoming daarvan in staat zouden zijn.⁵ Of waar het gaat om de opzettelijke benadeling, kan men denken aan het uitlokken van wanprestatie en aan onrechtmatige mededinging.⁶ Overeenkomsten die zijn gesloten met de strekking een ander te benadelen, kunnen onrechtmatig jegens de benadeelde zijn.⁷ Vanuit het aansprakelijkheidsrecht beschouwd kan meer algemeen worden gesteld dat het opzettelijk verarmen van een ander veelal onrechtmatig wordt geacht indien dit opzettelijk en zonder *rechtvaardiging* geschiedt.⁸

- 2 Het betreft de zogenaamde ‘intentional torts’ (fraud, conspiracy, deceit, passing off, inducing breach of contract, malicious falsehood, unlawful interference with trade). Zie Zweigert/Kötz 1998, p. 607 en H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, Oxford 2001.
- 3 HR 30 september 1994, *NJ* 1996, 196 m.nt. CJHB (*Staat/Sbell*).
- 4 Vergelijk Asser-Hartkamp III, nrs. 48 e.v.
- 5 Zie de verwijzingen bij losbl. Onrechtmatige Daad, art. 172, aant. 23. Vergelijk ook de figuur van aansprakelijkheid voor het wekken van de schijn van kredietwaardigheid (daarover bijvoorbeeld Van Koppen 1998, p. 24 e.v.).
- 6 Zie bijvoorbeeld HR 22 december 1995, *NJ* 1997, 118 (inbreuk op vaste boekenprijs), voor andere gevallen Du Perron 1999, p. 112-113 en losbl. Onrechtmatige daad, II.3, aant. 121 e.v., alsook hierna nt. 228.
- 7 Zie de rechtspraak hierna genoemd in nt. 228 en 231. Vergelijk Schoordijk 1999, p. 147, Du Perron 1999, p. 107, P. Cane, *Tort Law and Economic Interests*, 2e druk Oxford 1996, p. 121-122 en Dobbs 1980, p. 345, alsook losbl. Onrechtmatige daad, II.3, aant. 80 e.v.
- 8 Zie bijvoorbeeld HR 24 januari 1930, *NJ* 1930, p. 299 (toebrengen van zaakschade niet onrechtmatig jegens schadeverzekeraar, tenzij met het oogmerk deze te benadelen).

Sinds *Lindenbaum/Cohen* schrikken wij niet terug voor dergelijke casus; het is maatschappelijk onbetamelijk en het verplicht tot schadevergoeding.⁹ Dat laatste is kenmerkend voor onze denktrant over aansprakelijkheid: wij stellen – bewust of onbewust – schadevergoeding en dus de schadelijkheid van een gedraging centraal, en die denkwijze hebben wij overgenomen voor wat betreft het verrijktingsrecht.¹⁰ Maar dat is naar mijn overtuiging lang niet altijd de juiste benadering. Soms is rechtvaardiger dat aan de benadeelde ook dan een recht op ‘vergoeding’ toekomt als hij geen aantoonbaar concrete vermogensschade heeft geleden, maar er wel verrijking is opgetreden aan de zijde van de aansprakelijke, of als de verrijking groter is dan de verarming (in dat geval spreek ik van ‘verarmingsoverstijgende verrijking’). Naar geldend recht lijkt een verrijktingsafdracht die de geleden schade overstijgt evenwel ontoelaatbaar, zowel in het onrechtmatigedaadsrecht als in het verrijktingsrecht. Dat is dus een belangrijk dwarsverband tussen verrijktingsrecht en aansprakelijkheidsrecht. De vraag of ongedaanmaking van de verarming dan wel afdracht van de genoten verrijking voorrang toekomt, levert daarom een weerkerend thema op in dit preadvies. Het staat centraal in de hoofdstukken 2 en 3.

In de daaropvolgende hoofdstukken komt een aantal andere raakvlakken aan de orde, die niet zozeer betrekking hebben op de ‘output’ van verrijktingsacties en delictuele acties, maar meer op de ‘input’. Een geslaagd beroep op deze acties vergt namelijk ‘ongerechtvaardigdheid’ respectievelijk ‘onrechtmatigheid’ en in hoofdstuk 4 onderzoek ik of er wat dat betreft dwarsverbanden bloot te leggen zijn. In hoofdstuk 5 komt kort gezegd de vraag aan de orde of het verrijktingsrecht inhoudelijk gezien soms niet wat meer in de richting van het onrechtmatigedaadsrecht moet ‘opschuiven’, terwijl in hoofdstuk 6 de omgekeerde vraag wordt gesteld. Moet het verrijktingsrecht niet sterker worden geformuleerd in de vorm van betamelijkheidsnormen, zodat burgers zich naar de regels van het verrijkingsspel kunnen gedragen? En kan het onrechtmatigedaadsrecht niet beter bepaalde deelgebieden afstoten ten gunste van het verrijktingsrecht (en vice versa)?

Raakvlakken en dwarsverbanden, daar gaat het mij hier om. Benadrukt zij dus dat ik niet heb getracht om een overkoepelende verklaring of allesomvattend fundament voor verrijktingsacties te creëren. Ik beweer

9 HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, 161 m.nt. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*).

10 Linssen 2001 heeft terecht aandacht gevraagd voor, en vraagtekens gezet bij die pre-occupatie.

ook niet dat het (gehele) verrijgingsrecht in termen van onrechtmatige daad kan worden geherformuleerd. Want ongerechtvaardigde verrijking en onrechtmatige daad hebben weliswaar raakvlakken en dwarsverbanden, maar ze zijn niet uitwisselbaar of te vereenzelvigen. De grote waarheid heb ik gezocht noch gevonden.

Voor het gebruik van bronnen geldt een ‘exoneratieclausule’. Ongetwijfeld is het nodige over het hoofd gezien. De hoeveelheid bronnenmateriaal is namelijk overweldigend, zeker als men buitenlandse literatuur en rechtspraak meerekent.¹¹ Tot slot nog een kleine legenda. Waar wordt gesproken van verrijgingsrecht, wordt bedoeld – tenzij anders vermeld – op de actie uit art. 6:212 BW, en met het aansprakelijkheidsrecht op de actie uit art. 6:162 BW.¹² Waar ik spreek van verrijgingsafdracht, heb ik nu eens het oog op art. 212 en dan weer op art. 6:104 BW; niet om de lezer te verwarren maar om de vervlechting van deze bepalingen te benadrukken. En zoals gezegd duidt de term ‘verarmingsverstijgende verrijking’ (met excuses voor het ‘germanistisch’ lange woord) op het probleem dat ontstaat wanneer verrijking en verarming niet congruent zijn en de eerste groter is dan de tweede.

2. Van schadevergoeding naar verrijgingsafdracht

2.1. *Twee moeilijk te verenigen beginselen*

Bij de toepassing van zowel art. 162 als van art. 212 geldt dat hun gerichtheid op *restitutio in integrum*, herstel in de oude ‘hele’ toestand, moeilijk te verenigen kan blijken met de afdracht van de genoten verrijking. Want enerzijds moet de benadeelde zoveel mogelijk in de positie worden gebracht waarin hij vóór de verrijgingsgebeurtenis verkeerde, terwijl anderzijds de verrijkte niet behoort te profiteren van zijn daad. Dat laatste gezichtspunt noopt tot afdracht van verrijkingen of bespaarde uitgaven, maar als het aldus berekende bedrag groter is dan de concreet geleden schade, leidt afdracht aan de benadeelde tot *diens* verrij-

11 Bij het raadplegen van buitenlandse bronnen kreeg het begrip ‘uitputtende rechtsvergelijking’ al snel nieuwe betekenis. Halverwege heb ik mij daarom bekeerd tot de school van de eclecticische comparatisten.

12 Ik bemerkte bij veel schrijvers de neiging om ‘actie’ gelijk te stellen met ‘beginsel’; zie over dat fenomeen bijvoorbeeld Schoordijk 1977, p. 13. Hopelijk heb ik ze uit elkaar weten te houden.

king.¹³ Is dat toelaatbaar? Zowel art. 104 als art. 212 lijken voor die gevallen kamp te hebben gekozen: de verrijkte mag behouden hetgeen uitstijgt boven de concrete schade van de verarmde. Er kunnen naar mijn mening in bepaalde gevallen echter goede gronden zijn om ook afdracht van verarmingsoverstijgende verrijking toe te staan.

De benadeelde mag niet meer dan zijn schade vergoed krijgen

Het verhaal begint echter met de twee zijden van de genoemde ‘restitutie’-medaille. De ene kant van de medaille lijkt in het schadevergoedingsrecht een heilig huis te zijn: de benadeelde mag niet beter worden van zijn recht op schadevergoeding.¹⁴ De vergoeding moet daarom de geleden schade dekken; niet minder, maar zeker niet meer.¹⁵ Een illustratie van dit uitgangspunt in het schadevergoedingsrecht biedt het recente arrest inzake de *Rosa Evelien en Rosa Porcelina*, waar de houder van een kwekersrecht een redelijke licentievergoeding vorderde van de kweker die inbreuk had gemaakt op het kwekersrecht.¹⁶ De inbreuk had per saldo echter noch tot schade noch tot verrijking geleid; de houder kwam daarom geen schadevergoeding toe.

De houder van het kwekersrecht stelde dat de inbreukmaker zonder licentie 8000 stuks Rosa Evelien en 12 000 stuks Rosa Porcelina had vermeerderd en dat de geleden schade moest worden gesteld op een gebruikelijke licentievergoeding van f 1,50 per stuk. De inbreukmaker verweerde zich met de feitelijk juiste stelling dat, voorzover al sprake mocht zijn van een onrechtmatige daad, de rozenstruiken alle waren vernietigd en niet in het verkeer gebracht, en dat hij op geen enkele wijze voordeel had genoten van het vermeerderen van de rozen.

De houder van het kwekersrecht wordt in drie instanties in het ongelijk gesteld. De Hoge Raad beslist ‘dat voor de bepaling van de omvang van de schadevergoeding ter zake van een onrechtmatige daad als de onderhavige

13 Deurvorst 1994, p. 139.

14 Zie voor een recente toepassing HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 690 m.nt. ARB (*Gemeente Dordrecht/Stokvast BV*). Voor literatuurverwijzingen zie losbl. Schadevergoeding, art. 100, aant. 3. Vergelijk Zimmermann 1995, p. 413; Virgo 1999, p. 451.

15 Dat de benadeelde niet beter behoort te worden van het (aansprakelijkheids)recht komen we op een aantal plaatsen tegen. Niet alleen volgt het uit het uitgangspunt van concrete schadeberekening, maar het blijkt ook uit gevestigde instituten als voordeeltorekening, subrogatie, ‘oud voor nieuw’ en – in het schadeverzekeringsrecht – het indemniteitsbeginsel. Vergelijk Linssen 2001, p. 312.

16 HR 18 januari 2002, C00/076HR, *JOL* 2002, 25.

uitgegaan moet worden van een vergelijking van de situatie waarin de benadeelde als gevolg van de onrechtmatige daad verkeert, met de situatie waarin hij zonder de onrechtmatige daad zou hebben verkeerd'. Het hof heeft, aldus de Hoge Raad, tot uitdrukking willen brengen 'dat door de vernietiging van de rozen voor de houder van het recht eenzelfde situatie is ontstaan als wanneer de inbreukmakende handeling niet zou hebben plaatsgevonden, zodat zij door de inbreuk op haar kwekersrecht geen concrete schade heeft geleden'. Om die reden komt de houder geen schadevergoeding toe.

Het cassatiemiddel probeert vervolgens nog de stelling ingang te doen vinden dat ook het vermeerderen als zodanig reeds een inbreuk op het kwekersrecht is en dat de houder reeds daarvoor de gebruikelijke licentievergoeding zou hebben verkregen, maar volgens de Hoge Raad 'ziet het eraan voorbij dat naar het kennelijke en niet onbegrijpelijke oordeel van het Hof een licentie mede de bevoegdheid zou hebben omvat de in licentie vervaardigde producten in het verkeer te brengen, en dat dit laatste in het onderhavige geval door de vernietiging van de rozen niet is geschied'.

Die laatste redenering sluit naar mijn gevoel niet helemaal, want het feit dat iemand geen gebruik maakt van een verleende bevoegdheid betekent toch ook niet dat hij de betaalde vergoeding kan terugvorderen? Dat is, zo lijkt mij, slechts anders indien (en voorzover) gebruikelijk is dat een licentie wordt berekend naar rato van het aantal in het verkeer gebrachte rozen. Ik denk dat men beter de nadruk kan leggen op de aard van het kwekersrecht. Schadevergoeding past niet omdat het exclusieve karakter van het kwekersrecht beoogt te beschermen tegen zelfverrijking door ongeoorloofde exploitatie en dus tegen in het verkeer brengen van de rozen. Als die situatie zich niet voordoet doordat de exploitatie effectief wordt voorkomen, heeft de inbreuk noch tot verrijking noch tot verarming geleid en beantwoordt een redelijke vergoeding niet aan de overtreden norm.¹⁷

Ik kom hierna op die benadering terug. Denkbaar is overigens dat bij andere 'rechten' een andere benadering past. Zou schadevergoeding (bijvoorbeeld smartengeld) ook worden ontzegd als het ging om de vernietiging van een niet-uitgebrachte oplage van een boulevardblad waarin een bekende Nederlander ten onrechte van – laten we zeggen – ernstige oorlogsmisdaden wordt beticht? Dat lijkt me gegeven de aard van het geschonden belang anders te liggen (al was het maar omdat de vernietiging van een beledigend

17 Ik zou hierbij wel uitdrukkelijk een voorbehoud willen maken: als een gebruikelijk component van een licentievergoeding betrekking heeft op het enkele recht om te vermeerderen (dus een forfaitair bedrag naast een stuksvergoeding), dan zou die vergoeding wel moeten worden betaald.

bericht in tegenstelling tot vernietigde rozen nog wel eens ‘een eigen leven’ kan gaan leiden).

De regel is dus dat als in het geheel geen schade is geleden, schadevergoeding is uitgesloten. En in dat geval is verrijkingsafdracht ook niet mogelijk, althans niet op grond van art. 104. Dit volgde al uit het arrest *Waeyen-Scheers vs. Naus*, waarin de Hoge Raad bepaalde dat het de rechter – aan wie bij de toepassing van art. 6:104 BW in beginsel discretionaire bevoegdheid toekomt¹⁸ – niet is toegestaan om ex art. 104 tot verrijkingsafdracht te bevelen als *vaststaat* dat de onrechtmatige daad in het geheel *geen* schade heeft veroorzaakt.¹⁹ In *Waeyen-Scheers vs. Naus* betrof het de vraag of overtreding van een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst, waardoor winst was genoten door de werknemer zonder dat de werkgever schade had geleden, toch tot verrijkingsafdracht ex art. 6:104 BW kon leiden. De Hoge Raad besliste ontkennend:

‘Art. 6:104 geeft niet aan degene jegens wie onrechtmatig is gehandeld of wanprestatie is gepleegd, een “vordering tot winstafdracht”, doch verleent aan de rechter een discretionaire bevoegdheid om, ingeval schadevergoeding is gevorderd de schade te begroten op het bedrag van de door dit handelen of die wanprestatie genoten winst of op een gedeelte daarvan. Het artikel vormt blijkens zijn plaatsing, zijn bewoordingen en zijn parlementaire geschiedenis een uitwerking voor een bijzonder geval van de algemene regel van art. 6:97. De in het artikel bedoelde wijze van begroting komt neer op een vorm van abstracte schadeberekening, waarbij wordt geabstraheerd van de vraag of concreet nadeel is komen vast te staan, zodat zodanig nadeel bij onzekerheid niet door de eiser behoeft te worden aangetoond. Dit neemt echter niet weg dat, zo de rechter vaststelt dat in het gegeven geval in het geheel geen schade is geleden, daarmee de weg naar toepassing van art. 6:104 is afgesneden. In een en ander ligt tevens besloten dat de rechter niet tot toepassing van art. 6:104 kan overgaan, indien de aangesprokene bewijst dat door de gedragingen waarvoor hij aansprakelijk gesteld wordt, geen schade ontstaan kan zijn.’

18 Parl. Gesch. Boek 6, p. 1267; vergelijk Spier 1992, nr. 33.

19 Voor het wijzen van dit arrest kon – met referte aan een passage in de parlementaire geschiedenis – nog worden verdedigd dat art. 104 slechts om technische redenen in afd. 6.1.10 was geplaatst (Schoordijk 1986, p. 16; Spier 1992, nrs. 28, 35, 36), zodat bijvoorbeeld vermindering van de verrijkingsafdracht wegens eigen schuld kon plaatsvinden. Over de discussie tot het wijzen van dit arrest bijvoorbeeld Deurvorst 1994, p. 180 e.v.

Niet geheel zeker is of het arrest de rechter toestaat om een verrijkingsafdracht te bevelen indien de concreet geleden schade *kleiner* is dan de concreet genoten verrijking.²⁰ Voor wat betreft de verrijkingsafdracht van art. 212 lijkt dit een uitgemaakte zaak; daar geldt immers het plafond van de verarming. Niet onwaarschijnlijk is dat dan hetzelfde geldt voor de toepassing van art. 104, want afdracht van verrijking die de geleden schade overstijgt, staat op gespannen voet met het beginsel dat de benadeelde niet beter behoort te worden van zijn schadevergoeding.²¹ De verrijkingsafdracht zou dan namelijk leiden tot een ongerechtvaardigde verrijking van de benadeelde.²²

Bij het voorgaande passen naar mijn gevoel twee kanttekeningen. Allereerst moet worden beseft dat ‘schade’ een rekbaar begrip is. De rechtspraak heeft in toenemende mate van die rekbaarheid gebruik gemaakt om op bepaalde terreinen toe te staan dat waar geen concrete vermogensachteruitgang kan worden aangewezen, toch van schade kan worden gesproken. Ik denk in dit verband aan de vrijheid die de rechter bij de schadeberekening en -begroting toekomt om van bepaalde omstandigheden – zoals de aanwezigheid van concrete vermogensvermindering – te abstraheren.²³ Ook een bepaling als art. 6:119 BW past in dit beeld. Ik denk dat deze ontwikkeling het mogelijk maakt om een verrijkingsafdracht ook toe te staan waar de concrete vermogensachteruitgang minder groot is of – sterker – in het geheel afwezig is.²⁴

Sommige schrijvers zijn hier zonder meer op tegen, bijvoorbeeld omdat schadevergoeding zonder schade een dogmatische woordvervuiling is en dat indien men bereid is om een verrijkingsafdracht toe te staan ook als geen sprake is van verarming, het beestje bij de naam moet worden genoemd: een voordeelsafgifte zonder verarmings- of schade-eis.²⁵ De rechtspraak zou niet toestaan om van ‘schade’ te spreken als er niet enige vorm van vermo-

20 Bevestigend Linssen 2001, p. 377 e.v. Ontkennend Van der Heijden 2001, p. 1751.

21 Edelman 2001, p. 1869 e.v.

22 Linssen 2001, p. 308 e.v.

23 Zie HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564 m.nt. ARB (*Gemeente Losser/De Vries en Kruidhof*), waarin in essentie mogelijk werd geoordeeld dat voor de berekening van inkomensverlies werd geabstraheerd van de omstandigheid dat inkomen was verloren. Ook kan nog gewezen worden op het geval waarin objectieve herstelkosten toewijsbaar werden geacht ook indien deze de waardevermindering royaal overstegen (HR 1 juli 1993, *NJ* 1995, 43 m.nt. CJHB; *Den Haag/Van Schravendijk*).

24 Vergelijk Snijders 2002, p. 17, met verwijzing naar Bregstein 1927, p. 216.

25 Linssen 2001, p. 329: ‘een onaanvaardbare abstrahering van de feiten’.

gensnadeel is.²⁶ Ik heb daar mijn twijfels over. Verlies van vrije tijd, beschadiging van ongebruikte zaken, kosten van het voorhanden houden van reservemateriaal, inzetten van eigen personeel, het kan allemaal schade zijn.²⁷ Is het dan werkelijk een te grote sprong om te erkennen dat niet-concreet geleden schade soms toch ook ‘schade’ is, die in bepaalde gevallen op de genoten verrijking wordt begroot?²⁸

En een tweede kanttekening is deze. Als in een concreet geval vaststaat dat de geleden schade kleiner is dan de genoten verrijking, en een verrijkingsafdracht er dus toe zou leiden dat de benadeelde *per saldo* in een aanmerkelijk betere positie komt te verkeren dan vóór de onrechtmatige daad: gaat het dan in wezen niet om de keuze uit twee kwaden? Ofwel de benadeelde ontvangt meer dan hij concreet aan schade heeft geleden, ofwel de verrijkte mag zijn onrechtmatig verkregen verrijking (deels) behouden. Wat is verkieslijker? Ik denk dat een genuanceerd antwoord, dat mede afhankelijk is van de omstandigheden, zou passen.²⁹ Het lijkt er echter op dat de Hoge Raad met *Waeyen-Scheers vs. Naus* een andere keuze heeft gemaakt en als ‘hard and fast rule’ voorrang heeft gegeven aan het tweede kwaad.

Naar mijn mening zou de vraag moeten zijn of verrijkingsafdracht – om het even of het die van art. 104, dan wel die van art. 212 betreft – als remedie ‘past’ op de feiten van de zaak. Als een registeraccountant jegens zijn werkgever (een topkantoor dat alleen aan grote bedrijven diensten verleent) wanpresteert door ’s avonds de boekhouding van de

26 Linssen 2001, p. 331, met verwijzing naar HR 10 juni 1988, *NJ* 1988, 567 (*ENCI/Lindelauf*). Vergelijk tegenover dat arrest echter HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 286 (*Maassluis/bewoners*). Ik denk dat er geen fundamentele regel is die stelt dat abstraheren *nooit* mag als geen schade is geleden. Is HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564 (*Gemeente Losser/ De Vries en Kruidhof*) daar niet het bewijs van?

27 Zie HR HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564 (*Gemeente Losser/De Vries en Kruidhof*), HR 20 september 1985, *NJ* 1986, 211 (*Meerstoel*), 31 maart 1950, *NJ* 1950, 592 (*RTM locomotief*), resp. HR 16 juni 1961, *NJ* 1961, 444 (*telefoonkabel*). Vergelijk het pleidooi van Bregstein 1927, p. 216-217 ten aanzien van de inzet van arbeidsvermogen. Haaks op deze rechtspraak staat evenwel HR 11 april 1986, *NJ* 1986, 622 (*Baartman/Huijbers*).

28 Schoordijk 1986, p. 13 e.v. wijst er mijns inziens terecht op dat verarming ook een ‘abstract begrip schade’ kan betreffen; zo ook in wezen naar mijn mening Linssen 2001, p. 543, nt. 31. Vergelijk reeds A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, diss. Utrecht 1965, p. 84-87, p. 99-100. Kritisch over abstractie Deurvorst 1994, p. 136 e.v.

29 Vergelijk Schoordijk 1988, p. 26-28. Zeer stellig zijn Goff en Jones 1998, p. 786: verrijkingsafdracht moet altijd kunnen.

plaatselijke middenstand erbij te doen, dan is verrijksafdracht geen passende maatregel. Dat zit niet zozeer in de vaststelling dat door de overtreding geen schade is geleden (middenstanders brengen hun administratie in de regel niet onder bij topkantoren, dus van enige concurrentie is geen sprake), maar in de *ratio* van het concurrentiebeding. Als de ratio daarvan is het beschermen van de winstverwachtingen van de werkgever tegen uitholling van binnenuit, dan is de relativiteitseis aan de orde: de (contractuele) norm die is geschonden beoogt niet te beschermen tegen de verrijking zoals hier genoten.³⁰ Niet elke verrijking die in *conditio sine qua non*-verband staat met de overtreding, komt voor afdracht in aanmerking, maar in beginsel alleen die welke de overtreden norm trachtte te voorkomen. Dat vergt uiteraard de uitleg van de betreffende (contractuele of delictuele) norm, maar die vaardigheid eist het relativiteitsvereiste al sinds 1928.

Als een baliemedewerker verplicht is om op werkdagen zijn arbeidskracht in dienst van zijn werkgever te stellen en hij in strijd daarmee tijdens een ‘werkluw’ moment met een radiospelletje meedoet en € 500 en een mooie vakantie opstrijkt, dient hij deze dan – aangenomen dat hem wanprestatie kan worden verweten – af te staan aan zijn werkgever? Ik denk het niet: de norm dat de werknemer zich moet inspannen voor zijn werkgever is weliswaar overtreden en zal mogelijk ook enige schade hebben veroorzaakt, maar ze is niet geschreven met het oog op voorkoming van verrijking van de eerste maar met het oog op voorkoming van verarming van de laatste.

In dat geval is verrijksafdracht geen passende remedie. Maar de overtreden norm kan van kleur verschieten als de gedraging verandert. Een inkoper mag zich niet door omkoping laten bewegen tot het aangaan van contracten namens de onderneming. De norm die deze corruptie verbiedt beoogt naar ik meen zowel verarming van de onderneming als verrijking van de werknemer tegen te gaan; zij rechtvaardigt wel een verrijksafdracht, ook als deze de concreet geleden schade overstijgt. En ook als vaststaat dat de onderneming geen concreet aantoonbare schade heeft geleden, kan in abstracto toch van schade worden uitgegaan: omkoping betekent vrijwel altijd dat de omgekochte onderneming teveel betaalt of te weinig ontvangt.

In § 3 komt deze invalshoek nog nader aan de orde. Mijn voorlopige stelling hier is dat indien de overtreden norm beoogt te beschermen

30 Zie over de relativiteitseis Asser-Hartkamp III, nr. 96 e.v., met verdere verwijzingen. Vergelijk voor de verrijksafdracht Deurvorst 1994, p. 190 e.v.

tegen de verrijking zoals die is genoten, er alle reden is om tot de maatregel van verrijkingsafdracht over te gaan.³¹ En onder omstandigheden zou dat naar mijn mening er ook toe kunnen leiden dat meer verrijking wordt afgedragen dan in concreto aan (aanwijsbare) schade is geleden. En soms vereist dat een uitgebreider werkterrein voor abstracte schadeberekening en zonodig op ecartering van het schadevereiste.

Degene die ten onrechte is verrijkt, mag zijn verrijking niet behouden
 In het onrechtmatigedaadsrecht is er nog een andere kant van de ‘restitutie’-medaille, die wordt gevormd door het beginsel dat de aansprakelijke niet behoort te profiteren van zijn onrechtmatige gedraging ten koste van de benadeelde. Dit is een breed gedragen beginsel dat men op veel plaatsen in heden en verleden aantreft³², en dat in verband kan worden gebracht met Aristoteles³³ en een axiomatische Digestenplaats.³⁴ Het beginsel is op verschillende plaatsen in ons vermogensrecht te onderkennen. Denk aan de onwaardige deelgenoot die niet mag delen in de verdeling van de gemeenschap, opdat hij niet profiteert van zijn eigen onrechtmatige gedraging³⁵, of aan de octrooi-inbreukmaker die niet de winst mag behouden die hij door de onrechtmatige inbreuk heeft weten te genereren.³⁶

31 Hetgeen bij contractuele concurrentiebedingen mede zal afhangen van de uitleg daarvan.

32 Zie van de modernere rechtsstelsels bijvoorbeeld § 3 Restatement of Restitution (1937), dat bepaalt dat ‘a person is not permitted to profit by his own wrong at the expense of another’. Over het beginsel zie men onder anderen Virgo 1999, p. 480, Jaffey 2000, p. 365-366, Wonnell 1996, p. 153 e.v. Vergelijk ook nog LCR 247, p. 40, Friedmann 1998, p. 152. Voor Duitsland zie bijvoorbeeld de rechtspraak aangehaald bij Schlechtriem 2001, p. 188, de schrijvers bij Linssen 2001, p. 22 e.v. (met name nt. 59 op p. 22) en voor Engeland Linssen 2001, p. 296, nt. 4. Voor ons land zie bijvoorbeeld Spier 1992, nr. 29, Deurvorst 1994, p. 173, losbl. Schadevergoeding, art. 104, aant. 2, en de schrijvers genoemd bij Linssen 2001, p. 296, nt. 2, p. 543, nt. 32, alsook Borgers 2001, p. 41 e.v.

33 Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, V.IV.3-6 (tekstuitgave Loeb Classical Library 73). Zie ook <law.cam.ac.uk/restitution/civi.htm.>

34 D.50.17.206; zie over de uitleg en betekenis o.a. J. Hallebeek, in: E.J.H. Schrage (ed.), *Unjust Enrichment – The Comparative Legal History of the Law of Restitution*, Berlijn 1995, p. 60 e.v. en Zimmermann 1990, p. 852. Opgemerkt zij dat ik de vrijheid neem om in de hoofdtekst ‘onrechtmatig’ in te voegen waar D.50.17.206 spreekt van ‘iniuria’. Vergelijk Van Maanen 2001, p. 21, nt. 40. Men zou het beginsel intussen ook kunnen invullen met een term als ‘sine causa’, en dan komt het accent veeleer op het verrijgingsrecht te liggen. Vergelijk Hartkamp 2001, p. 317.

35 HR 7 december 1990, *NJ* 1991, 593. Vergelijk *Riggs vs. Palmer* 22 N.E. 188 (N.Y. 1889), behandeld bij Wonnell 1996, p. 174, p. 195. Zie ook Jaffey 2000, p. 367.

36 Art. 70 lid 4 ROW. Zie verder losbl. Schadevergoeding, art. 104, aant. 6.

Ook in het algemene burgerlijk recht komt betekenis toe aan het beginsel, zij het dat het ondergeschikt lijkt te zijn gemaakt aan het hiervoor behandelde beginsel dat de benadeelde niet meer kan krijgen dan vergoeding voor geleden schade. Die ondergeschiktheid vloeit als vanzelf voort uit onze focus op aansprakelijkheidsrecht als middel tot het doel van *schadevergoeding*. En die houding hebben we overgenomen voor wat betreft het verrijksrecht.³⁷ Dat is naar mijn mening echter een te beperkte focus, want schadevergoeding is niet het alfa en omega van het verbintenissenrecht. Aan aansprakelijkheid uit art. 162 gaat een rechtsplicht om te doen of na te laten vooraf, en zo is het in veel gevallen ook met art. 212. Als men die zienswijze aanvaardt, dan kan men gemakkelijker aanvaarden dat een verrijksafdracht de in concreto geleden schade overstijgen mag. Niet-naleving van een rechtsplicht kan namelijk ook op andere manieren geredieerd worden dan met schadevergoeding.

Zo kan de rechtsplicht om niet onbetamelijk te handelen worden afgedwongen door verbods- of gebodsactie. Hetzelfde geldt voor de verrijksactie. De rechtsplicht tot verrijksafdracht gaat in die opvatting aan de schadevergoedingsactie vooraf.³⁸ En wat betreft de onrechtmatige daad geldt dat als deze eenmaal is gepleegd, er ook andere remedies dan schadevergoeding voorhanden zijn (zoals rectificatie, herstel in oude toestand anders dan door betaling van een geldsom, et cetera).

Hetzelfde heeft dan toch te gelden voor ongedaanmaking van de verrijking, indien deze ‘andere wijze’ een passende vorm van redres is?³⁹ De Hoge Raad stond bijvoorbeeld toe dat achterneef Pos zou worden veroordeeld tot overdracht tegen betaling van de waarde van het onroerend goed aan pachter Van den Bosch die door de dubieuze schenking door Neeltje Brouwer aan Pos was benadeeld in zijn koopoptie, indien deze overdracht geschikt was om het door Van den Bosch ondervonden nadeel weg te nemen.⁴⁰ Wat voor de

37 In die zin is dus terecht dat Linssen 2001 het schadevereiste in art. 6:212 BW ter discussie stelt; mijns inziens is echter schrapping van het schadevereiste niet nodig om het beoogde resultaat te bewerkstelligen. Zie hierna in de hoofdtekst.

38 Vergelijk Smits 1995, p. 153. Vergelijk Schoordijk 1979, p. 457-458. De parlementaire geschiedenis bij art. 212 lijkt dit te bevestigen. Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 831, zij het via art. 6:103 (schadevergoeding op andere wijze dan in geld).

39 En dus niet *de meest aangewezen* vorm van redres, met welk begrip HR 13 oktober 2000, NJ 2000, 698 (*Rainbow Products/Ontvanger*) aan vereenzelviging een subsidiair karakter toekende.

40 HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 (*Pos/V.d. Bosch*).

overdracht van een stuk grond geldt, kan ook voor verrijkingsafdracht gelden, mits het door de verarmde wordt gevorderd en de rechter het een passende vorm van redres vindt. Dus: een geheim agent die zijn geheimhoudingsplicht schendt door een boek te schrijven over zijn jaren bij de geheime dienst, kan tot verrijkingsafdracht worden verplicht na publicatie zoals hij tot verbod kan worden veroordeeld voor publicatie. Na publicatie is naar mijn mening zelfs de overdracht van het auteursrecht denkbaar als een passende vorm van redres.⁴¹

Als men aanvaardt dat aan de schadevergoedingsactie een rechtsplicht voorafgaat, dan is zelfs niet ondenkbaar dat als de afdracht van verrijking in een gegeven geval rechtsplicht is, het nalaten daarvan onrechtmatig is.⁴² Dit ligt ook in *Ontvanger/Hamm q.q.* besloten: een curator die wordt geconfronteerd met een onmiskenbare vergissing die zonder zijn ingrijpen tot ongerechtvaardigde verrijking van de boedel (crediteuren) zou leiden, handelt – zo luidt (te) kort gezegd de redenering – in overeenstemming met hetgeen in het maatschappelijk verkeer als betaamelijk wordt beschouwd indien hij meewerkt aan het ongedaan maken van die vergissing.⁴³ Ik zou menen dat hieruit volgt dat een curator die dat *nalaat* en aldus niet voorkomt dat de boedelcrediteuren ongerechtvaardigd worden verrijkt, *dus* onbetamelijk handelt (en in de regel dus ook toerekenbaar onbetamelijk).⁴⁴ Hoe men vanuit insolventierechtelijke optiek ook oordeelt over het resultaat, mijn indruk is dat aan de

41 Zie voor deze remedie Jaffey 2000, p. 367.

42 Vergelijk ook Schoordijk die concludeert terecht dat het onrechtmatig kan zijn om een zonder rechtvaardiging genoten verrijking niet af te staan. Schoordijk 1999, p. 146, legt het verwijt van ‘sophistiek’ (Bregstein 1927, p. 190-191) naast zich. Vergelijk over de rechtsplicht-figuur ook Schoordijk 1979, p. 458-459, Schlechtriem 2001, p. 92 en Linssen 2001, p. 507-508.

43 HR 5 september 1997, *NJ* 1998, 437 m.nt. PvS (*Ontvanger/Hamm q.q.*).

44 Zo ook Vranken 1998, p. 1500. Anders Hartkamp 2001, p. 330, met verwijzing naar Van Schilfgaarde onder het arrest (*NJ* 1998, p. 2467-2468 sub 7). Laatstgenoemden zijn van mening – met J. Eggens, De bronnen van verbintenis, *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen*, deel 2, Alphen aan den Rijn 1959, p. 245 – dat een categorie rechtsplichten bestaat die wel aan de bron van maatschappelijke betamelijkheid ontspringt, maar niet gesanctioneerd wordt door art. 162. Ik kende deze categorie niet, maar – het zij toegegeven – helemaal zonder precedent is ze niet. Wellicht heeft zij verwantschap met de natuurlijke verbintenis, ‘Obliegenheiten’ in contract en mogelijk vindt zij ook steun in HR 11 januari 1991, *NJ* 1992, 650 m.nt. EAA (strijd met de heersende rechtsovertuiging niet per definitie onrechtmatige daad).

redenering vanuit aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief weinig mankeert.⁴⁵

2.2. *Hoe groen is het gras elders?*

Hoe kijkt men in andere landen aan tegen verarmingsoverstijgende verrijkingsafdracht? Wat betreft onrechtmatigedaadsrecht is in veel landen de verrijkingsafdracht een min of meer volwaardige remedie. In die landen wordt erkend dat onrechtmatige daden niet alleen tot schadevergoeding kunnen verplichten, maar ook tot afgifte van datgene dat met de onrechtmatige daad werd verkregen. Maar zoals te verwachten valt, verschilt de concrete uitwerking van de verrijkingsafdracht sterk van land tot land.⁴⁶ Wat veel landen gemeen lijken te hebben is dat het werkingbereik van de verrijkingsafdracht onduidelijk of betwist is.⁴⁷

In het Duitse recht, dat op dit vlak recentelijk door Linssen gedetailleerd in kaart is gebracht, bestaat een welhaast 'onduitse' chaos op het vlak van verrijkingsafdracht. Acties als de *Eingriffskondiktion*, een rechtsvorm die trekken vertoont van onze revindicatie, onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking, en de *unerlaubte Geschäftsführung ohne Auftrag*⁴⁸, concurreren met schadeberekenningsmethoden (waaronder bijvoorbeeld de methode waarbij de opbrengst van een verkocht goed in de plaats treedt van het goed⁴⁹) die verrijkingsafdracht in meer of mindere mate toestaan bij 'unerlaubte Handlung'.⁵⁰

In de Common Law bestond de zogenaamde *waiver of tort*, die het mogelijk maakte om als het ware afstand te doen van de schadevergoedingsrechten uit tort en om in plaats daarvan de door de aansprakelijke genoten vruchten van zijn onrechtmatig gedrag te ontnemen.⁵¹ De status van de 'waiver' is tegenwoordig echter onzeker: zij kan alleen bij

45 Behalve dan dat het een onder curatoren niet alom aanvaarde of bekende betamelijkheidsnorm betrof en het minstgenomen twijfelachtig is of aan hen voor wat betreft hun gedragingen van vóór het arrest in redelijkheid een verwijt kan worden gemaakt.

46 Schlechtriem 2001, p. 88.

47 Zie het overzicht bij Schlechtriem 2001, hoofdstuk 6.

48 Terecht kritisch over deze figuur Schoordijk 1988, p. 26.

49 Schlechtriem 2001, p. 193 e.v.

50 Linssen 2001, hoofdstukken I-IV.

51 Zie Winfield/Jolowicz, p. 750 e.v., Goff en Jones 1998, p. 773 e.v.; vergelijk Friedmann 2001, p. 1879, Zwalve 2000, p. 611-612, p. 627 e.v., Birks 2001, p. 1784-1785.

bepaalde torts worden ingeroepen⁵², er bestaat toenemende discussie over de grondslag van de verrijkingsafdracht, over de vraag of zij afhankelijk is van het welslagen van een bepaalde tort, en ook over de verhouding tot vergelijkbare acties (zoals ‘account of profits’) en andere acties met mogelijk dezelfde gevolgen (zoals ‘exemplary damages’ met een punitief karakter).⁵³

Meer algemeen kan nog worden opgemerkt dat in de kring van anglo-amerikaanse ‘restitution’ auteurs veel wordt gediscussieerd over categoriserings- en afbakeningskwesities en conceptuele inkadering van verschillende concrete acties die hun basis vinden in ‘unjust enrichment’.⁵⁴

Een van de discussiepunten is of plicht tot verrijkingsafdracht, zoals die bij bepaalde ‘torts’ op de aansprakelijke persoon kan komen te rusten (ook wel ‘disgorgement’ genoemd), een verplichting is die haar oorsprong vindt in het recht van de ‘restitution’ of juist in het aansprakelijkheidsrecht.⁵⁵ Veel hangt daarbij af van de vraag hoe groot men de cirkel van ‘unjust enrichment’ wil trekken en over die vraag wordt dus ook heel wat gedebatteerd. Die discussie zou ik voor ons recht liever vermijden, maar men ontkomt er niet helemaal aan, waar het bijvoorbeeld de plaatsbepaling van art. 6:104 BW ten opzichte van art. 212 betreft.

52 Zo zijn ‘assault’, ‘battery’ en ‘negligence’ uitgesloten en zijn ‘conversion’ en ‘trespass to goods (by taking)’ ingesloten. Vergelijk Virgo 1999, p. 484 e.v., en voor Amerikaans recht Gergen 2001, p. 1937. Vreemd genoeg is in 1883 ‘trespass to land’ uitgesloten voor een geval waarin met trespass kosten werden bespaard en geen sprake was van toe-eigening (*Phillips vs. Homfray*; besproken door Winfield/Jolowicz, p. 751, Zweigert/Kötz 1998, p. 558, Virgo 1999, p. 481 e.v.). Anders dan Linssen 2001, p. 359, zou ik echter niet in algemene zin concluderen dat de ‘waiver’ vrijwel volledig geblokkeerd is geraakt. Schlechtriem 2001, p. 121 spreekt van ‘untergeordnete Rolle’.

53 Vergelijk over een en ander Jaffey 2000, p. 363 e.v.

54 Zie Schlechtriem c.s. 2001, p. 377 nt. 2. Vergelijk Zwolve 2000, p. 626 die hierin het probleem herkent dat ‘altijd’ rijst wanneer een rechtsbeginsel dat aan een aantal rechtsregels ten grondslag ligt zelf tot regel wordt verheven. Zoals Zwolve het omschrijft, zo had ik het nog niet bekeken: onze onwennigheid met art. 212 zou te vergelijken zijn met de Engelse onwennigheid door de ‘ontdekking’ van het beginsel van ‘unjust enrichment’. Vergelijk Schoordijk 1986, p. 2-3, en ook Schrage 1993, p. 988, die een parallel stadium van rechtsontwikkeling in Engeland en Nederland ontwaart.

55 Die discussie is begrijpelijk vanuit de historisch gegroeide Engelse opvatting dat een ‘tort’ recht geeft op ‘damages’ en dat na een *waiver of tort* een parallelle actie uit ‘restitution’ mogelijk wordt; overigens is er ook discussie over de vraag in hoeverre die parallelle actie mogelijk is indien niet aan alle vereisten voor een beroep op ‘tort’ is voldaan. Zie daarover bijvoorbeeld Friedmann 1998, p. 133 e.v.

2.3. *Tussen verdeling en vergelding*

In § 2.1 werd het probleem geschetst dat er, geredeneerd vanuit het beginsel dat *restitutio* tot herstel in *oude* toestand verplicht, bezwaren geformuleerd kunnen worden tegen een verarmingsoverstijgende verrijkingsafdracht. In deze en de volgende paragraaf wil ik nog twee bezwaren aan de orde stellen die in het verlengde daarvan liggen. Het betreft ten eerste het bezwaar dat verrijkingsafdracht een instrument van verdelende rechtvaardigheid zou zijn, en ten tweede het bezwaar dat verrijkingsafdracht punitief van aard zou zijn (§ 2.4). Het eerste bezwaar lijkt mij van weinig gewicht, en het tweede lijkt mij onjuist c.q. zonder gewicht.

Sinds Aristoteles wordt onderscheid gemaakt tussen verdelende en vergeldende rechtvaardigheid. Kort (en in hedendaagse taal) gezegd staat in dit onderscheid bij vergelding het ongedaanmaken van inbreuken op de status quo voorop en bij verdeling het (re)distribueren van welvaart.⁵⁶ De klassieke opvatting is dat privaatrecht slechts de vergeldende rechtvaardigheid dient door het beschermen van status quo en het faciliteren van vrijwillige uitwisseling van vermogensbestanddelen.⁵⁷ In die opvatting mogen verrijkingsrecht en aansprakelijkheidsrecht slechts de *restitutio in integrum* (vergelding) dienen en niet ook de rechtvaardige (re)distributie van welvaart.

Wat heeft het onderscheid tussen verdelende en vergeldende rechtvaardigheid nu van doen met verrijkingsrecht? Als men aanneemt dat privaatrecht de vergeldende rechtvaardigheid dient, moet een verrijkingsactie min of meer beperkt blijven tot teruggave van datgene wat de verarmde is ontnomen (al dan niet in natura of in geld).⁵⁸ Concreet bete-

56 Hierover, in verband met verrijkings- en aansprakelijkheidsrecht, bijvoorbeeld Izhak Englard, *The Philosophy of Tort Law*, Aldershot 1993, p. 11 e.v. (met verwijzing naar 'grondleggers' J. Esser en O. Gierke), Zimmermann 1995, p. 403-404, Weinrib 1995, p. 56 e.v., Rendleman 1999, p. 887, Gordley 1995, p. 131 e.v. en A.M. Hol, *Gewogen recht*, diss. Leiden 1993, p. 27-31. Zie meer algemeen Van den Berg 2000, met name p. 48 e.v. Vergelijk Fred D. Miller Jr., *Nature, Justice, and Rights in Aristotle's Politics*, Oxford 1995, p. 68 e.v., Borgers 2001, p. 43 e.v. en ook Barker 1998, p. 315-316 (met kritiek op rechtspraak waarin unjust enrichment als basis dient voor redistributie binnen huwelijk en buitenechtelijke levensgemeenschap).

57 Epstein 1994, p. 1369; Weinrib 1995, zoals samengevat door Smith 2001b, p. 2117 e.v.; Gergen 2001, p. 1930; Grantham/Rickett 2001, p. 275, met verdere verwijzingen in nt. 14; Van Maanen 2001, p. 21, met verwijzing naar v. Caemmerer 1954, p. 335.

58 Vergelijk de bespiegeling bij Aquinas, *Summa Theologiae*, II-II, vraag 62, art. 2.

kent dit bijvoorbeeld dat een plicht tot verrijkingsafdracht moeilijk plaatsbaar is indien de af te dragen verrijking de schade aan de zijde van de verarmde overtreft. De gedachte is dat men dan namelijk niet langer restitueert (en dus vergeldt) maar redistribueert. En daarvoor zou het privaatrecht niet bedoeld zijn.⁵⁹

Op deze gangbare afbakening tussen ‘vergelding’ en ‘verdeling’ is wel iets af te dingen. Coleman heeft er op gewezen dat een verrijkingsafdracht die boven de schade van de benadeelde uitstijgt niet per definitie buiten het domein van de vergeldende rechtvaardigheid treedt. Aristoteles’ leer eist namelijk vooral dat de door de daad ontstane ongelijkheid wordt opgeheven, en die ongelijkheid blijft bestaan als de aansprakelijke na betaling van schadevergoeding nog steeds in een betere positie verkeert dan voordat hij de daad beging.⁶⁰ Maar toegegeven moet wel worden dat dit moeilijk te rijmen is met het uitgangspunt dat bij ‘vergelding’ bescherming van de status *ex ante* quo voorop staat (en dus ongedaanmaking van geleden schade).⁶¹ Ook andere rechtstheoretici hebben hun tanden gezet in de vraag naar de plaats van het verrijkingsrecht binnen het denkraam van vergeldende rechtvaardigheid. Ik noem – zonder volledigheid te pretenderen – de volgende auteurs.⁶² Weinrib heeft een belangrijke impuls gegeven aan het denken over verrijkingsrecht als vergeldende rechtvaardigheid, door de Aristotelische idee van verrijking en verarming te combineren met het Kantiaanse zelfontplooiings- en beschikkingsrecht.⁶³ Weinrib komt tot een begrip ‘correlati-

- 59 Intrigerend in dit verband is de volgende, door Linssen 2001, p. 63, aangehaalde passage van het BGH: ‘Das Schadenersatzrecht sanktioniert und gleicht aus; die Bereicherungshaftung beruht allein auf dem Prinzip der verteilenden Gerechtigkeit.’ Ik moet bekennen dat ik deze passage voor het Duitse verrijkingsrecht niet begrijp. Er wordt helemaal niets verdeeld door het BGH, ook niet met het verrijkingsrecht. Vergelijk Snijders 2002, p. 18-19, die treffend Esser-Weyers citeert, waaruit volgt dat het Duitse verrijkingsrecht nog sterk in termen van (om maar een Schoordijkiaanse uitdrukking te gebruiken) vergeldende rechtvaardigheid denkt. In het concrete geval dat het BGH moest beslissen werd namelijk vastgesteld dat er sprake was van niet-verwijtbare inbreuk op een modelrecht, die toch aanleiding gaf tot een verrijkingsafdracht nu er ‘rechtswidrig’ was gehandeld. Dat is toch gewoon vergeldende rechtvaardigheid?
- 60 Jules L. Coleman, ‘Property, Wrongfulness and the Duty to Compensate’, 63 *Chicago-Kent L. Rev.* (1987), p. 451 e.v. (met name p. 461-462).
- 61 Vergelijk Gordley 1995, p. 138.
- 62 Zie ook de bijdragen aan John W. Chapman (red.), *Compensatory Justice* (Nomos XXXIII), New York 1991.
- 63 Weinrib 1995, p. 56-113, samengevat in Smith 2001b, p. 2188. Vergelijk Borgers 2001, p. 44.

ty' en onderscheidt daarbij twee niveaus van verrijking en verarming: 'material gains and losses' enerzijds en 'normative gains and losses' anderzijds. In feite komt Weinrib's gedachte er voor dit onderwerp op neer dat ook normatieve verrijkingen en verarmingen tot vergoedingsrechten aanleiding kunnen geven.⁶⁴ *Drassinower* bouwt daar op voort door kort gezegd te stellen dat verrijkingenrecht gefundeerd is op het 'bilateral principle' dat elk van twee partijen die tegenover elkaar komen te staan in een rechtszaal 'equally entitled (are) to what is theirs until they freely part with it'.⁶⁵ Door een verrijking in strijd met deze regel te behouden ontstaat een schending van de evenheid van partijen (die vergelding behoeft met hulp van het verrijkingenrecht).⁶⁶

Dagan heeft aandacht gevraagd voor 'public values' als ijkpunten voor verrijkingenrecht. Een maatschappij kan namelijk op verschillende manieren reageren op bijvoorbeeld het gebruik van eens anders zaak zonder diens toestemming. Wordt de reactie beperkt tot vergoeding van geleden schade, dan vindt de maatschappij het delen van welvaart belangrijk; wordt een redelijke gebruiksvergoeding toegekend, dan wordt het welzijn van de eigenaar beter behartigd, terwijl een volledige winstafdracht erkent dat de eigenaar de exclusieve heerschappij over de zaak toekomt.⁶⁷ De reactie en plaats van het verrijkingenrecht worden dus bepaald door 'public values', en dus door de visie van de maatschappij op verdelende rechtvaardigheid.

De opvatting dat privaatrecht slechts de vergeldende rechtvaardigheid dient is – welke definitie van verdelende rechtvaardigheid men ook hanteert – een achterhaalde visie. Het idee dat privaatrecht er slechts toe dient om bestaande rechtsposities te handhaven en consolideren en dat verdeling van schaarse welvaart niet tot de taakstelling van het privaatrecht behoort, vindt geen steun in de feiten van het privaatrecht.⁶⁸ Met

64 Zie Weinrib 1995, p. 114 e.v.; Smith 2001b, p. 2119-2120.

65 *Drassinower* 1998, p. 468.

66 *Drassinower* 1998, p. 469.

67 *Dagan* 1997 (zie met name de tabel op p. 22). Zie daarover bijvoorbeeld *Rotherham* 1998.

68 In dezelfde zin *Snijders* 2002, p. 18-19. Zie in dezelfde trant de bijdragen van *Tony Honoré* en *James Gordley* aan *Owen* 1995, met name p. 78 e.v. respectievelijk p. 135; *Nieskens-Isphording* 1991, p. 59-61. Verder nog gaat *Van den Berg* 2000, met name p. 328 e.v., die vrijwel elke privaatrechtelijke rechtsbetrekking in de verdelingsleutel wil zetten. In zijn terminologie (a.w., p. 329, p. 553) is elke vergelding een verdeling (omdat iemand iets wordt toegedeeld) en is een rechterlijke beslissing verdelend van karakter wanneer en omdat er geld mee wordt verdeeld (a.w., p. 525).

de beste wil van de wereld kunnen privaatrechtelijke verschijnselen als ongelijkheidscompensatie, bescherming van zwakkeren, onevenredig getroffenen en andere miserabilae personae, schuldsaneringshulp, rechterlijke matiging en wellicht zelfs de categorie van ongelukkige samenloop van omstandigheden in het recht van gevaarstelling, niet worden verklaard met een beroep op zuivere vergeldende rechtvaardigheid – in welke omschrijving dan ook.⁶⁹

Ik zie dan ook geen principiële bezwaren tegen een meer verdelend verrijksrecht, bijvoorbeeld in de vorm van een verrijksafdracht die tot meer verplicht dan restitutie voor concreet geleden schade, mits er goede redenen zijn voor een dergelijke afdracht.⁷⁰

Een ander voorbeeld. Naar mijn idee is de wijze waarop het verrijksrecht in art. 75 lid 3 Wbb op beleidsmatige wijze wordt gebruikt een voorbeeld van (re)distributieve rechtvaardigheid. Na sanering van verontreinigde

→ Van den Berg lijkt anderzijds vergelding nogal strikt op te vatten, namelijk als retributie voor *schuld* (a.w., p. 331). Helaas ontbreekt mij de ruimte om diep in te gaan op deze opvatting, maar laat ik wel zeggen dat er enerzijds een kern van waarheid in Van den Bergs betoog schuilt (privaatrecht vertoont trekken van verdelende rechtvaardigheid) en dat hem anderzijds kan worden tegengeworpen dat daar waar de rechter ‘verdeelt’ volgens de regel dat inbreuken op de bestaande verdeling tot restitutie verplichten het weinig verhelderend is om te spreken van verdelende rechtvaardigheid; schadevergoeding moeten betalen omdat letsel is toegebracht is toch niet op dezelfde lijn te stellen als het betalen van het hoogste tarief over het topinkomen?

69 Gedacht kan ook worden aan art. 6:109 BW (matigingsrecht), of aan het goed werkgeverschap (art. 7:611 BW), dat tot schadeplichtigheid kan leiden ook wanneer de werkgever geen verwijt kan worden gemaakt van het arbeidsongeval (HR 12 januari 2001, *RvdW* 2001, 31; *Vonk Montage/Van der Hoeven*). Zie voor nog veel meer voorbeelden Van den Berg 2000, met name p. 328 e.v., p. 553 e.v. en ook C.-W. Canaris, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, München 1997, p. 78 e.v. Ik heb dan ook wat moeite met het betoog van Salomons 2001, p. 994-995, die aan de hand van het voorbeeld van de stelende armoedzaaier stelt dat rechters terugdeinzen voor het bedrijven van verdelende rechtvaardigheid en dat het vooralsnog alleen de wetgever is die deze rechtvaardigheid dient. Ik denk dat die laatste stelling feitelijk onjuist is (zie de hoofdttekst) en overigens kan het voorbeeld evenzogoed het bewijs zijn van des rechters overtuiging dat de bestaande welvaart rechtvaardig is verdeeld zoals zij is verdeeld. Tenslotte zou ik verdelende rechtvaardigheid ook niet gelijkstellen met (gelijke verdeling door) inkomensnivellering; ik dacht niet dat het daartoe noopt (vergelijk Gordley 2000, p. 227 en de verschillende benaderingen bij Aquinas, *Summa Theologiae*, II-II, vraag 61, art. 2 en 3), zij het dat het voorbeeld van de brooddiefstal natuurlijk wel in Van Aquino's gedachtengoed past (a.w., II-II, vraag 66, art. 7; vergelijk Gordley 1995, p. 134).

70 Vergelijk Borgers 2001, p. 45-47, die wat dit betreft een plaats ziet weggelegd voor zowel de vergeldende als de verdelende rechtvaardigheid.

bodem kan een verrijksactie door de Staat worden ingesteld tegen de eigenaar van het perceel. Maar de particuliere eigenaar die op het moment van aankoop wel had kunnen weten van de verontreiniging maar heeft verzuimd zich op de hoogte te stellen, wordt in bescherming genomen tegen de verrijksactie van de Staat. Zou dit anders zijn, zo overweegt de toenmalige Minister van VROM, dan zouden particuliere woningen onverkoopbaar worden en zouden meer particulieren een beroep doen op de opkoopregeling. Het niet toestaan van een verrijksactie kan dus ook duiden op overwegingen van rechtvaardige toedeling van welvaart.

Waar het verrijksrecht bij kan helpen, is het blootleggen van de werkelijke gronden voor dergelijke verdelingsbeslissingen in het privaatrecht. Nu worden ze soms gegoten in de mal van het aansprakelijkheidsrecht, met als gevolg dat de gebruikte constructie het zicht op de werkelijke argumenten vertroebelt. Een berucht voorbeeld daarvan is de rechtmatige overheidsdaad. Ik kom daar nog op terug in § 6.3.

2.4. *Verrijksafdracht een straf*

Pure winstafgifte zou onvereenigbaar zijn met de hoofddoelstelling van het schadevergoedingsrecht (compensatie).⁷¹ En daar waar de verrijksafdracht de concreet geleden schade zou overtreffen, of gerelateerd zou zijn aan de mate van schuld van de aansprakelijke⁷², zou het gaan om een *punitieve* maatregel⁷³, die niet in overeenstemming te brengen zou zijn met de fundamenteën van ons privaatrecht.⁷⁴ In deze zienswijze is al snel de conclusie getrokken dat verrijksafdracht omgeven moet worden door waarborgen zoals die in het strafproces gelden en (dus) niet in het privaatrecht thuishoort.⁷⁵

Anderen menen daarentegen dat het ontnemen van de verrijking geen punitief karakter kan hebben, omdat het de verrijkte niet in een slechtere positie brengt vergeleken met die welke hij voor de verrijksgebeurtenis had.⁷⁶

71 Linssen 2001, p. 308 e.v.

72 De mate van schuld wordt door Parl. Gesch. Boek 6 Inv. p. 1269 als factor genoemd bij toepassing van art. 6:104 BW.

73 Wonnell 1996, p. 192.

74 Zie Linssen 2001, p. 371 e.v., met nadere verwijzingen.

75 Linssen 2001, p. 302, p. 337 e.v., p. 374 e.v., met verdere verwijzingen. Vergelijk Jaffey 2000, p. 376 e.v. en Van der Heijden 2001, p. 1753-1754.

76 Wonnell 1996, p. 191. Vergelijk ook de Duitse auteur Jakobs, zoals behandeld bij Linssen 2001, p. 28.

Het lijkt er op dat een gelddief die met de buit een winnend lot koopt, slechts de waarde van het gestolen geld verschuldigd is en niet de opbrengst van het winnende lot behoeft af te staan. Is dat een rechtvaardige oplossing? Enerzijds denk ik van wel: de bestolene hoeft toch niet te delen in het lot van de dief? De bestolene zou toch ook niet minder krijgen als het lot niet winnend bleek te zijn? Anderzijds is er wel veel voor te zeggen om de dief niet te laten profiteren van zijn onrechtmatige daad. Die invalshoek wordt toch ook gekozen daar waar de bezitter te kwader trouw verplicht is tot afgifte van de vruchten?⁷⁷

Een kleine groep auteurs wil nog verder gaan; zij menen dat wat meer straf beter zou kunnen zijn voor de preventieve functie van aansprakelijkheidsrecht en een belangwekkend maatschappelijk signaal zou afgeven.⁷⁸ Die gedachte heeft naar mijn mening aantrekkelijke kanten, maar hier is ze niet nodig om verrijkingsafdracht te rechtvaardigen.

Als men meent dat verrijkingsafdracht die uitstijgt boven concreet geleden schade onverenigbaar is met het schadevergoedingsrecht, dan nog geldt dat het niet onverenigbaar hoeft te zijn met de doelstellingen van het *aansprakelijkheidsrecht*. Zoals gezegd is afdeling 6.1.10 niet het alfa en omega van het verbintenissenrecht. Ik verwerp dan ook uitdrukkelijk de suggestie dat de doelstellingen van rechtshandhaving, genoegdoening en preventie consequent tweede viool zouden spelen.⁷⁹ Zeker voor het aansprakelijkheidsrecht zijn dat geen nevendoelstellingen, maar zeer centrale doelstellingen. Een rechtsstelsel dat bepaalde gedragingen tussen burgers tracht te voorkomen omdat zij als onwenselijk worden gezien, hanteert een verrijkingsafdracht als de ex post-uitwerking van een ex ante-prikkel. Dat is geen opzettelijke leedtoevoeging, maar het zoveel als mogelijk herstellen van de rechtsorde.⁸⁰ Oogmerk van verrijkingsafdracht is te prikkelen tot het juiste gedrag.⁸¹ En privaatrecht mag prikkelen. Verrijkingsafdracht lijkt mij pas werkelijk buiten de grenzen van ons geldend privaatrecht te treden als een meervoud van de genoten verrijking zou moeten worden afgestaan of een bedrag afgestaan zou moeten worden dat in verhouding staat noch tot hetgeen de benadeelde aan schade leed noch tot hetgeen de aansprakelijke aan verrijking opstreek.

77 Zie voor deze en andere voorbeelden Friedmann 2001, p. 1914 e.v.

78 Zie Van der Heijden 2001, met verdere verwijzingen.

79 In die richting Linssen 2001, p. 308 e.v.

80 Zo ook Virgo 1999, p. 497. Anders: Jaffey 2000, p. 12.

81 Vergelijk Grosskopf 2001, p. 2002; Schlechtriem 2001, p. 87.

Ook het gegeven dat toepassing van art. 104 gerelateerd kan zijn aan de mate van schuld van de aansprakelijke, heeft weinig met straffen te maken. De mate van schuld weegt namelijk op tal van plaatsen in het privaatrecht mee als factor van betekenis.⁸² Een moordenaar schrijft een autobiografie, waarin zijn misdrijf een prominente rol speelt. De nabestaanden van de vermoorde persoon willen dat de door de moordenaar genoten verrijking wordt afgedragen. Kan dit, ook als de schade van de nabestaanden door het overlijden kleiner is dan de winst?⁸³ Naar mijn overtuiging zou het *moeten* kunnen, indien en voorzover aannemelijk is dat de verkoopcijfers van de autobiografie in verband kunnen worden gebracht met het misdrijf.⁸⁴ Dat is geen strafmaatregel, maar een toepassing van het in § 2.1 behandelde beginsel dat niemand van zijn onrechtmatige daad behoort te profiteren.

2.5. *Conclusie*

Kenmerkend voor zowel de onrechtmatigedaadsactie als de verrijkingssactie is de eenzijdig gerichte focus op schadevergoeding. Daarbij geldt als beginsel dat de benadeelde niet meer mag ontvangen dan de geleden schade. Maar daar staat tegenover dat het evenmin aangaat dat de verrijkte een ten onrechte genoten verrijking mag behouden. Bij verarmingsoverstijgende verrijkingen botsen deze twee uitgangspunten, en naar geldend recht lijkt het eerste uitgangspunt dan voorrang te krijgen. Naar mijn mening is dat niet altijd de juiste keuze; soms dient aan verrijkingssafdracht – ook als deze de concrete verarming of schade overtreft – prioriteit te worden toegekend. Op de vraag *wanneer* die prioriteit dan moet worden verleend ben ik – het zij toegegeven – nauwelijks ingegaan; ik doe dat in hoofdstuk 3. In dit hoofdstuk heb ik vooral geprobeerd aan te geven *hoe* het tweede uitgangspunt meer benadrukt kan worden.⁸⁵ Het schadevereiste in art. 162 en 212 kan daartoe soms worden gerelativeerd, bijvoorbeeld door vanuit de rechtsplicht tot ver-

82 Te ongenueanceerd is dan ook het betoog van Linssen 2001, p. 372 dat ons recht geen proportionaliteit tussen omvang van de schadevergoeding en de mate van schuld kent. Art. 6:98, art. 6:101, art. 6:109 en zelfs art. 6:110 BW leren mijns inziens toch anders.

83 Voorbeeld ontleend aan Wonnell 1996, p. 194. Vergelijk Jaffey 2000, p. 385-386.

84 Het zal overigens wel een genereuze interpretatie van het vereiste van onrechtmatige daad eisen: niet het schrijven van een succesvol boek wordt verweten, maar het schrijven als profijtelijke daad tengevolge van het misdrijf. Goff en Jones 1998, p. 811, wijzen hier op.

85 Zie voornamelijk § 2.1.

rijkingsafdracht te redeneren. Het schadevereiste treedt dan naar de achtergrond.⁸⁶ En in bepaalde gevallen kunnen we ook al een heel eind komen met bekende methoden zoals abstracte schadeberekening.

De focus op schadevergoeding komt ook tot uiting in twee bezwaren die steevast worden aangevoerd tegen verarmingsoverstijgende verrijkingafdracht. Het betreft enerzijds het argument dat deze verrijkingafdracht ten onrechte de verdelende rechtvaardigheid tot onderwerp van privaatrecht zou maken en anderzijds dat deze een punitief karakter zou hebben. Naar mijn mening is het eerste bezwaar niet zwaarwegend en het tweede onjuist (zie § 2.3 en 2.4).

Mijn conclusie luidt dat het privaatrecht voor de snelste route naar goede oplossingen zonodig een weg biedt, ook als deze weg slecht begaanbaar lijkt of het de weg aan plaveisel ontbreekt. Maar waarom of in welke gevallen zouden we de route naar een verarmingsoverstijgende verrijkingafdracht willen nemen? Is dat omdat bepaalde ‘goederen’ meer bescherming verdienen dan andere, omdat burgers tot contracteren geprikkeld moeten worden, of is het omdat verrijkingafdracht in bepaalde gevallen een passend antwoord op normschending is? Daar zal nader op worden ingegaan in het volgende hoofdstuk.

3. Verrijkingafdracht als passende remedie

3.1. Goederenbescherming en verrijking

In zijn recente proefschrift vraagt Linssen aandacht voor een in ons land tot op heden weinig belicht thema, te weten de verrijkingafdracht als instrument van goederenbescherming.⁸⁷ De gedachte hierbij is kort gezegd dat de rechthebbende van een goed – in sterk verruimde zin te verstaan⁸⁸ – exclusief gerechtigd is tot beschikking, vervreemding en vruchttrekking. Eenieder die zich zonder toestemming deze bevoegdheden ‘toe-eigent’, is tot ongedaanmaking verplicht. Die goederenrechtelijke notie wordt met behulp van het verrijkingrecht – maar ook met het aansprakelijkheidsrecht – als het ware ‘verlengd’ tot een verbinte-

86 Een vergelijkbare benadering ligt ten grondslag aan Linssen 2001. Ik kom daar uitgebreid op terug in § 3.1.

87 Linssen 2001, in essentie beknopt geresumeerd in Linssen 2002. Vergelijk in dezelfde richting ook Nieskens-Isphording 1991, met name p. 33 e.v., p. 65 e.v., Nieskens-Isphording 1998, p. 103, Bregstein 1927, p. 192 e.v.

88 Ik kom daar hierna nog op terug.

nisrechtelijke rechtsbetrekking, zodat aan de verrijkingsafdracht een vergelijkbare functie toekomt als aan revindicatie bij eigendom.

De huurder van een auto die de auto aan het einde van de huurtermijn niet direct retourneert, is een verrijkingsrechtelijk gefundeerde gebruiksvergoeding verschuldigd. De ex-werknemer die zonder toestemming vertrouwelijke ondernemingsgegevens van de werkgever exploiteert is tot een verrijkingsrechtelijk gefundeerde verrijkingsafdracht verplicht.

Linssen komt in een pakkend en doorwrocht betoog met gebruik van veel rechtsvergelijkend materiaal onder meer tot de conclusie dat art. 6:104 en art. 6:212 tot hetzelfde fundament teruggebracht moeten worden. Ook art. 104 strekt tot 'goederenbescherming'.⁸⁹ Immers, zo redeneert hij kort gezegd, niet alle onrechtmatige daden nopen tot verrijkingsafdracht en dus kan de grondslag van art. 104 niet gelegen zijn in de normschending.⁹⁰ In deze opvatting valt onbetamelijk handelen als zodanig niet onder een van de als 'goed' beschermde rechtsposities en geeft dergelijk handelen derhalve geen recht op verrijkingsafdracht.

De goederenbeschermingstheorie van Linssen komt niet uit de lucht vallen; ze heeft in de vorm van de *Eingriffskondiktion* stevig wortel geschoten in Duitsland⁹¹ en ook in Engeland zijn er voorstanders van de idee dat de gevallen waarin verrijkingsafdracht geëigend is, steeds inbreuken betreffen op kort gezegd beschermenswaardige subjectieve rechten.⁹² De verrijkingsvordering betreft in die optiek een verlenging van het 'eigendomsrecht' en dient tot herstel in geldelijke vorm van inbreuken op deze exclusieve rechten (*Güterschutz*). Linssen neemt in dit verband in essentie het Duitse begrip *Zuweisungsgehalt* over voor ons recht⁹³, zij het onder erkenning dat de inhoud daarvan tijd- en

89 Linssen 2001, p. 305 e.v.

90 Linssen 2001, p. 297-298. Op die redenering is op zichzelf wel wat af te dingen, want alhoewel vaststaat dat niet alle katten bruin zijn, is daarmee natuurlijk niet aangetoond dat bruine viervoeters geen kat kunnen zijn.

91 Terug te voeren op de baanbrekende bijdragen van Wilburg en Von Caemmerer, daarover Linssen 2001, p. 30 e.v. en Schlechtriem 2001, p. 90. Zie over de verschillende 'Kondiktionen' kort E.J.H. Schrage, 'Van Samenspel en wisselwerking', *WPNR* 6207 (1996), p. 9, Dickson 1995, p. 119 e.v., M.W. Scheltema, in: *Toegang tot buitenlands vermogensrecht*, Deventer 1996, p. 511 e.v. en zeer uitgebreid en diepgaand Linssen 2001, hoofdstuk I.

92 Virgo 1999, p. 8 e.v.; vergelijk ook Friedmann 1998, p. 134, Beatson 1991, p. 232 e.v.; tegen deze gedachte bijvoorbeeld Andrew Burrows, 'Proprietary Restitution: Unmasking Unjust Enrichment', 117 *LQR* (2001), p. 412 e.v.

93 Linssen 2001, p. 535 e.v. Over het begrip *Zuweisungsgehalt*, zie Linssen 2001, p. 53.

plaatsbepaald is.⁹⁴ Hij komt dan per saldo tot de conclusie dat slechts rechtsposities met *Zuweisungsgehalt* als ‘goed’ bescherming genieten voor de toepassing van de verrijkingsafdracht.

Het betoog is aansprekend, maar ik heb er een aantal bezwaren tegen. Allereerst is het goed om te realiseren dat de rechtsstelsels waarin deze inbreukgedachte wortel heeft geschoten, in ten minste twee opzichten afwijken van ons recht. Enerzijds zijn die stelsels minder scheutig met toerekening van onrechtmatige daden krachtens verkeersopvatting en kennen zij geen bepaling als art. 6:104 BW, zodat de ontwikkeling van het verrijkingsleerstuk van meet af aan onder een ander gesternte heeft gestaan.⁹⁵

Anderzijds mogen we niet vergeten dat ons leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking vervat is in een *general clause*, een algemene bepaling waar veel meer onder valt dan alleen inbreuken op eigendom en vergelijkbare vermogensposities. Zowel het verrijkingsrecht als het aansprakelijkheidsrecht gaan over meer dan alleen bescherming van die exclusieve vermogensposities, zodat ik niet zou kiezen voor de restrictieve benadering van Linssen. De idee dat ook *ons* verrijkingsrecht primair *Güterschutz* dient en daarmee een verlenging is van het eigendomsrecht – in de op- en uitgerekte zin wel te verstaan⁹⁶ – lijkt mij kortom een té beperkte opvatting van de functie van het verrijkingsrecht⁹⁷, net zo beperkt als de opvatting dat eigendomsrecht de bodem van het vermogensrecht zou zijn of dat het aansprakelijkheidsrecht de bescherming van het vermogen dient.⁹⁸ Het is naar mijn mening alleen juist wanneer wij *alles* van waarde, te rekenen van het recht op goede nachtrust, van een eerlijke verdeling van lusten en lasten tussen bijvoorbeeld debiteuren, echtgenoten, en contractueel betrokken derden, van de mogelijkheid om eerlijk je brood te kunnen verdienen, tot aan de glimlach

94 Linssen 2001, p. 655. Vergelijk Schlechtriem 2001, p. 153.

95 Zie Zimmermann 1995, p. 418, die aangeeft dat Eingriffskondiktion een nuttige functie kan vervullen naast delictuele aansprakelijkheid, omdat soms schade ontbreekt of ‘fault’ moeilijk te bewijzen valt. Vergelijk ook t.a.p., p. 420, waar als mogelijke oorzaak wordt genoemd dat Duits recht in tegenstelling tot het Nederlandse en Franse geen algemene zorgvuldigheidsnorm kent. Vergelijk Van Maanen 2001, p. 51, nt. 137 alsmede Vieira Gomes 2001, p. 454. Zie voor deze verklaring ook Schoordijk 1977, p. 10, Schlechtriem c.s. 2001, p. 405, en Schlechtriem 2001, p. 277.

96 Zie voor wat in essentie een oprekking oplevert, bijvoorbeeld de categorieëncatalogus bij Linssen 2001, p. 585-628 en bij Schlechtriem 2001, p. 110 e.v.

97 Voor vergelijkbare kritiek Dagan 1999, p. 147 e.v.

98 Nieskens-Isphording 1991, p. 10-11, respectievelijk p. 48 e.v.

van onze kinderen als ‘eigendom’ beschouwen.⁹⁹ Maar die benadering brengt ons niet verder.¹⁰⁰ Het komt ook dan namelijk aan op het achterhalen van de argumenten achter het beschermde begrip (‘eigendom’, ‘vermogensrecht’, ‘belang’, of hoe men het ook wenst te benoemen), zodat vervolgens de vraag kan worden gesteld of wij het betreffende belang zo zwaarwegend achten dat veronachtzaming daarvan een verrijkingsafdracht rechtvaardigt én of afdracht in de gegeven omstandigheden de juiste privaatrechtelijke remedie oplevert.

Daar komt bij dat verrijkingsafdracht ten behoeve van goederenbescherming voor bepaalde gevallen al een centrale plaats heeft gekregen in ons goederenrecht. De vernieuwende rol die art. 212 kan spelen lijkt op het eerste gezicht niet groot. De eigenaar heeft recht op de zaak en de vruchten; hij kan revindiceren en de vruchten opeisen die de bezitter niet te goeder trouw heeft verkregen. Hetzelfde geldt dan toch – al dan niet per analogiam – voor de rechthebbende van vermogensrechten?¹⁰¹

Het idee dat de revindicatie voortleeft in de verrijkingsaanspraak – bijvoorbeeld als de zaak is doorverkocht en de opbrengst als remplaçant wordt gezien¹⁰² – is wat dat betreft aansprekend, maar ze moet wel worden ‘doorerekend’ op consistentie met de bescherming van goede trouw.¹⁰³ Bescherming van het rechtsverkeer speelt namelijk een voorname rol¹⁰⁴ en doorkruist de ‘echte’ revindicatie op tal van plaatsen. De verlengde revindicatie in de vorm van een verrijkingsaanspraak kan niet voorbij gaan aan de

99 Vergelijk treffend Dagan 1999, p. 148: ‘Property is an artefact, a human creation that can be, and has been, modified in accordance with human needs and values.’ Het is ‘open to competing interpretations and permutations’ en dus – zo voeg ik toe – een conclusie en geen verklaring of fundament voor verrijkingsrechtelijke bescherming.

100 En het stond ‘founding father’ Von Caemmerer bijvoorbeeld ook niet voor ogen: strijd met de wet en goede zeden achtte hij geen rechtsinbreuken die tot verrijkingsafdracht ex § 812 BGB kunnen leiden. Zo ook het BGH, aldus Linssen 2001, p. 40, resp. p. 55 e.v.

101 Voor het bezit lijkt Linssen 2001, p. 305-307, p. 653, over het hoofd te zien dat de art. 3:121 e.v. BW zonder meer van toepassing zijn op alle goederen (dus inclusief vermogensrechten). Daarover Schoordijk 1986, p. 25-27. En met een beetje analogie-creativiteit zijn de art. 5:1 e.v. BW toch ook toe te passen op vermogensrechten, zonder dat art. 212 daarbij als actie werkelijk nodig is?

102 Zoals in sommige gevallen letterlijk met *tracing* in het Engelse recht schijnt te gebeuren.

103 Voor een kleine ‘doorrekening’ zie Linssen 2001, p. 525.

104 Vergelijk Schlechtriem 2001, op verschillende plaatsen (bijvoorbeeld op p. 134, p. 185), die het dilemma helder schetst: ófwel men beschermt de gerechtigde, ófwel ‘den Interessen des Verkehrs’.

bescherming van goede trouw in het rechtsverkeer.¹⁰⁵ Waar het gaat om afdracht van vruchten, daar eist art. 3:121 BW bijvoorbeeld afwezigheid van goede trouw, en dat betekent dat alleen degene die wist of behoorde te weten dat het goed waar hij de vruchten van plukte niet aan hem toebehoorde (art. 3:118 BW), tot afdracht van zowel het goed als de vruchten verplicht is.

Indien men dus meent dat verrijktingsrecht een verlengde goederenbescherming dient, dan komt men – zo lijkt mij – uit op analoge toepassing van de artikelen 5:2 en 3:121 BW (zij het soms met een wat vrije toepassing van het begrip ‘bezit’ en wellicht met behulp van een opge-rekt goedsbegrip).¹⁰⁶

Het is verdedigbaar om, indien men – zoals Linssen – meent dat de functie van verrijktingsrecht gelegen is in goederenbescherming en dus in het verlengen van de revindicatie (wederom: in op- en uitgerekte zin), een stelsel van verrijktingsafdracht op te bouwen op de fundamenten van art. 5:1 en art. 3:121 BW.¹⁰⁷ Met Linssen moet dan worden geconcludeerd dat in het schadevereiste van art. 212 een belangrijk obstakel is gelegen. De schadevergoedingsactie uit art. 212 zou naar mijn mening dan ook een minder voor de hand liggend fundament zijn.¹⁰⁸

Niet noodzakelijk lijkt het om het schadevereiste *geheel te verbannen* uit het verrijktingsrecht, zoals Linssen voor ogen staat.¹⁰⁹ Indien men namelijk meent dat verrijktingsrecht een verlenging van de revindicatie (ook weer: in op- en uitgerekte zin) is en het de rechthebbende van een goed het verlengde recht geeft om tegen inbreuken op zijn beschermd rechtspositie op te treden, dan behoort de daaruit voortvloeiende plicht tot verrijktingsafdracht toch niet te worden gehinderd door het schadevereiste in art. 212? Degene die terugvordert wat aan hem toebehoort, hoeft niet te bewijzen dat hij schade – concreet of abstract – heeft geleden.¹¹⁰ Dat uitgangspunt geldt – ik her-

105 Anders dan Nieskens-Ispording 1998, p. 101, zou ik menen dat derdenbescherming geen doorbreking van causaal verband teweegbrengt maar conversie tot *niet-ongerechtvaardigde* verrijking.

106 Zo ook Linssen 2002, p. 65. Vergelijk Linssen 2001, p. 430-431.

107 Waarbij men ook marginalisering van het ‘niet te goeder trouw’-vereiste zou kunnen bepleiten, te weten door bewijslastverlichting of aanvaarding van een vorm van risicoaansprakelijkheid van de bezitter niet-rechthebbende.

108 Dat men in Duitsland dat fundament wél heeft gekozen (§ 812 BGB) is begrijpelijk enerzijds vanwege het abstracte stelsel bij overdracht en anderzijds door de geringe speelruimte in het aansprakelijkheidsrecht. Vergelijk nt. 95.

109 Zie voornamelijk Linssen 2001, hoofdstuk XI en Linssen 2002, p. 66-67.

110 Vergelijk Birks 2001, p. 1786-1787; Smith 2001b, p. 2133; Smith 2001a, p. 2182 e.v.

haal hier mijn betoog uit § 2.1 – ook in het aansprakelijkheidsrecht: art. 162 noemt weliswaar alleen schadevergoeding, maar aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad vooronderstelt een rechtsplicht tot doen of nalaten (zoals bijvoorbeeld het wegnemen van een omgewaaide boom, zonder dat aangetoond wordt dat door de aanwezigheid van de boom schade wordt geleden).¹¹¹ En zo is het naar mijn mening – in zoverre ben ik het roerend eens met de conclusies van Linssen – ook in het verrijksrecht: afdracht van de verrijking hoeft niet de vorm van een schadevergoeding te hebben, omdat de rechtsplicht tot verrijksafdracht ook op andere wijze gemedieerd kan worden.¹¹² Zie hiervoor § 2.1. Het genoemde uitgangspunt wordt dus, zo zou ik menen, niet gehinderd door de letterlijke tekst van art. 212, maar vindt veeleer weerklank, steun en grond in het beginsel dat tot uitdrukking wordt gebracht in art. 5:1 e.v. en art. 3:121 BW.

Ten slotte kan men zonodig het begrip ‘schade’ in art. 212 – als ware het een stuk klei – modelleren zodat het de gewenste vormen krijgt.¹¹³ Ook de wetgever lijkt een handreiking in deze richting te doen waar hij stelt dat schade van de verarmde gelegen kan zijn in het niet verkregen hebben van een vermogensbestanddeel dat in plaats van aan de benadeelde juist aan de verrijkte is toegefallen.¹¹⁴

Mijn opvatting is dat ‘goederenbescherming’ niet de exclusieve rechtsgrond voor verrijksafdracht moet zijn. ‘Goederenbescherming’ leidt uiteindelijk tot een categorisering van gevallen, gedragingen en beschermenswaardige belangen waar de verrijksafdracht als remedie bij past, die als conclusie het etiket *Zuweisungsgehalt* opgeplakt krijgen. En daarbij zijn het – zo leert mijns inziens de Duitse ervaring – juist de grensgevallen die aantonen dat bij ‘goederenbescherming’ gelijke gevallen een ongelijke behandeling ten deel valt.

In deze opvatting zou er namelijk wél een recht met ‘*Zuweisungsgehalt*’ zijn als het gaat om i.e.-rechten, *corporate opportunities* en geheimhoudings-

111 HR 7 mei 1982, *NJ* 1983, 478 (*Trechsel/Lameris*).

112 Gergen 2001, p. 1934, wijst er op dat goederenbescherming ex ante door middel van ‘injunction’ en ex post bijvoorbeeld met verrijksafdracht afgedwongen kan worden. Over verbods- en gebodsacties in het algemeen Asser-Hartkamp III, nr. 116 e.v.

113 Vergelijk Schoordijk 1977, p. 27 e.v., Schoordijk 1986, p. 15; en zo ook in wezen Linssen 2001, p. 543, nt. 31.

114 Parl. Gesch. Boek 6, p. 831.

plichten¹¹⁵, maar geen verrijksrechtelijk verankerd ‘recht’ om verschoond te blijven van onbetamelijk handelen in het algemeen. Dit leidt ertoe dat bijvoorbeeld onbetamelijke mededinging (zoals misbruik van machtspositie of het onbetamelijk profiteren van wanprestatie) geen verrijksrechtelijke afwikkeling kan ondergaan.¹¹⁶

Dit in het klassieke eigendomsbegrip gevangen onderscheid tussen ‘goederen’ (zoals i.e.-rechten) en ‘niet-goederen’ (zoals: feitelijke winstverwachtingen, verwachtingen omtrent gelijke kansen in concurrentieverhoudingen, et cetera) is wat mij betreft zeer onwenselijk. Het is toch niet vol te houden dat zinnig onderscheid gemaakt kan (en moet) worden tussen onrechtmatige mededinging door bijvoorbeeld merkinbreuk of het ontfoetselen van bedrijfsgeheimen enerzijds en – laten we zeggen – misbruik van marktmacht anderzijds?

3.2. *Verrijking door het ontlopen van een contract*

Iemand die door eigen toedoen zonder tegenprestatie een dienst, vrucht of prestatie geniet waarvoor normaal gesproken een vergoeding wordt bedongen, moet niet vreemd opkijken als hem naderhand wordt verweten zich als een ‘freerider’ te hebben gedragen.¹¹⁷ Instappen zonder te betalen in trein, bus of vliegtuig, dat mag niet. Betaling is dan ook af te dwingen op grond van contract, onrechtmatige daad, onverschuldigde betaling, ongerechtvaardigde verrijking of een combinatie van twee of

115 Zie de voorbeelden bij Linssen 2001, p. 585 e.v.

116 Aldus BGH 9 maart 1989, geciteerd door Linssen 2001, p. 57, nt. 192; vergelijk ook a.w., p. 66. Zie ook nog Grosskopf 2001, p. 1996 en Schlechtriem c.s. 2001, p. 399. Om het voor Duits recht nog een stukje ingewikkelder te maken: bij wijze van schadeberekening is verrijksafdracht soms en in bepaalde mate en opzichten wel mogelijk binnen § 823 BGB jo. de UWG; zie Linssen 2001, p. 67, nt. 241 en ook Baumbach/Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, 21e druk München 1999, Einl. UWG, rdnr. 381. Maar het gaat dan veelal om inbreuk op i.e.-rechten. Vergelijk ook nog Schlechtriem 2001, p. 218.

117 Vergelijk OGH 1994, aangehaald bij Schlechtriem 2001, p. 219, dat voor het welslagen van een verrijksactie tegen een freerider vereist dat deze zich ervan bewust is dat hij gebruik maakt van een dienst of zaak van een ander waar normaal gesproken – naar de ervaring leert – een vergoeding voor wordt bedongen. Het enkele feit dat men profiteert van eens anders inspanningen is onvoldoende grond voor een verrijksafdracht; vergelijk Kamperman Sanders 1997, p. 139.

meer van deze vier.¹¹⁸ Welke constructie men ook kiest, belangrijker is de uitkomst: moet de prijs van het kaartje worden vergoed die een gewone passagier zou hebben betaald, de werkelijke schade of de werkelijke verrijking?

Bij verrijgingsgevallen door niet-contracteren liggen steeds twee benaderingswijzen voor de hand: een volledige verrijgingsafdracht of redelijke (gebruiks)vergoeding.¹¹⁹ In het gegeven voorbeeld zou ik de redelijke vergoeding (de prijs van het vervoerbewijs) kiezen. En daar passen met enige goede wil elk van de genoemde rechtsgronden bij: het stilzwijgend contract verplicht tot betaling van de prijs, de onrechtmatige daad van het niet contracteren verplicht tot vergoeding van de schade (gelegen in het niet-ontvangen van de prijs), de waarde van de onverschuldigd verrichte vervoerprestatie wordt gesteld op de waarde die deze in het economisch verkeer heeft (de prijs dus) en de ongerechtvaardigde verrijking is gelegen in de kostenbesparing door niet te contracteren (de prijs dus).

Een redelijke vergoeding voor de genoten prestatie kan – op welke wijze men haar ook wenst te construeren – een passende vorm van redres opleveren. Stel bijvoorbeeld dat een ondergronds grottenstelsel door een gebruiker te goeder trouw wordt geëxploiteerd – dat wil zeggen: hij denkt dat hij rechthebbende van de grot is¹²⁰ – terwijl in werkelijkheid een deel van de grot zich onder het perceel van de buurman uitstrekt. Pleitbaar is dat voor het gebruik van het gedeelte van de buurman een redelijke vergoeding verschuldigd is. Afhankelijk van de omstandigheden zijn verschillende wegen denkbaar die tot dit resultaat voeren.

Mogelijk kan de exploitant worden verweten geen onderzoek naar de eigendom (en perceelsgrens) van de grot te hebben ingesteld, zodat sprake is van *verwijtbaar* nalaten om te contracteren. Dat levert in aansprakelijkheidsrechtelijke zin rechtsinbreuk op. Ook als die inbreuk

118 Vergelijk Schoordijk 1979, p. 454-455. Zie voor 'implied contract'-variant hier Schlechtriem 2001, p. 164-165. Vergelijk voor de delictuele weg HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 700 m.nt. JBMV (*Azivo/GGD*) en voor de verrijkingweg HR 15 maart 1996, *NJ* 1997, 3 (*Van der Tuuk Adriani/Batelaan*). Hijma (nt. onder *NJ* 1997, 719) heeft dus gelijk als hij zegt dat art. 212 kan dienen als instrument van vermogensverschuiving waarin deze redelijkerwijs *overeengekomen* had moeten worden. Ik denk alleen dat het geschil van Van der Tuuk en Batelaan daar nu juist geen voorbeeld van was; zie verder § 6.3.

119 Over de redelijke gebruiksvergoeding Deurvorst 1994, p. 144 e.v., met verdere verwijzingen.

120 Ik abstraheer even van het probleem dat in ons rechtstelsel niet spoedig goede trouw kan bestaan ten aanzien van perceelsgrenzen.

niet verwijtbaar is, kan ze niettemin krachtens verkeersopvatting aan de inbreukmaker worden *toegerekend*, zodat ook dan sprake is van een fout die tot schadevergoeding verplicht.¹²¹

Het staat de rechter naar mijn mening vrij om in beide gevallen met toepassing van art. 6:95 e.v. een redelijke gebruiksvergoeding toe te kennen. Art. 104 komt daarbij niet te pas.¹²² Bij vaststelling van de vergoeding kan in dubbel opzicht worden geabstraheerd. Allereerst kan ze losstaan van het werkelijk genoten voordeel, omdat ze uitgaat van de *besparing* die de verrijkte heeft verkregen door zonder te contracteren over het gebruik, de zaak te gebruiken.¹²³

Parkside Homes Ltd. was tegenover Wrotham Park Estate Co. verplicht om niet te bouwen op zijn perceel. Door deze plicht te schenden, boekte Parkside een winst. Parkside werd niet veroordeeld tot afgifte van deze winst, maar van het bedrag dat zij waarschijnlijk zou hebben moeten betalen aan Wrotham indien zij tot heronderhandeling van hun contract was overgegaan.¹²⁴

In de tweede plaats kan ook indien in het geheel geen schade is geleden, de inbreuk als zodanig toch een abstracte schadeberekening rechtvaardigen; het gaat immers om de redelijke gebruiksvergoeding die de eigenaar zou hebben kunnen bedingen als met hem zou zijn gecontracteerd.¹²⁵

Een autohuurder die de gehuurde auto zonder toestemming nog een dag langer onder zich houdt, is in die opvatting (ten minste) een gebruikelijke vergoeding verschuldigd. Gesteld dat de huurder betaling daarvan weigert met het verweer dat de auto toch niet zou zijn verhuurd en er in zoverre dus geen inkomsten zijn misgelopen, dan zeggen we – zelfs als dit verweer feitelijk juist is – toch niet tegen de verhuurder: ‘inderdaad, u heeft geen schade,

121 Vergelijk HR 15 november 1996, *NJ* 1998, 314 (*Rummikub*). Ik laat maar even daar of hier sprake was van verwijtbaar gedrag of gedrag dat krachtens verkeersopvatting voor rekening van Simon komt, maar de kern van het arrest is duidelijk: een onrechtmatige mededingingsdaad is ook bij rechtsdwaling toerekenbaar.

122 Zo ook Schoordijk 1986, p. 15, Spier 1992, nr. 36, 38.

123 Schlechtriem 2001, p. 163, p. 166.

124 *Wrotham Park Estate Co. vs. Parkside Homes Ltd.* [1974] 1 WLR 798, besproken door Friedmann 2001, p. 1879 en LCR 247, p. 39.

125 Ik zou dan omwille van de hanteerbaarheid van de schadeberekening abstraheren van de eventuele weigerachtigheid om te contracteren.

en ontvangt dus niets'? Integendeel, dan abstraheren we van dat gegeven en stellen we de schade op het redelijke huurtarief. Enerzijds omdat de schade wordt vastgesteld aan de hand van vergelijking met de situatie waarin de profiteur wél had gecontracteerd en anderzijds omdat we binnen art. 6:95 BW e.v. mogen abstraheren van dergelijke omstandigheden.

Een redelijke vergoeding is een goede maatstaf, maar zij heeft als nadeel dat ze – anders dan de plicht tot afdracht van de volledige verrijking – niet kan prikkelen tot het in onderhandeling treden met degene van wie men het gebruik wil bedingen.¹²⁶ Degene die de onderhandelingsroute mijdt en na inbreuk de door de rechter vastgestelde vergoeding betaalt, kiest als het ware de sluiproute zonder dat hij daarvoor een te hoge prijs betaalt.¹²⁷ De plicht tot volledige afdracht van de genoten verrijking kan dan een betere prikkel opleveren om in onderhandeling te treden met degene wiens belang veronachtzaamd dreigt te worden.¹²⁸ In bepaalde gevallen is derhalve afdracht van de genoten verrijking verkieslijker.

Stel, een ondergronds grottenstelsel wordt door een gebruiker geëxploiteerd, terwijl hij *weet* dat een deel van de grot onder het perceel van de buurman is gelegen.¹²⁹ Wie weet dat hij zonder titel eens anders goed gebruikt, riskeert de sanctie van verrijkingsafdracht. Zo verging het Lee in de *Kentucky Cave Case*. Lee was eigenaar van een perceel waaronder zich een grottenstelsel bevond. Hij kon weten dat ? deel van het grottenstelsel zich onder het perceel van buurman Edwards bevond. Er was slechts één ingang tot de grotten, namelijk op het perceel van Lee. Lee ging over tot exploitatie van het grottenstelsel door toeristische excursies en dergelijke te organiseren. Toen Edwards hier achter kwam, vorderde hij met succes een evenredig deel van de opbrengsten (? deel van de nettowinst).¹³⁰

Misschien is het ten minste vereist om wat dit betreft onderscheid te maken tussen 'gewone' en opzettelijke laedentes. Naar mijn mening ligt

126 Dagan 1999, p. 141.

127 Dagan 1999, p. 141.

128 Dagan 1999, p. 140; Wonnell 1999, p. 796.

129 Waarbij ik maar even aanneem dat in die gevallen geen doorbreking van de verticale natrekking ten gunste van het naburig perceel plaatsvindt.

130 *Edwards vs. Lee's Administrator*, 96 S.W. 2d 1028 (Ky. 1936); zie daarover bijvoorbeeld Friedmann 2001, p. 1893, p. 1918; Birks 2001, p. 1792-1793; Edelman 2001, p. 1872 e.v.; Linssen 2001, p. 591; Dawson 1981, p. 613; Schoordijk 1977, p. 31. Sommige auteurs verwisselen overigens de namen van partijen.

in het geval van bewust of opzettelijk profiteren een ruimere verrijksafdracht op grond van art. 104 meer voor de hand, zodat voorkomen wordt dat de opzettelijke profiteur door zijn daad per saldo toch beter wordt.¹³¹

Hieruit volgt dat verwijtbaarheid ten aanzien van het niet-contracteren in veel gevallen voldoende houvast biedt voor een verrijksafdracht. Maar er zijn ook gevallen waarin gedragstoetsing nauwelijks iets oplevert; soms kan de verrijkte niet een verwijt worden gemaakt dat hij niet contracteerde – bijvoorbeeld omdat er in het geheel geen mogelijkheid bestond voor onderhandelen over een contract.¹³² Toch kan betaling van een bepaald bedrag dan toch redelijk zijn. Ik kom daar op terug in § 6.3.

3.3. *Verrijksafdracht als antwoord op normschending*

Het beginsel dat niemand zichzelf mag verrijken door middel van zijn onrechtmatige daad, spreekt het rechtsgevoel aan. En soms wil dat rechtsgevoel dan vervolgens ook verarmingsoverstijgende verrijksafdracht toestaan. De meest sprekende gevallen daarbij zijn die van *opzettelijke*, op verrijking gerichte onrechtmatige daden.¹³³

Een voorbeeld: Sheldon had een toneelstuk geschreven, waarover hij met Metro-Goldwyn in onderhandeling trad. Metro wilde het verhaal verfilmen. Sheldon vroeg \$ 30 000. De onderhandelingen resulteerden niet in een overeenkomst. Metro gebruikte daarna niettemin delen van de verhaallijn in een speelfilm en maakte een nettowinst van \$ 587 604. Metro was schuldig aan

131 Langs vergelijkbare lijnen maakt de Restatement of Restitution (1937) onderscheid tussen bewuste en onbewuste verrijksdaden; de eerste categorie zou volledige verrijksafdracht rechtvaardigen terwijl de laatste slechts de redelijke gebruiksvergoeding rechtvaardigt. Zie Edelman 2001, p. 1873-1874; Virgo 1999, p. 454-455. Zie over het onderscheid tussen opzettelijk en niet-opzettelijk handelen in dit verband ook § 2.1.

132 Daarom betogen rechtseconomen wel dat in plaats van een volledige verrijksafdracht een redelijke vergoeding in elk geval wél op haar plaats kan zijn daar waar onderhandeling niet efficiënt is door te hoge transactiekosten of de onmogelijkheid van onderhandeling. Zie het overzicht geboden door Gerrit de Geest, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, diss. Gent 1993, p. 323 e.v.

133 Vergelijk Gergen 2001, p. 1937; Edelman 2001, p. 1876; Schlechtriem 2001, p. 105.

opzettelijke inbreuk op Sheldon's auteursrecht en zij diende 20% van de nettowinst af te staan aan Sheldon.¹³⁴

De vraag die sommige Amerikanen in dit verband overigens bezighoudt is of men onderscheid moet maken tussen opzettelijk onrechtmatig handelen en 'gewoon' foutief handelen.¹³⁵ De gangbare benadering is die waarbij men in geval van opzettelijke verrijksdaden tot schadevergoeding verplicht is ofwel tot afdracht van de waarde van hetgeen ten koste van de ander is verkregen, afhankelijk van welk bedrag het hoogste is.¹³⁶

En als de onrechtmatige gedraging opzettelijk gericht is geweest op schadetoebrenging, dan is verrijksafdracht naar mijn mening ook een verdedigbare stap.

Is het – in plaats van toepassing van art. 6:211 BW – geen passender sanctie dat de huurmoordenaar (die faalt in de uitvoering van zijn opdracht), niet zozeer aan zijn opdrachtgever restitutie verschuldigd is, maar bij wijze van verrijksafdracht de 'aanneemsom' aan het beoogde slachtoffer (dan wel diens erven) moet afstaan? Is het geen passender sanctie dat de corrupte werknemer de genoten verrijking aan zijn werkgever afstaat in plaats van aan de omkopende wederpartij?¹³⁷

Maar verrijksafdracht is zeker niet beperkt tot gevallen van opzettelijk onrechtmatig handelen. Buiten opzettelijke onrechtmatige daden kan verrijksafdracht ook de juiste remedie zijn, bijvoorbeeld om een adequate prikkel tot wenselijk gedrag te geven aan potentiële aansprakelijken.¹³⁸

134 309 U.S. 390 (1940) (Supr. Ct.), besproken door Friedmann 2001, p. 1889. Het voorbeeld maakt overigens direct duidelijk dat een verrijksafdracht grandioze schadeberekenningsmoeilijkheden met zich brengt. Moet de nettowinst zonder meer worden afgedragen, of slechts proportie tot de onrechtmatige daad? De nettowinst van een speelfilm wordt immers slechts gedeeltelijk (en bij sommige films in het geheel niet) bepaald door de verhaallijn. Uiteindelijk werd de verrijksafdracht gesteld op 20% van de nettowinst. Vergelijk over het proportionaliteitsprobleem bijvoorbeeld Jaffey 2000, p. 383-384;

135 Friedmann 2001, p. 1888.

136 Wonnell 1996, p. 204 e.v. Vergelijk § 151 e.v. Restatement of Restitution (1937).

137 Zie uitgebreid Linssen 2001, p. 628-632. Vergelijk Goff en Jones 1998, p. 738 e.v. en Beatson 1991, p. 225. Aarzelend nog Schoordijk 1977, p. 32.

138 Edelman 2001, p. 1876; vergelijk Schlechtriem 2001, p. 171; Deurvorst 1994, p. 173-176.

Snepp was agent bij de CIA. Na zijn vertrek bij de inlichtingendienst publiceerde hij zijn memoires, maar zijn arbeidscontract verplichtte tot geheimhouding. De memoires bevatten geen staatsgeheimen. Toch achtte het Supreme Court een volledige winstafdracht op haar plaats.¹³⁹ Tot eenzelfde beslissing kwam de House of Lords in het vergelijkbare geval *Attorney-General vs. Blake*.¹⁴⁰

Een ander voorbeeld: een recidiverende fraudeur weet met vervalsing van identiteitspapieren en werkgeversverklaringen een hypothecaire geldlening op verschillende percelen te verkrijgen bij verschillende banken. Hem zouden nooit leningen zijn verstrekt als hij zijn ware inkomen en achtergrond zou hebben opgegeven. Als de fraudeur met betalingen achterblijft, worden de onderpanden geëxecuteerd. Opmerkelijk genoeg blijft er door de explosief stijgende marktprijzen een overschot over. De hypotheekbanken hebben derhalve geen schade geleden; toch is jegens hen onrechtmatig gehandeld (bedrog). Verdedigbaar acht ik dat het surplus niettemin moet worden ontnomen aan de fraudeur en aan de hypotheekbanken toekomt, omdat een fraudeur ook in privaatrechtelijke zin niet mag profiteren van zijn bedrog.¹⁴¹

Is het mogelijk om een algemene regel te ontwikkelen aan de hand waarvan kan worden bepaald wanneer verrijkingsafdracht de juiste remedie is? Hiervoor (§ 3.1) kwam de opvatting aan de orde dat verrijkingsafdracht alleen een passende remedie is bij inbreuken op beschermde rechtsposities, zoals eigendom en andere goederen. Als gezegd acht ik deze opvatting als ‘alomvattend fundament’ voor de verrijkingsafdracht niet aantrekkelijk, omdat onbetamelijk handelen als zodanig niet onder een van die rechtsposities valt en dergelijk handelen derhalve geen recht geeft op verrijkingsafdracht.¹⁴² Ik zie daarin een onterecht onderscheid tussen ‘goederen’ en ‘niet-goederen’ dat bij voorbaat bepaalde gevallen buiten het werkingsbereik van de verrijkingsafdracht houdt.

139 *Snepp vs. United States* 44 U.S. 507 (1980), besproken bij Friedmann 2001, p. 1899-1900.

140 [2001] 1 A.C. 268, besproken door Friedmann 2001, p. 1900.

141 Voor een vergelijkbaar geval zie – met tegengestelde uitkomst – *Halifax Building Society vs. Thomas* [1995] 4 All ER 673. Daarover LCR 247, p. 35-36; de reden voor afwijzing van de verrijkingsafdracht zou volgens de Law Commission gelegen zijn in het feit dat de fraudeur reeds strafrechtelijk vervolgd was en in dat verband al voordeelsontneming had plaatsgevonden. Over de verhouding tussen verrijkingsafdracht en strafrechtelijke voordeelsontneming voor ons recht zie Borgers 2001, p. 366 e.v.

142 Zie de discussie in § 3.1. Vergelijk ook Weinrib, zoals weergegeven door Dagan 1999, p. 143-145.

Een ruimere toepassing voor verrijkingsafdracht is wenselijk, maar daarmee is niet gezegd dat verrijkingsafdracht bij *elke* normschending de juiste remedie is.¹⁴³ Er zijn onrechtmatige gedragingen waar verrijkingsafdracht niet bij past.¹⁴⁴ Ik zou bijvoorbeeld niet willen verdedigen dat bij onrechtmatige mededinging *zonder meer* een verplichting tot verrijkingsafdracht bestaat.¹⁴⁵ Voor dat voorbeeld lijkt de volgende benadering juister. Allereerst moet aanknopng worden gezocht bij de bestaande vereisten voor aansprakelijkheid voor ongeoorloofde mededinging zoals die in de rechtspraak zijn neergelegd.¹⁴⁶ Vervolgens moet de vraag onder ogen worden gezien of verrijkingsafdracht in het gegeven geval een passende vorm van redres is.¹⁴⁷ Relevant kan zijn of er sprake is van opzettelijke verrijking of juist op de verarming gerichte daden.¹⁴⁸ Waar het gaat om bewust gepleegde normschending die (mede) tot oogmerk heeft het ontnemen van het marktaandeel van de concurrent, zal verrijkingsafdracht spoediger de passende vorm van redres zijn.

In een straat bevinden zich drie pizzabakkers. Twee spannen samen tegen de derde en werken hem met ongeoorloofde middelen uit de markt. De uitgerangeerde pizzabakker kan de mededaders naar mijn mening aanspreken tot afgifte van de toename van hun netto-inkomsten voorzover deze gerelateerd is aan het aangroeien van hun marktaandelen. Die toename is namelijk ver-

143 Blijkbaar anders Goff en Jones 1998, p. 781, p. 783.

144 De conclusie die Linssen 2001, p. 297, daar aan verbindt (namelijk dat onrechtmatigheid niet de basis kan zijn voor de verrijkingsafdracht), zou ik willen verwerpen. Zie ook de (hoofddektst bij) nt. 90.

145 De vraag wordt opgeworpen door Linssen 2001, p. 298. Zie verder Schlechtriem 2001, p. 185 e.v., p. 233 e.v., p. 251-252, die constateert dat in die gevallen waarin verrijkingsafdracht bij ongeoorloofde mededinging is toegestaan, deze niet op inbreuk op een beschermd goed is gegrond maar op sanctionering van onbetamelijk gedrag.

146 De vrijheid van handel en bedrijf, het beginsel van vrije mededinging zijn pijlers van onze rechtsorde (zie Van Engelen 1994, p. 167-168) en dus geldt als uitgangspunt dat verrijking door de een ten koste van de ander in een mededingingscontext vermoed wordt gerechtvaardigd te zijn.

147 Ook hier past mijns inziens onderscheid tussen verrijkingsafdracht en 'gewone' schadevergoeding. De parlementaire geschiedenis geeft aan dat schade van de verarmde gelegen kan zijn in het niet verkregen hebben van een vermogensbestanddeel dat in plaats van aan de benadeelde juist aan de verrijkte is toegefallen. Parl. Gesch. Boek 6, p. 831. Ook voor de redelijke gebruiksvergoeding geldt dat deze gemakkelijker in te passen lijkt dan de verrijkingsafdracht die daarbovenuit stijgt. Zie hier voor § 3.2.

148 Vergelijk Schlechtriem 2001, p. 187.

kregen door overtreding van een norm die beoogt te beschermen tegen het nastreven van ontoelaatbare verrijking ten koste van eerlijke concurrentie.

Vervolgens kan afdracht van een genoten verrijking ook passen indien zij correleert met de overtreden norm. Gekeken moet worden naar enerzijds de aard van de gedraging en anderzijds naar de aard van de geschonden norm.¹⁴⁹ Zeker als de norm primair (of mede) ziet op voorkoming van verrijking door overtreders, dan is verrijkingsafdracht een logische stap.¹⁵⁰ Dit relativiteitsvereiste kwam reeds ter sprake in § 2.1. Maar de verrijkingsafdracht kan ook om andere redenen een juiste respons zijn op de normschending. Zo kan een verrijkingsafdracht het ‘falen’ van het schadevergoedingsrecht rechtzetten: daar waar vergoeding van concreet geleden vermogensschade als prikkel tot zorgvuldig gedrag stelselmatig tekortschiet, is soms het alternatief van daarbovenuit stijgende verrijkingsafdracht te verkiezen.¹⁵¹ Een aantal van deze gevallen treft men bijvoorbeeld aan in art. 6:106 BW. Iemand die in de boulevardpers beledigd is, kan binnen de grenzen van art. 106 aanspraak maken op vergoeding van zijn immateriële schade. Een krachtiger prikkel tot zorgvuldige journalistiek zou gelegen kunnen zijn in een verrijkingsafdracht.¹⁵²

Daarmee is verrijkingsafdracht overigens geen punitieve maatregel. In de literatuur is al naar voren gebracht dat art. 106 kan dienen voor een punitieve schadevergoeding¹⁵³ en ik denk dat daar een kern van waarheid in schuilt (zeker als de benadeelde genoegdoening put uit de toekenning van een bedrag in smartengeld).¹⁵⁴ Maar daarmee is niet gezegd dat een verrijkingsafdracht in de gevallen genoemd in art. 106 per definitie punitief is. Zeker als daarmee wordt bedoeld op opzettelijke leedtoevoeging¹⁵⁵, heeft een verrij-

149 Schlechtriem c.s. 2001, p. 399.

150 Vergelijk Birks 1989, p. 328-329.

151 Vergelijk Virgo 1999, p. 455, p. 497; Wonnell 1996, p. 160-161. Naar mijn mening in vergelijkbare zin de ratio van het *Barbie vs. Sindy*-arrest (HR 21 februari 1992, *NJ* 1993, 164).

152 Vergelijk Van der Heijden 2001.

153 Zie de voor- en tegenstanders van punitief smartengeld bij Linssen 2001, p. 337, nt. 140 en bij S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, diss. Leiden 1998, p. 32. Lindenbergh zelf is tegenstander van een privaatrechtelijke boete.

154 Vergelijk anderzijds Linssen 2001, p. 350, die er terecht op wijst dat zuivere genoegdoeningsfunctie niet gelijkgesteld mag worden met een ‘boete’.

155 Opmerkelijk is dat Linssen 2001, p. 342 punitief definieert als de situatie ‘dat er uiteindelijk meer wordt toegekend dan de werkelijke schade bij eiser’. Die definitie zou ik niet kiezen. Elke vorm van (abstracte) schadeberekening kan er namelijk onder vallen, ook als er geen leedtoevoeging mee wordt beoogd.

kingsafdracht daar hooguit heel in de verte iets van weg. Iemand iets ontnemen omdat het de vrucht van zijn onrechtmatige gedraging is, is als zodanig net zomin een strafmaatregel als het verplichten tot schadevergoeding.¹⁵⁶

Een verrijkingsafdracht bij een beledigende publicatie ligt in de rede. Publieke leugens bijvoorbeeld schaden mensen in hun intermenselijke relaties, en dat is een ‘resource integral to the owner’s sense of self’¹⁵⁷ die adequate bescherming verdient door verrijkingsafdracht.

Enerzijds kan de plicht tot verrijkingsafdracht derhalve een betere prikkel zijn tot zorgvuldig handelen dan andere remedies, maar zij kan anderzijds ook een betere prikkel opleveren tot private handhaving.¹⁵⁸ Als bijvoorbeeld de verplichting tot verrijkingsafdracht ertoe bijdraagt dat benadeelden door onrechtmatige mededingingsdaden eerder hun recht halen, dan is daarmee het publieke belang bij handhaving van eerlijke mededinging gediend.¹⁵⁹ Dat kan winst opleveren. Daarmee is verrijkingsafdracht in aansprakelijkheidszaken naar mijn gevoel meer dan alleen een kwestie van ‘policy’¹⁶⁰; de afdracht geeft de norm gewicht die ze anders mogelijk zou missen.

Bij gevallen van massale schade of veelvoorkomende rechtsinbreuken waartegen individuen zich moeilijk kunnen wapenen is private handhaving door belangenorganisaties of door geconcentreerde acties spoedig wenselijk. In het auteursrecht is daar een goed voorbeeld van te geven in de vorm van uitvoerings- en incasso-organisaties die onder meer toezien op naleving van afdrachtverplichtingen. Maar daarbuiten zijn dergelijke collectiveringstendenzen schaars. Het aansprakelijkheidsrecht mét verrijkingsafdracht zou bij een dergelijke ‘collectivering’ weliswaar een belangrijke rol kunnen spe-

156 Zo ook Virgo 1999, p. 497.

157 De term is van Rotherham 1998, p. 582, met verwijzing naar Dagan 1997. Vergelijk ook Francis Sparshott, *Taking Life Seriously – A Study of the Argument of the Nicomachean Ethics*, Toronto 1994, p. 173.

158 Een opmerkelijke prikkel tot private handhaving is de door Linssen 2001, p. 347 en Kades 1999, p. 1561, genoemde mededingingswetgeving, die de private handhaving van mededingingsregelgeving stimuleert: de benadeelde krijgt schadevergoeding ‘maal drie’! Dat is wellicht iets te veel van het goede (het doet denken aan de vijf ossen en vier schapen in Exodus 22.1.), maar het idee van stimulering van private handhaving als zodanig is naar mijn mening niet verwerpelijk. De factor drie zou volgens Kades 1999, p. 1561, de pakkans weerspiegelen (één op de drie kartelovertreedingen wordt ontdekt).

159 Vergelijk Grosskopf 2001, p. 2000.

160 Birks 1989, p. 328-329 legt hier de nadruk op.

len¹⁶¹, maar vooralsnog is dit toekomstmuziek, mede vanwege het beperkte bereik van de collectieve actie ex art. 3:305a BW.¹⁶²

Wel moet worden gewaakt voor een ‘overdeterrence’ door de dreiging van verrijkingsafdracht.¹⁶³ Rechtseconomen waarschuwen daarvoor.¹⁶⁴ Wanneer kan daarvan sprake zijn? Wonnell wijst er op dat pure verrijkingsafdracht beperkt zou moeten blijven tot die sprekende gevallen waarin het gedrag duidelijk inefficiënt is en gemakkelijk te voorkomen is. Dat zal bijvoorbeeld bij opzettelijke daden van verrijking het geval kunnen zijn. Bij gedragingen waar dat minder zwart-wit ligt en op voorhand moeilijker te voorspellen is of het gedrag inefficiënt is, is volgens Wonnell aansprakelijkheid voor *geleden schade* juister: het prikkelt de aansprakelijke om daadwerkelijk de te verwachten schade af te wegen tegen de te verwachten baten. Een verrijkingsafdracht in die gevallen zou de aansprakelijke niet langer tot voorzichtigheid prikkelen omdat hij ongeacht de omvang van de schade tot winstafdracht verplicht zou zijn.

Wonnell geeft het voorbeeld van onrechtmatige lawaaihinder in de omgeving van een luchthaven. Hinder is het bijproduct van verrijkingsactiviteiten van vliegvaartmaatschappijen ten koste van omwonenden.¹⁶⁵ De lawaaihinder zou op twee manieren kunnen worden aangepakt: ofwel de omwonenden worden in geld gecompenseerd voor hun schade, ofwel er moet regelgeving worden ingesteld die tot geluidsreductie leidt. Maar welke van beide mogelijkheden ook zou worden gekozen, wat zeker onzinnig zou zijn – aldus Wonnell – is een verplichting tot afdracht van de winsten die de vliegvaartmaatschappijen boeken met de geluidsoverlast.¹⁶⁶ Een dergelijke winstafdracht zou namelijk tot beëindiging van een economisch en maatschappelijk nuttige activiteit leiden. Een overmaat aan prikkels schaadt in dat ge-

161 Anders Linssen 2001, p. 375.

162 Zie N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht*, diss. Utrecht 1994, p. 163 e.v. Ook zou nadere studie nodig zijn naar bijvoorbeeld de verdeling van opbrengst; vergelijk Spier 1992, nr. 34, Jaffey 2000, p. 380. Zie daarover in verband met ‘punitieve damages’ Kades 1999, p. 1562 e.v.

163 Wonnell 1999, p. 804; Linssen 2001, p. 300 e.v.; Grosskopf 2001, p. 2006.

164 Rechtseconomen waarschuwen overigens ook voor het gevaar dat men door een benadeelde recht te geven op een groter bedrag dan zijn schade, slachtofferschap uitlokt. Zie Wonnell 1996, p. 189-190. In vergelijkbare zin de ratio van het indemniteitsbeginsel bij de verzekeringsovereenkomst.

165 Vergelijk Epstein 1994, p. 1399.

166 Vergelijk ook Linssen 2001, p. 544. Blijkbaar anders: Goff en Jones 1998, p. 781.

val.¹⁶⁷ Ik vind dat hier wel iets op is af te dingen. Onduidelijk is of Wonnell doelt op afdracht van de *volledige* winst van de vliegvaartmaatschappij, of alleen op dat deel dat gerelateerd kan worden aan de hinder? In het laatste geval is afdracht naar mijn mening al minder vreemd.¹⁶⁸ Zie ook § 4.2.

Ik denk dat het wel meevalt met ‘overdeterrence’ door verrijkingsafdracht. Bedacht moet namelijk worden dat verrijkingsafdracht geen leedtoevoeging beoogt en de verrijkte niet meer afneemt dan hij door de verrijkingsebeurtenis ‘erbij heeft gekregen’. Het leidt er niet toe dat de verrijkte erger dan alleen ‘stripped’ achterblijft; er wordt hem ten hoogste ontnomen wat hij niet had mogen verkrijgen.¹⁶⁹

3.4. Conclusie

Verrijkingsafdracht is naar mijn mening niet beperkt tot gevallen waarin ingebroken is op een ‘goed’. Dat neemt niet weg dat de benadering van de ‘goederenbescherming’ een vruchtbare kan zijn, ik denk alleen niet dat zij de enig juiste weg is. Aantrekkelijker acht ik het perspectief van gedragsbeïnvloeding; verrijkingsafdracht – ook die welke de verarming overstijgt – kan bijdragen aan prikkeling tot bijvoorbeeld maatschappelijk betamelijk gedrag. Zo kan de afdracht, waar het gaat om verrijking door het ontlopen van een contract, soms ook een goede remedie opleveren die prikkelt tot het aangaan van onderhandelingen over prestatieuitwisseling.¹⁷⁰ En dat verrijking die is geschied met het opzet om te verrijken dan wel te verarmen een stevige negatieve prikkel verdient, leidt tot mijn conclusie dat ook in die gevallen verrijkingsafdracht de juiste maatregel is. Evenzeer is verrijkingsafdracht de juiste maatregel indien de overtreden norm (mede) verrijking beoogde te voorkomen; dit geldt naar mijn mening ook als dit tot een verarmingsoverstijgende verrijkingsafdracht zou leiden. En ten slotte is verrij-

167 Wonnell 1996, p. 179.

168 Vergelijk ook Spier 1992, nr. 39, die hinder als voorbeeld noemt voor winstafdracht.

169 Naar mijn mening speelt het risico van ‘overdeterrence’ dan ook vooral bij zogenaamde ‘punitive damages’, indien de toegekende strafbedragen de werkelijke schade en de werkelijke verrijking aanzienlijk overtreffen. Zie daarover Wittman, t.a.p. (noot 204) en *Cooper Industries, Inc. vs. Leatherman Tool Group, Inc.* 532 U.S. 14-15 (2001) (U.S. Supr.. Ct. No. 99-2035).

170 In § 6.2 e.v. zal nog aandacht worden besteed aan de situatie dat onderhandelingen niet gevoerd kunnen worden, maar het niettemin juist is om ‘te doen alsof’ er een contract bestaat. Het verrijkingrecht kan voor die gevallen soms ook als fundament worden gebruikt.

kingsafdracht ook juist indien de prikkel van schadevergoeding stelselmatig tekortschiet om de materiële norm te waarborgen, bijvoorbeeld indien de (individueel) geleden vermogensschade of ander nadeel in het gros van de betreffende gevallen klein is, maar de verrijkingshandeling niettemin ontmoediging verdient.

4. Ongerechtvaardigd verarmd of onrechtmatig verrijkt?

4.1. *Onrechtmatig en ongerechtvaardigd*

In het aansprakelijkheidsrecht geldt dat het blote feit dat iemand verrijkt wordt ten koste van een ander, die ander geen enkele aanspraak geeft. Het enkele feit dat de partner van een bijstandsfraudeur van de genoten uitkering heeft geprofiteerd, maakt hem of haar niet schadeplichtig tegenover de uitkeringsinstantie. Er moet meer aan de hand zijn: wetenschap van de benadeling, misschien uitlokking of samenspanning.¹⁷¹ Het enkele feit dat de ene concurrent het marktaandeel van de andere concurrent afsnoept door concurrerende prijzen, maakt hem niet schadeplichtig voor de verarming van de ander.¹⁷² Er moet meer aan de hand zijn, zoals verwijtbare onbetamelijkheid door het gebruik van misleidende reclame of andere ongeoorloofde middelen.¹⁷³ Het aansprakelijkheidsrecht bekommert zich in de regel alleen om de schade van de verarmde als de verrijkte zich had moeten onthouden van zijn verrijkingsdaad met het oog op de belangen van de verarmde.

Wat stelt het verrijkingrecht daar tegenover? Enigszins ongenueanceerd gesteld komt het er op neer dat de meeste auteurs vaststellen dat een verrijking ongerechtvaardigd is indien zij zich niet verdraagt met 'het systeem' van het privaatrecht.¹⁷⁴ Maar op dat abstractieniveau kom ik wat betreft de verhouding met het aansprakelijkheidsrecht helaas niet

171 HR 8 december 1995, *NJ* 1996, 285 (*Franekeradeel/ B*).

172 Wonnell 1999, p. 797: de maatschappelijke baten van vrije concurrentie overtreffen vele malen de schade aan het individu.

173 Vergelijk B.S. Markesinis, *The German Law of Obligations, vol. II – The Law of Torts: A Comparative Introduction*, Oxford 1994, p. 895. Dobbs 1980, p. 338; B. Schilcher/W. Posch, in: Efsthios Banakas (red.), *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Den Haag 1996, p. 151; Wonnell 1996, p. 199.

174 Bregstein 1953, p. 308; Schoordijk 1977, p. 9, Schoordijk 1979, p. 453-454; Schoordijk 1996a, p. 862; Schoordijk 1997, p. 1750, p. 1752; Hijma 1997, p. 107-108; Van Maanen 2001, p. 9 e.v.; p. 49; Snijders 2002, p. 17-18. Vergelijk Sherwin 2001, p. 2107 en Vieira Gomes 2001, p. 452. Zie ook nog Salomons 2001, p. 994-995.

verder dan het formuleren van gulden regels als *neminem laedere* en *suum cuique tribuere*. Ook de verrijgingsrechtelijk georiënteerde gedachte dat het draait om het ontbreken van een ‘legitimatiemoment’ of een *causa*¹⁷⁵ geeft mij geen houvast.

Bovendien lijken er evenzovele begrippen ‘ongerechtvaardigd’ te bestaan als er auteurs zijn die er over schrijven. Zo wordt nogal eens verdedigd dat de vraag of de verrijking ‘ongerechtvaardigd’ is met een simpele checklist kan worden beantwoord: als geen wetsbepaling of rechtshandeling de verrijking rechtvaardigt, is een beroep op art. 212 in beginsel mogelijk.¹⁷⁶ Die opvatting is uiteraard een onjuiste omkering van het regeringsstandpunt dat daar waar inhoud of strekking van een wetsbepaling of rechtshandeling de verrijking rechtvaardigen, art. 212 geen soelaas kan bieden.¹⁷⁷ De omkering is onjuist omdat bijvoorbeeld eerlijke concurrentie nergens expliciet in de wet als ‘gerechtvaardigde verrijgingsgrond’ wordt aangewezen, maar geen wel-denkend mens het om die enkele reden als ongerechtvaardigde verrijking ten koste van de mededinger zal willen betitelen.¹⁷⁸

Het bestaan van een rechtshandeling is op zichzelf ook nietszeggend.¹⁷⁹ Het idee dat een verrijking die tussen contractspartijen wordt veroorzaakt door

175 Nieskens-Isphording 1991, p. 36; Van Maanen 2001, p. 17.

176 Nieskens-Isphording 1998, p. 102; Van Maanen 2001, p. 27-28. In deze zin inderdaad het Franse recht, aldus Schlechtriem 2000, p. 5, Dickson 1995, p. 115. Het lijkt er op dat ‘zonder rechtsgrond’ hier uitwisselbaar wordt gemaakt met ‘ongerechtvaardigd’ (hetgeen niet vreemd is omdat veel rechtsstelsels deze begrippen niet of slechts met moeite uit elkaar houden; zie Schlechtriem c.s. 2001, p. 383 e.v.). Ook Schoordijk 1996b, p. 250, lijkt ‘rechtsgrond’ en ‘rechtvaardiging’ te vereenzelvigen. Ik merk terzijde op dat Nieskens-Isphording 1998, p. 107, ook *contractweigering* door de verarmde als rechtvaardigingsgrond voor verrijking noemt, en algemener, het ‘willens en wetens zelf’ tot stand brengen van de verrijking.

177 Parl. Gesch. Boek 6, p. 836; zo ook Von Caemmerer, aldus Schrage 1993, p. 987. Vergelijk E.J.H. Schrage, ‘Unjustified Enrichment – recent Dutch developments from a comparative and historical perspective’, *NILR* 1999, p. 76-77, Zimmermann 1990, p. 889, Gordley 2000, p. 214, p. 217 en ook Linssen 2001, p. 510-511. Vergelijk Vriesendorp 2000, nr. 314 e.v.

178 Vergelijk De Savornin Lohman, zoals vermeld door Van Engelen 1994, p. 173. Zie ook voor een vergelijkbare benadering bijvoorbeeld de verwijzingen in nt. 173, waaruit volgt dat opzettelijke schadetoebrenging in concurrentieverhoudingen als zodanig geen aansprakelijkheid teweegbrengt.

179 Hartkamp 2001, p. 316 e.v. Om die reden is te ongenueanceerd hetgeen de TM (Parl. Gesch. Boek 6 p. 829) daarover stelt. Genuanceerder is Bregstein 1948, p. 286 e.v. en Bregstein 1953, p. 304 e.v. Overigens geldt hetzelfde voor een wetsbepaling: het enkele feit dat een verrijking door een wetsbepaling teweeg wordt gebracht, betekent niet dat een verrijking per definitie is uitgesloten.

de contractsband, per definitie niet-ongerechtvaardigd is, lijkt mij ook niet juist. Een niet-verdisconteerde verrijking kan bijvoorbeeld een beroep op onvoorziene omstandigheden en daarmee een beroep op art. 212 rechtvaardigen. En wat betreft de indirecte verrijking van C ten koste van A, daarvan zou ik denken dat deze niet per definitie wordt gerechtvaardigd door het enkele gegeven van (het bestaan van) een contract tussen B en C.¹⁸⁰ In de verhouding A-C is toetsing van het rechtvaardigingsvereiste mijns inziens niet noodzakelijkerwijs beperkt tot de rechtsverhouding tussen B en C, al was het maar omdat die mede gekleurd kan worden door hetgeen tussen B en C bekend was over de verhouding tussen A en B. Als C bijvoorbeeld bij het aangaan of uitvoeren van het contract wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van A het gevolg zou zijn, is een verrijkingssactie van A jegens C niet uitgesloten.

Bovendien zou het in die – onjuiste – opvatting vervolgens aankomen op de ‘redelijkheid’ voor de vraag of in hoeverre art. 212 verhaal toestaat. Benadert men de zaken zo, dan bestaat het gevaar dat het zwaartepunt in de rechterlijke besluitvorming komt te liggen op ‘redelijkheid’, terwijl het juist de *ongerechtvaardigdheid* is die beslissend moet zijn. Ik zou met Sniijders menen dat het woordje ‘redelijk’ in art. 212 een corrigerende bijrol en niet een funderende hoofdrol toekomt.¹⁸¹

Het aansprakelijkheidsrecht biedt mij voorlopig meer houvast: het komt primair aan op de vraag of de aangesprokene anders had moeten handelen met het oog op de hem kenbare belangen van de ander.¹⁸² Op basis van die gedragstoets kunnen concrete uitwerkingen worden geformuleerd en kan worden beoordeeld of het in een werkbare normstelling resulteert. Is dat niet het geval, maar is toch wenselijk dat de aangesprokene de gevolgen van een bepaalde gebeurtenis draagt, dan kan worden bezien of goede gronden bestaan voor een risico-aansprakelijkheid. Bijvoorbeeld omdat het op inhoudelijke gronden redelijker is dat

180 Zo ook reeds Hartkamp 2001, p. 332-333. Voorzichtiger: Asser-Hartkamp III nr. 354. Anders H.C.F. Schoordijk, ‘Indirecte verrijking’, *WPNR* 5093-5095 (1970), in: *Verspreid Werk*, p. 229, p. 241; Nieskens-Isphording 1998, p. 103; Van Maanen 2001, p. 34.

181 Sniijders 2002, p. 18; Langemeijer 1969, p. 157-158. Om het nog sterker uit te drukken: in mijn optiek is bijvoorbeeld een opgedrongen verrijking in beginsel niet ongerechtvaardigd en komt men in het kader van het afwijzen van een verrijkingsvordering aan de redelijkheid niet toe. Toegegeven zij echter dat de TM (PG Bk. 6, p. 830-831) lijkt te suggereren dat aan de redelijkheid een centralere rol toekomt. Zie ook PG Bk. 6, p. 836. Ook in die richting Vriesendorp 2000, nr. 317.

182 Zie nt. 3.

de aangesprokene het risico draagt, zoals bijvoorbeeld het risico van een zaak die hij zelf te eigen bate gebruikt, waar hij controle over uitoefent en waarvan hij de 'least cost avoider' is.¹⁸³

Mijn veronderstelling is dat wanneer we 'het systeem' aftasten voor de vraag of een verrijking ongerechtvaardigd is of niet, we toch heel vaak uitkomen op dergelijke gedragstoetsen. Zo zal een verrijkingsactie tegen een bezitter die vruchten heeft genoten van een zaak die niet aan hem toebehoort – indien men 'het systeem' aftast – slagen indien de bezitter had kunnen en behoren te weten dat hij geen rechthebbende ten aanzien van de betreffende zaak en vruchten was. Daarin is een gedrags-toets gelegen: de bezitter die weet of behoort te weten hoe de vork in de steel zit, moet de zaak opgeven aan degene met een beter recht en de sanctie is dat hij niet mag profiteren van verzaking van de afgifteplicht. En zo zijn er meer gevallen waarin het ongerechtvaardigdheidsaspect van de verrijking kan worden getransponeerd in een betamelijkheids-sleutel. Een aantal daarvan behandel ik hierna in hoofdstuk 5.

Aftasten van het wettelijk systeem van aansprakelijkheidsrecht, wat levert dat op? Op het eerste gezicht zou als vuistregel kunnen gelden dat een gedraging die niet onrechtmatig is, ook niet tot ongerechtvaardigde verrijking kan leiden. Immers: als men niet aansprakelijk is voor de schade, is men deswege ook niet verrijkt door het niet-vergoeden ervan.¹⁸⁴ Deze vuistregel lijkt te zijn toegepast in *Staat/AdM*.

Het ging in die zaak om het volgende. Een ponton van AdM was buiten schuld van AdM gezonken in de Westerschelde. De Staat wenste de kosten van het lichten van het wrak te verhalen op AdM en beriep zich in dat verband op zowel onrechtmatige daad als ongerechtvaardigde verrijking. De Hoge Raad besliste allereerst dat van aansprakelijkheid van de onschuldige eigenaar voor de opruimkosten alleen sprake kon zijn indien de gevaren verbonden aan het niet-verwijderen van het ponton zo groot waren dat deze de Staat redelijkerwijs tot verwijdering noopten. Nu daarvan niet was gebleken, kon een verrijkingsactie evenmin slagen. De Raad overweegt dat in een geval als het onderhavige een actie uit ongerechtvaardigde verrijking niet als zelfstandige grondslag kan dienen: 'Van een "verrijking" van AdM, die kan worden aangemerkt als "ongerechtvaardigd", zou immers slechts sprake kunnen zijn als AdM kosten had bespaard doordat zij, hoewel gehouden tot

183 Vergelijk art. 6:173 BW, art. 6:179 BW.

184 Vergelijk voor soortgelijke redeneringen Smits 1995, p. 184.

opruiming van het wrak, dit zou hebben nagelaten en eveneens zou hebben nagelaten de vervolgens door de Staat gemaakte kosten te vergoeden. Zou daarentegen geen gehoudenheid van AdM tot opruiming hebben bestaan, dan kan ook geen sprake zijn van kosten die AdM had moeten maken, als de Staat het wrak niet had opgeruimd.¹⁸⁵

De zaak *Staat/AdM* vindt parallellie in ten minste één Amerikaanse ‘tobacco-claim’-zaak. In de Texaanse zaak *Steamfitters Local Union no. 420 Welfare Fund et al. vs. Philip Morris, Inc. et al.* betrof het een verrijkingssactie van publieke (gezondheids)instellingen die medische kosten hadden moeten maken voor de verzorging van zieke rokers. De Court of Appeals (3d Circuit) oordeelt dat een verrijkingssactie in een ‘tort-setting’ als deze in wezen een omgebouwde ‘tort’-claim is die ertoe dient om de beperkingen van het aansprakelijkheidsrecht te omzeilen. Geoordeeld wordt dat deze ‘omweg’ niet geoorloofd is in het geval – dat hier zich voordeed – aansprakelijkheid uit ‘tort’ wegens onvoldoende causaal verband is afgewezen.¹⁸⁶

Is deze vuistregel altijd juist? Ik denk het niet. Als men een verrijkingssvordering moet beoordelen op compatibiliteit met het aansprakelijkheidsrecht, komt het namelijk aan op de vraag of toewijzing van de verrijkingssvordering de gronden voor het afwijzen van de vordering uit onrechtmatige daad zou ondermijnen.¹⁸⁷ Als dat het geval is, kan van een sterke aanwijzing tegen een verrijkingssaanpraak worden gesproken. Maar uitgesloten is de aanspraak niet. ‘Ondermijnen’ kan namelijk ook betekenen dat de grenzen van de wettelijke systematiek van het aansprakelijkheidsrecht zijn bereikt, maar de wenselijkheid – op grond van goede argumenten – om tóch een plicht tot vergoeding of afdracht in het leven te roepen nog steeds overeind staat. Dan kan verrijkingssrecht juist het ‘ondermijnende stapje verder’ betekenen. Gedacht kan worden aan verrijkingssrecht als alternatieve basis voor het leerstuk van rechtmatige overheidsdaad. In § 6.3 komt dit nog uitgebreider aan de orde.

Een omgekeerde vuistregel lijkt ook te algemeen. De vuistregel dat als door een onrechtmatige daad verrijking heeft plaatsgevonden, ruimte is voor toepassing van art. 212, is niet tot in het oneindige juist. Gedacht

185 HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 720 m.nt. MS (*Staat/August de Meijer BV*).

186 *Steamfitters Local Union no. 420 Welfare Fund et al. vs. Philip Morris, Inc. et al.* 171 F.3d 912, at 936-937. Ik kom nog uitgebreid te spreken over de tabakszaken in § 6.2.

187 Ik ontleen deze benadering aan Rendleman 1999, p. 886: ‘If the court finds defendant unjustly enriched and grants plaintiff restitution, would that undermine the reason to deny tort recovery?’ Vergelijk Van Maanen 2001, p. 28.

kan worden aan de gevallen waarin de overtreden norm niet strekt tot voorkoming van de genoten verrijking (vergelijk § 3.3); ik zou denken dat een verrijkingsafdracht ex art. 212 in dergelijke gevallen in beginsel ook niet zou moeten slagen.

4.2. *Verarming en verrijking: kosten en baten*

Voor de toepassing van art. 212 wordt verrijking wel rechtstreeks in verband gebracht met aanwas en verlies van vermogensbestanddelen¹⁸⁸, maar de wetgever begreep er ook de besparing van kosten en de voorkoming van schade onder.¹⁸⁹ Dat laatste is interessant: de wetgever erkent dat de afwending van eigen schade ten koste van een ander verrijking kan opleveren.¹⁹⁰ Dit moet dan ook gelden voor het niet-afwenden van eens anders schade. Indien men bijvoorbeeld zegt dat degene die kosten maakt ter voorkoming van de verwezenlijking van het risico verbonden aan een gevaarlijke stof, zonder rechtvaardiging wordt verarmd ten opzichte van de bedrijfsmatig gebruiker van die stof, dan impliceert men in wezen dat deze gebruiker de rechtsplicht heeft om deze kosten en dus de voorzorgsmaatregelen voor zijn rekening te nemen.¹⁹¹ Degene die zich de kosten bespaart terwijl het maken van de kosten rechtsplicht was, is ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van de ander.

Die ruime opvatting legt dus reeds een concrete verbinding met het aansprakelijkheidsrecht¹⁹², maar zelfs op een nog abstracter niveau kan ook worden gezegd dat het aansprakelijkheidsrecht een mechanisme is waarbij verrijkingen en verarmingen centraal staan.¹⁹³ Wanneer een automobilist welbewust de snelheidslimiet overtreedt om eerder op zijn bestemming aan te komen, staat voor de overtreder een bepaalde bate centraal, een verrijking zo men wil. Het eerder arriveren schept blijkbaar voordelen voor de automobilist (zoals tijdwinst, een belangrijke bespreking bijwonen, geen ruzie krijgen met echtgenoot et cetera).

188 Zo bijvoorbeeld Van Maanen 2001, p. 11, p. 12.

189 Parl. Gesch. Boek 6 p. 829, p. 831.

190 Parl. Gesch. Boek 6, p. 832.

191 Vergelijk Rendleman 1999, p. 910.

192 Zo ook Schlechtriem c.s. 2001, p. 398.

193 Aristoteles, t.a.p. (nt. 33). Vergelijk Epstein 1994, p. 1378-1379. Wat betreft verrijking in dit verband ga ik voorbij aan de idee dat de *grondslag* van (risico-)aansprakelijkheid soms gelegen is in het *profijtbegin*sel. Zie daarover Asser-Hartkamp III, nr. 19, met verdere verwijzingen; vergelijk ook Tony Honoré, *The Morality of Tort Law*, in: Owen 1995, p. 83 e.v.

Toch zal niemand voor deze situatie verdedigen dat degene die door de snelheidsovertreder wordt aangereden en deswege wordt verarmd recht heeft op de concrete verrijking die met de overtreding werd (of beter: zou worden¹⁹⁴) behaald.¹⁹⁵ Vergoeding van de concreet geleden *schade* staat voorop.

Coleman heeft een interessante zienswijze ontwikkeld vanuit het idee dat onrechtmatige ‘verrijkingen’ ten koste van anderen weggenomen moeten worden.¹⁹⁶ Om bij het aan *Coleman* ontleende voorbeeld van de snelheidsovertreding te blijven: het bijzondere van snelheidsovertredingen is dat zij in – laten we zeggen – 99% van de gevallen niet tot een ongeval en dus tot een ‘verarming’ leiden, terwijl er in die 99% wel sprake is van ‘verrijking’ (het eerder ter bestemming aankomen).¹⁹⁷ Als ons recht van 100 ‘verrijkten’ er slechts 1 laat opdraaien voor de ‘verarming’, voldoet zij niet aan de eisen die in de vergeldende rechtvaardigheid besloten liggen.¹⁹⁸ Voor die gevallen waarin het totaal aantal verrijkten niet automatisch voor de schadelijke verarming hebben in te staan, zou de oplossing beter in een fonds kunnen worden gezocht dat wordt gevoed door alle verrijkten.¹⁹⁹ Vanuit een bepaalde optiek bezien is dat fonds er natuurlijk allang: het aansprakelijkheidsrecht fungeert voor wat betreft het verkeer als een door verplichte verzekeringen gevoed spreidingsfonds dat allen die direct economisch profijt trekken van motorrijtuigen ook direct laat meebetalen aan ‘verrijkingsafdracht’ in de vorm van schadeloosstelling van verkeersslachtoffers.²⁰⁰

Op het eerste gezicht besteedt het aansprakelijkheidsrecht dus weinig aandacht aan de baten van onrechtmatige daden, omdat het juist – wan-

194 Zie hierna nt. 198.

195 *Slechtriem c.s.* 2001, p. 399.

196 Hiermee refereert *Coleman* mijns inziens aan het beginsel dat in § 2.1 aan de orde kwam. Vergelijk ook *Jules L. Coleman, Risks and Wrongs*, Cambridge 1992, p. 370.

197 In die zin is er, aldus *Coleman*, verschil met bedrog en vergelijkbare opzettelijke onrechtmatige daden: daar geldt dat *alleen* als de daad slaagt en tot verarming leidt, er ook sprake kan zijn van verrijking.

198 *Tmeer* – aldus *Coleman* 1982, p. 424-425 – omdat degene die wél aansprakelijk wordt gehouden, door het ongeval dat hij veroorzaakte en het bijbehorende opent-houd geen verrijking aan zijn overtreding heeft overgehouden.

199 *Coleman* 1982, p. 421 e.v. Over de correlatie tussen verrijking en omvang van de bijdragen zie men *Wonnell* 1996, p. 187-188.

200 Ik besef dat dit een simplificatie is; het fonds werkt niet optimaal doordat bonus-malus prikkels zich beperken tot diegenen die schade veroorzaken en het fonds snelheidsovertreders in dezelfde ‘pool’ stopt als automobilisten die zich altijd aan de regels houden.

neer het tot een ongeval komt door de overtreding – de verarming van de benadeelde, de schade is die centraal komt te staan. Dat is bij nadere beschouwing onjuist, omdat bij de vraag of er aansprakelijkheid voor de verarming is ook gekeken moet worden naar de omvang van de verrijking. Wanneer we het hebben over de ‘ex ante’-vraag of een bepaalde gedraging onzorgvuldig is tegenover een ander, komt het vaak aan op een afweging van de wederzijdse belangen, waarbij ook kosten en baten worden gewogen. De belangenafweging uit het Kelderluik-arrest is daar het bekende voorbeeld van.²⁰¹

Sjouwerman laat in de gang van café De Munt een kelderluik openstaan; de onoplettende Duchateau is op weg naar het toilet en valt in het gat. De vraag of het niet-voorkomen van het ongeval van Duchateau door Sjouwerman onbetamelijk is, wordt mede in een ‘kosten-baten’ afweging bepaald door de verwachte verrijking aan de zijde van Sjouwerman (in termen van het achterwege laten van het treffen van voorzorgsmaatregelen, tijdwinst, materiaalwinst) te stellen tegenover de verwachte verarming aan de zijde van Duchateau (in termen van de schade door letsel), een en ander gerelateerd aan de grootte van de kans op het ongeval.

Het verschil met een ‘echte’ verrijkingsactie lijkt te zijn dat de aansprakelijke niet verplicht wordt het bedrag dat hij zich heeft bespaard aan voorzorgsmaatregelen af te staan; doorslaggevend is de omvang van de verarming van de benadeelde. In de literatuur is hiervoor wel als verklaring gegeven dat een verrijkingsafdracht in dergelijke gevallen niet zou prikkelen tot het optimale zorgvuldigheidsniveau, omdat de verwachte verrijking (de kostenbesparing) kleiner is dan de in concreto geleden schade.²⁰²

Een aardig voorbeeld in dit verband wordt door Goff en Jones aan de orde gesteld. Bij productie van de Ford Pinto is per geproduceerde auto een bedrag van \$ 15.30 bespaard op de veiligheid van de benzinetank, met een

201 HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS; daarover C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag 2000, nr. 801 e.v. Het werkingsbereik van de kosten/batenafweging in het aansprakelijkheidsrecht is overigens zeer groot: zij strekt bijvoorbeeld van hinder, via productenaansprakelijkheid voor onveilige constructies tot overheidsaansprakelijkheid voor waterschade door onderbemaling. Vergelijk van de rechtseconomische literatuur bijvoorbeeld R. Teijl, R.W. Holzhauer, *Wisselende perspectieven in de rechtseconomie*, diss. Rotterdam 1997, p. 241 e.v., met verdere verwijzingen.

202 Rendleman 1999, p. 905.

aantal dodelijke ongevallen als gevolg.²⁰³ Welk bedrag zou, indien men de aansprakelijke producent verplicht tot verrijkingsafdracht in plaats van vergoeding van geleden schade, aan een concreet slachtoffer moeten worden afgestaan?²⁰⁴ Het bedrag dat op *zijn* auto is bespaard, het bedrag dat op alle geproduceerde auto's is bespaard, of dat laatste bedrag gedeeld door het totaal aantal slachtoffers (hetgeen slechts aan het einde van de economische levensduur van de auto is te berekenen)? Duidelijk is dat verrijkingsafdracht in dergelijke massaschadesituaties slechts met grote moeite tot stand kan komen, en onzeker kan zijn of de verrijkingsafdracht werkelijk meer oplevert dan vergoeding van de geleden schade.

Een ander 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.²⁰⁵ 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. Art. 6:168 BW is in dit opzicht een tussenoplossing die trekken vertoont van een verrijkingssactie.²⁰⁶

203 Goff en Jones 1998, p. 785. Overigens betrof het hier in werkelijkheid geen verrijkingssafdracht, maar een begroting van 'punitive damages' (zie F.C. Schirmeister, *Amerikaanse toestanden in het schadevergoedingsrecht*, diss. VU 1996, p. 189-190).

204 Donald Wittman, 'Should Compensation be Based on Costs or Benefits?', 5 *Int. Rev. of Law and Economics* (1985), p. 181, stelt overigens dat afgifte van de 'additional profits' hier niet de juiste remedie oplevert: het zou Ford in het gunstigste geval prikkelen tot onverschilligheid ten aanzien van veiligheidszorg en in het ongunstigste geval tot overmatige zorg (e.e.a. uit angst voor zogenaamde 'jury bias').

205 Wonnell 1996 p. 162, p. 182; Wonnell 1999, p. 797.

206 Vergelijk Langemeijer 1969, p. 160. Zie ook de voorbeelden die Schleichriem 2001, p. 155 noemt. Hetzelfde geldt voor 'gedane zaken' waarvan het niet efficiënt is om ze 'keer te laten nemen'. Zo is het niet efficiënt om de zaaksvormer te verplichten de zaak te scheiden (met beschadiging en/of economisch verlies als gevolg). Zinvoller is om de ontstane situatie te dulden (het eigendomsrecht daarbij aan te laten sluiten) en om een vergoedingsactie uit art. 212 toe te staan, zo meende ook de wetgever. Zie Snijders 2002, p. 8.

Een voorbeeld. Stel dat de kosten voor de Franse Kalimijnen, gemoeid met het wegnemen van de hinderlijke zoutemissies, 500 miljoen euro bedragen, terwijl de benedenstroomse watergebruikers door de emissies een schade van in totaal € 0,5 miljoen ondervinden. Wijst de rechter het door de gebruikers gevorderde verbod toe, dan laat hij de verarming zwaarder wegen dan de verrijking. Waarschijnlijk biedt afwijzing van de verbodsactie met toepassing van art. 6:168 BW (tussen partijen) de meest efficiënte oplossing: de gebruikers kunnen dan geen verbod afdwingen, maar krijgen wel hun schade vergoed.

Dergelijke tussenoplossingen, waarin de activiteit zelf niet wordt verboden, maar de geleden schade wél moet worden vergoed, vertonen daarom een zeker verband met verrijkingsafdracht. Dat verband is ook te bespeuren bij de figuur van ‘opofferingsaansprakelijkheid’, die in § 6.3 aan de orde komt.

5. Meer aansprakelijkheid in het verrijkingsrecht

5.1. *How can you help it?*

In het eerste hoofdstuk kwam aan de orde dat aansprakelijkheidsrecht in gedragsnormen formuleert. Daar werd gesteld dat door het verrijkingsrecht meer in de vorm van gedragsnormen te formuleren mogelijk beter zicht ontstaat op de grond voor een verrijkingsaanspraak in concrete gevallen. In dit deel wil ik nader aandacht besteden aan dat ‘betere zicht’.

Wanneer we verrijkingsaanspraken willen vervatten in een gedragsnorm, dan zijn daarbij de centrale vragen of de verrijkte het in zijn macht had om de verrijking te voorkomen en of het van hem in redelijkheid kon worden gevegd dát hij de verrijking voorkwam. Als dat niet het geval is, dan lijkt dat een belangrijke indicatie tegen de verrijkingsactie. En soms kan de verrijkte er werkelijk niets aan doen. ‘Suppose I clean your property without your knowledge, have I then a claim on you for payment? How can you help it? One cleans another’s shoes; what can the other do but put them on?’²⁰⁷

207 Pollock, L.J., in *Taylor vs. Laird* (1856), 25 L.J. Ex. 329, at 332, zoals aangehaald door Drassinower 1998, p. 471.

Door de zaken zo voor te stellen, door te vragen wat de verrijkte er redelijkerwijs aan kon doen om de verrijking te voorkomen, brengen we het verrijktingsrecht terug tot de menselijke maat. Dat levert weliswaar geen sluitend systeem op, maar wel een werkbaar denkraam.

Als de eigenaar van een woning geconfronteerd wordt met de keukenleverancier die de bruiklener van de woning buiten zijn weten had ingeschakeld en die de onvoldaan gebleven rekening wil incasseren, niet wist en redelijkerwijs ook niet hoefde te weten van de keukenspecialist en zijn rechtsverhouding met de bruiklener, dan had hij zijn verrijking door natrekking niet kunnen voorkomen. De keukenspecialist hoede dus zichzelf.²⁰⁸ Een opgedrongen prestatie leidt dus in elk geval niet tot een verrijktingsvordering wanneer de verrijkte het niet in zijn macht had om de verrijktingsgebeurtenis te voorkomen.

Een zaakvormer die mede met onderdelen waarvan hij weet dat ze een ander toebehoren een zaak voor zichzelf vormt, handelt in beginsel onrechtmatig jegens de (gewezen) eigenaar door zijn vermogen te doen toenemen met de zaken ten nadele van de eigenaar van de onderdelen. Het ligt op de weg van de zaakvormer om toestemming te vragen of om anderszins te contracteren met de eigenaar.²⁰⁹

Plausibel is kortom dat in veel gevallen als ingangsvoorwaarde voor een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking geldt dat de verrijkte in de positie moet zijn geweest om de verrijking te voorkomen.²¹⁰

5.2. *Rekening houden met kenbare belangen*

Vervolgens zou de vraag moeten worden gesteld of de verrijkte een verwijt kan worden gemaakt van het niet-voorkomen van zijn verrijking. Dit verwijtbaarheidselement lijkt bijvoorbeeld te zijn geïncorporeerd in het onderscheid tussen goede en kwade trouw. Veel rechtsstelsels maken dit onderscheid. Soms hoeft degene die te goeder trouw werd verrijkt, niets af staan; soms is hij verplicht hetgeen hem netto aan verrijking overbleef, af te staan zodat hij niet in een nadeliger positie komt

208 Ik noem met opzet een 'bruiklener' en niet een huurder, aangezien voor huurovereenkomsten een bijzonder regime geldt; zie Hartkamp 2001, p. 317, nt. 27.

209 Vergelijk Parl. Gesch. Boek 6, p. 1021.

210 Let wel, het gaat hier om een denkraam. Het is niet heel moeilijk om gevallen te bedenken die niet passen in dit denkraam.

te verkeren dan die waarin hij voor de verrijgingsgebeurtenis verkeerde.²¹¹ Gedacht kan worden aan vruchttrekking bij bezit te goeder trouw (art. 3:120 BW) respectievelijk de Pauliana bij rechtshandelingen om niet (art. 3:45 BW).²¹² Het is dus aannemelijk dat er goede gronden zijn om te onderscheiden tussen goede en minder goede trouw.²¹³ Sterker, die gronden zijn evident: op gedragsnormen die dat onderscheid niet maken, kan men zijn gedrag niet afstemmen en die prikkelen dus ook niet tot het gewenste gedrag.²¹⁴

Een aardig voorbeeld in dit verband, waarin goede trouw bepalend is voor het al dan niet welslagen van een verrijgingsafdracht, biedt de bijzondere verrijgingsactie van art. 75 lid 3 Wbb. Deze vertoont krachtige trekken van een aansprakelijkheidsactie, nu *goede trouw* bij aankoop van de verontreinigde grond en het *niet betrokken zijn* bij de verontreiniging relevante factoren zijn die aan de verrijgingsactie in de weg kunnen staan.²¹⁵ Als we de regeling van art. 75 Wbb van alle nuances ontdoen dan volgt dat de strekking ervan voornamelijk is het tegengaan van grondspeculatie: aankoop van vervuilde grond om deze na sanering door de overheid weer te verkopen met navenante winst.²¹⁶ Om het in aansprakelijkheidstermen te vatten: een koper die had kunnen weten van vervuiling dient zich het saneringsbelang van de overheid aan te trekken en de verrijking die het gevolg is van de sanering af te staan. Er is dus meer voor nodig dan de enkele verrijking, en het is juist de ongerechtvaardigdheid die sterk geënt lijkt op een delictuele gedragstoets. Een eigenaar die wist noch kon weten van de vervuiling is in de regel

211 Schlechtriem c.s. 2001, p. 389 e.v.; zie doorlopend Schlechtriem 2001, hoofdstuk 6, bijvoorbeeld p. 150-151.

212 Vergelijk ook § 3.

213 Uitgebreid en diepgaand over de rol van wetenschap bij verrijgingsacties (mede in verband met ongeoorloofde mededinging) Kamperman Sanders 1997, p. 154 e.v. Zeer kritisch echter (maar zonder dat precies duidelijk wordt waarom) over het onderscheid tussen 'conscious' en 'unconscious' verrijkten: Dawson 1981, p. 614 (volgens Dawson was het onderscheid 'invented in the smoke-filled rooms of academia').

214 Vergelijk HR 30 september 1994, *NJ* 1996, 196 m.nt. CJHB (*Staat/Shell*).

215 Zie de notitie 'Ongerechtvaardigde verrijking in verband met bodemsanering' (*Kamerstukken II* 1993/94, 22 727, nr. 11, p. 7-9); vergelijk over een en ander bijvoorbeeld F.C.S. Warendorf, Kostenverhaal op grond van ongerechtvaardigde verrijking, *TMA* 2001/3, p. 68 e.v. Overigens is verrijgingsverhaal op de schuldloze *veroorzaker* wel mogelijk, kort gezegd omdat deze 'boter op het hoofd' heeft.

216 J.V. van Ophem, 'Ongerechtvaardigde verrijgingsacties van de staat', *TMA* 1999/6, p. 180 e.v.

niet ongerechtvaardigd verrijkt in verhouding tot behartiger van het publieke belang.²¹⁷

Van het onderscheid tussen goede en ‘minder goede’ trouw keer ik terug naar de vraag of de verrijkte een verwijt kan worden gemaakt van het niet-voorkomen van zijn verrijking. Als sprake is van een dergelijk verwijt, dan wordt de verrijkte in essentie het verwijt gemaakt dat hij met het oog op de hem kenbare belangen van de (latere) verarmde anders had moeten handelen dan hij in werkelijkheid deed. Dat verwijt komt sterk naar voren in *Vermobo/Van Rijswijk*.²¹⁸

Van Rijswijk sr. was eigenaar van een perceel waarop zijn zoon een varkensstal liet bouwen door Vermobo. De vader was ten tijde van contractsluiting op de hoogte van de bouwplannen en de aanneemsom, hij verrichtte bovendien voorbereidende werkzaamheden en had ook een hypothecaire lening afgesloten ten behoeve van de bouw. Deze eigenaar wist van de hoed en de rand en werkte volledig mee. De zoon bood geen verhaal voor de aanneemsom, waarop Vermobo de vader aansprak. Vermobo stelde dat primair sprake was van een overeenkomst, subsidiair een onrechtmatige daad en meer subsidiair ongerechtvaardigde verrijking van Van Rijswijk sr. Het hof concludeerde dat er geen contractuele relatie was ontstaan, dat er geen onrechtmatige daad gelegen was in het profiteren van de wanprestatie van de zoon, maar dat het behoud van de bebouwing zonder tegenprestatie wél een ongerechtvaardigde verrijking zou opleveren.²¹⁹

Uitgangspunt bij beoordeling van een dergelijke casus moet zijn dat de eigenaar die door natrekking eigenaar wordt van hetgeen op zijn grond wordt gebouwd, de bouwer op grond van dat enkele feit niets verschuldigd is.²²⁰ Zou dat anders zijn, dan zou de eigenaar tot overmatige

217 Ik formuleer het met opzet zo; in de notitie ‘Ongerechtvaardigde verrijking in verband met bodemsanering’ (*Kamerstukken II 1993/94*, 22 727, nr. 11, p. 7-9) wordt de nadruk gelegd op de ‘redelijkheid’ als basis voor beantwoording van de vraag of de eigenaar dan wel verhaalplichtig is. Overigens: een eigenaar die tevens *bewoner* is, wordt extra ontzien door de Staat. In dat geval geen verrijkingsverhaal, ook als de bewoner bij aankoop beter had kunnen weten, mits bij hem geen speculatiemotief heeft voorgestaan. Zie over de voorwaarden waaronder de bewoner wordt ontzien de genoemde notitie, p. 10-12.

218 HR 29 januari 1993, *NJ* 1994, 172 m.nt. PvS (*Vermobo-Schraeyen/Van Rijswijk*).

219 Vervolgens spitste het geding zich toe op de vraag of (te goeder trouw) een tegenprestatie was verricht door senior aan junior.

220 Het enkele feit dat men profiteert van eens anders prestatie is onvoldoende voor een verrijkingsafdracht. Vergelijk Kamperman Sanders 1997, p. 139. Kritisch: Bregstein 1948, met name p. 273 e.v.

zorg verplicht worden om zijn eigendom constant in de gaten te houden op ongewenste natrekkingen.²²¹ De bouwer is de ‘least cost avoider’: hij kan door raadpleging van de registers zien of zijn opdrachtgever gerechtigd tot het perceel is²²²; laat hij dit na, dan heeft hij reden om aan de bevoegdheid van zijn schuldenaar te twijfelen.²²³

Maar onder omstandigheden kan dit anders zijn, en dan kan worden gedacht aan gevallen waarin het op de weg van de eigenaar – gesteld dat die bekend was met het bestaan van de bouwactiviteiten en dus met de belangen van de bouwer – had gelegen om in te grijpen, te waarschuwen of zich anderszins de belangen van de bouwer aan te trekken. In *Vermobo vs. Van Rijswijk sr.* geeft de Hoge Raad wat betreft de onrechtmatigheid bij indirecte verrijking een duidelijke regel: als de grondeigenaar heeft ingestemd met de bouw zonder dat hij als wederpartij van de aannemer optreedt, en het van tevoren vaststaat (waarmee de Hoge Raad naar ik aanneem in casu bedoelt: dat senior zulks *wist*) dat de opdrachtgever niet zal kunnen nakomen, dan handelt hij onzorgvuldig door te profiteren van de wanprestatie en zich niet de belangen van de aannemer aan te trekken.²²⁴

Hoe kan een grondeigenaar zich de belangen van de aannemer aantrekken? Duidelijk is dat *in een geval als dit* enige actie ondernomen moet worden, zoals waarschuwen voor te verwachten insolventie of mogelijk zelfs het direct afdragen van de geleende geldsom.²²⁵ Een té passieve houding van de verrijkte kan dan onbetamelijk zijn.²²⁶

Als we de vraag die besloten ligt in de casus *Vermobo vs. Van Rijswijk* in een gedragsnorm herformuleren, komt het aan op het volgende: hoe moet iemand handelen die vrijwillig een voordeel aanvaardt waarvan hij weet (in objectieve zin) dat bij de geveer geen schenkingsmotief voorstaat en waarvan hij weet dat de andere partij de verwachting koestert

221 Wonnell 1999, p. 796.

222 HR 30 januari 1959, *NJ* 1959, 548 m.nt. DJV (*Quint/ Te Poel*).

223 Zodat art. 3:291 BW hem derdenwerking van zijn retentierecht onthoudt, hetgeen mijns inziens doorwerkt in de verrijkingsactie. Vergelijk over het verband tussen beide ook Zweigert/Kötz 1998, p. 543-544.

224 Schoordijk 1996a, p. 864, legt de nadruk op de onbetamelijkheid van het ‘vermetel vertrouwen’ van senior in de financiële afwikkeling door junior.

225 Vranken 1998, p. 1498 (in vragende zin).

226 Vranken 1998, p. 1498. Zo ook Schoordijk 1999, p. 147. Minder goed kan ik dan ook de opmerking van Schoordijk 1999, p. 156-157 plaatsen dat we in het geval van Van Rijswijk Sr. minder de nadruk moeten leggen op diens ‘unclean hands’.

dat hij er iets voor terugkrijgt?²²⁷ Is het enkele feit dat degene die aanvaardt weet dat de gever niet wil schenken²²⁸, voldoende voor een verrijkingaanspraak?²²⁹ Ik denk dat die wetenschap een belangrijke voorwaarde is, maar ik geloof niet dat het voldoende voorwaarde is. De aannemer gaat er namelijk vanuit dat zijn *wederpartij* betaalt en als die verwachting niet uitkomt, dan is dat onvoldoende rechtvaardiging voor ‘haasje-over’ naar de verrijkte eigenaar.²³⁰

Pas als de eigenaar weet of behoort te weten dat er in de afwikkeling iets ernstig fout zal gaan, moet hij zich het belang van de bouwer voldoende aantrekken. Het funderend element in *Vermobo* was derhalve de (objectieve) wetenschap dat benadeling ‘er aan zat te komen’.²³¹ Als dat element ontbreekt, kan de eigenaar weinig tot niets worden verweten en zal de verkrijging om die reden niet-ongerechtvaardigd zijn. Een verrijkingaanspraak zonder dit funderend element van wetenschap kan tot onwenselijke resultaten leiden. De beroemde Engelse zaak *Lipkin Gorman v. Karpnale* lijkt daar een voorbeeld van te zijn.²³²

Lipkin Gorman is een wonderlijke affaire, die een nog wonderlijker behandeling ten deel viel. Cass was partner in de advocatenfirma Lipkin Gorman; uit dien hoofde had hij de beschikking over banktegoeden van de firma. Wat de firma niet wist, was dat Cass met de gelden van de firma in het casino van Karpnale zijn gokverslaving bevredigde. Op deze wijze werd de bankrekening voor meer dan £ 300 000 lichter gemaakt. Cass werd strafrechtelijk veroordeeld voor de verduistering,

227 Vergelijk Smith 2001b, p. 2143.

228 Vergelijk rechtspraak over bijvoorbeeld het profiteren van wanprestatie, waarbij de enkele wetenschap van het bestaan van een contract (c.q. de daarmee samenhangende wanprestatie) onvoldoende is: HR 12 januari 1962, *NJ* 1962, 246 (*Nibeja/Grundig*), HR 3 januari 1964, *NJ* 1965, 16 (*Streefland/Van der Graaf*), HR 17 november 1967, *NJ* 1968, 42 (*Pos/V.d. Bosch*), HR 18 juni 1971, *NJ* 1971, 408 (*Bruurs/Haagen c.s.*), HR 17 mei 1985, *NJ* 1986, 760 (*Curaçao/Boyé*), HR 27 januari 1989, *NJ* 1990, 89 (*Verboom/Staat*), HR 8 december 1989, *NJ* 1990, 217 (*Scheerders/Van Hoek*), HR 15 oktober 1999, *NJ* 2000, 101 (*Driessen/Benegas*).

229 Vergelijk naar het lijkt bevestigend Drassinower 1998, p. 466.

230 Vergelijk Schoordijk 1996a, p. 863.

231 Een vergelijking kan mijns inziens worden gemaakt met de rechtspraak inzake profiteren van wanprestatie; daarbij kan de bijzondere band tussen de wanprestant en de ‘profiteur’ relevant zijn (zie rechtspraak genoemd in nt. 228). Die bijzondere band is natuurlijk ook hier een sterke aanwijzing voor (wetenschap van of beïnvloeding van) benadeling.

232 [1991] 2 A.C. 548. Vergelijk Schrage 1993, p. 988 en – ook met betrekking tot het aspect van de wetenschap van het casino – de beschouwingen van Kamperman Sanders 1997, p. 172 e.v.

maar uiteraard bleek hij geen verhaal te bieden. Lipkin Gorman sprak daarop Karpnale aan als ‘bestolen eigenaar’ van de geplunderde bankrekening. Aangezien de kansovereenkomst tussen Cass en Karpnale nietig was wegens strijd met de wet, werd de verkrijging door Karpnale als gift gezien en uit dien hoofde de verrijking als ‘unjust’.²³³ In essentie betreft het hier – Zwolve wijst daar op – revindicatie van gestolen contanten (inclusief zaaksvervanging).²³⁴

Het resultaat spreekt mij niet aan. Ik wil nog aannemen dat casino’s zeer zorgvuldig moeten omspringen met het aannemen van gelden waarvan men kan vermoeden dat deze niet zijn bestemd om te vergokken – en dan zou men het aannemen van cheques op naam van de firma ter waarde van ruim £ 300 000 als onzorgvuldig kunnen betitelen. Maar Cass gebruikte geen cheques; hij verzilverde de cheques bij de bank en betaalde het casino in contanten. Van een casino dat baar geld ontvangt van een cliënt, kan geen uitgebreide onderzoeksplicht worden verwacht naar de herkomst van deze gelden. Het gaat dan niet aan om een gebeurtenis die redelijkerwijs niet voorkomen had kunnen worden door het casino toch voor diens rekening te brengen door middel van een verrijkingaanspraak. ‘Revindicatie’ van gestolen contanten staat dan zozeer op gespannen voet met de eisen van een soepel rechtsverkeer²³⁵ dat naar mijn overtuiging aan het laatstgenoemde belang voorrang moet toekomen tenzij goede trouw bij de verkrijger ontbreekt.

Waarschijnlijk is meer begrip voor de grondgedachte van *Lipkin Gorman* op te brengen als men van een ‘onschuldige’ wetsovertreding een ‘ernstige’ maakt. Maak van Cass een bankovervaller, die met het geroofde geld drugs koopt. Kan de drugsdealer als ongerechtvaardigd verrijkt worden beschouwd ten opzichte van de bank? Voor een bevestigend antwoord zou ik hier wel warmlopen: er bestaat geen legitiem belang bij soepel lopende drugshandel, zodat de drugsdealer geen bescherming in zijn goede trouw – die overigens wat mij betreft standaard afwezig geoordeeld kan worden – behoort te genieten.

233 Vergelijk Schlechtriem 2001, p. 148.

234 Zwolve 2000, p. 628-633. Lipkin Gorman bediende zich in dit verband van tracing.

235 Vergelijk nt. 104.

5.3. *Verrijkingrecht en ontbrekende feiten*

Zoals het ontbreken van goede trouw gelijkgesteld kan worden met onbetamelijk doen of nalaten, zo is het ook met ‘unclean hands’.²³⁶ Het begrip ‘unclean hands’ is door Vranken gebruikt als beeldspraak voor de gevallen waarin een verrijkingsoverdracht wordt toegewezen omdat de gedaagde kort gezegd ‘boter op het hoofd heeft’.²³⁷ Voor dergelijke verwijten hebben we echter sinds jaar en dag een adequate omschrijving met dito randvoorwaarden, namelijk de onrechtmatige daad. Zijn Vranken’s vieze handen dus nieuwlichterij, of is er meer aan de hand? Ik vermoed dat laatste.

In het geval *Setz/Brunings* zal men op zijn klompen aanvoelen dat er iets aan schort.²³⁸ Maar wat? Om onbetamelijkheid vast te stellen, zijn *feiten* nodig. En om die boven water te krijgen, dat kan moeilijk blijken te zijn.²³⁹ De verrijking van Setz – het ging om de aankoop van een registergoed door Setz tegen een prijs die gereduceerd was ongeveer evenredig aan de omvang van de reeds verrichte deelbetalingen van de inmiddels insolvente *eerste koper* Brunings – was geen geschenk van de goden. Een koper van een registergoed krijgt niet zomaar een korting ten belope van het bedrag dat iemand anders al heeft voldaan.²⁴⁰ En hoewel de gepubliceerde stukken geen uitsluitel geven, zou het best wel eens kunnen zijn dat Setz en Brunings het in overleg met Condico op een akkoordje hadden gegooid zodat de reeds verrichte deelbetalingen niet verloren zouden gaan en partijen de plooiën later wel zouden gladstrijken.²⁴¹ Of, wat ook mogelijk is, Setz heeft tegenover Condico de schijn gewekt dat Brunings het contract had overgedaan aan Setz. In beide gevallen rijdt Setz een scheve schaats omdat kan worden gezegd

236 Zie daarover vooral M.J. van Laarhoven, ‘Unclean Hands in the Netherlands’, in: J.M. Barendrecht e.a., *Beginselen van contractenrecht*, Deventer 2000, p. 59 e.v.

237 Vranken 1998, p. 1497 e.v.

238 HR 27 juni 1997, *NJ* 1997, 719 m.nt. JH (*Setz/Brunings*).

239 Vranken 1998, p. 1498-1499.

240 Er moet dus veel meer aan de hand zijn geweest dan een materiële schenking, zoals Nieskens-Ispording 1998, p. 100 stelt. Haar vaststelling dat Setz het perceel tegen gereduceerd tarief kon kopen *als gevolg* van de omstandigheid dat Brunings al een deel had voldaan aan de verkoper, behoeft dan ook uitleg (welke ontbreekt). Een causaal verband is er alleen als er ‘iets’ was dat Condico ervan weerhield om aan Setz een marktconforme prijs te rekenen. Zie over dat ‘iets’ ook Schoordijk 1997, p. 1750-1751.

241 Zo ook Hijma in zijn noot onder het arrest.

dat zij zich met het behouden van het aankoopvoordeel onvoldoende de belangen van Brunings aantrekt.²⁴² De plicht om zich de puur economische belangen van een ander aan te trekken, kent stevige verankering in het aansprakelijkheidsrecht en zij kan zonder meer toegepast worden op een geval als *Setz/Brunings*, mits uiteraard komt vast te staan wát er precies is gebeurd.

En daarin is het problematische van het arrest gelegen; het arrest bewijst dat het risico bestaat dat de rechter een loopje neemt met de regels van bewijsrecht door gemakshalve het verrijgingsrecht toe te passen in het geval dat er wel een zwaar vermoeden van onbetamelijkheid van het gedrag van een partij als *Setz* bestaat, maar dat evenwel niet bewezen wordt.²⁴³

Om een voorbeeld te noemen waartoe dat kan leiden: aansprakelijkheid van de partner van een bijstandsfraudeur is naar geldend recht alleen aan de orde indien naast het profiteren van de genoten uitkeringen ook sprake is van bijkomende omstandigheden zoals *bewust* en *stelselmatig* profiteren.²⁴⁴ De ratio hiervan is mijns inziens duidelijk: niet het enkele ‘mee-eten uit de staatsruif’, maar slechts de verrijking die is geschied in het volle bewustzijn dat de uitkering ten onrechte werd genoten, is onrechtmatig. Aansprakelijkheid vereist hier bewijs van kwade trouw, en het lijkt mij minst genomen opmerkelijk om in die gevallen waarin kwade trouw niet aanwezig geacht kan worden – bijvoorbeeld door gebrek aan bewijs – de ongerechtvaardigde verrijking als minder bezwarend verhaalsinstrument toe te staan.

Ik zeg niet dat een dergelijke versoepeling van verhaalsvoorwaarden onwenselijk zou zijn, maar als de rechter die stap zet, dient hij ook uit te leggen waarom het bestaande aansprakelijkheidsrecht niet (langer) voldoet. En zo is het eigenlijk ook bij *Setz/Brunings*: het arrest is niet compleet, omdat niet wordt uitgelegd waarom het bestaande contrac-

242 Schoordijk 1997, p. 1751. De benadering van Van Maanen 2001, p. 34, dat de verrijking van *Setz* in de verhouding tot *Brunings* gerechtvaardigd zou zijn door het enkele feit dat *Setz* een koopovereenkomst met *Condico* heeft gesloten, spreekt mij dus niet aan.

243 In zoverre kan ik mij vinden in de kritiek van Hartkamp 2001, p. 330 en Van Maanen 2001, p. 50 op Vranken 1998, p. 1503. Anderzijds: hoe moet de rechter omgaan met feiten die *de iure* ontbreken, maar die *de facto* er moeten zijn?

244 Zie nt. 171.

tenrecht of aansprakelijkheidsrecht niet langer voldoet.²⁴⁵ Hetzelfde bezwaar zou ik willen aanvoeren tegen de door Hartkamp geopperde gedachte dat de verrijkingssactie in gevallen als deze gerechtvaardigd wordt door het gegeven dat het steeds gaat om rechtshandelingen die naar maatschappelijke opvattingen als ‘niet normaal’ kunnen worden betiteld.²⁴⁶

Er zijn reeds bestaande instrumenten waarmee dergelijke ‘abnormale’ handelingen worden bestreden, namelijk de Pauliana voor wat betreft handelingen die verhaalsmogelijkheden frustreren en de onrechtmatige daad voor verwante handelingen.²⁴⁷ Nu wil ik best geloven dat beide instrumenten niet alle gevallen dekken en niet in elk opzicht bevredigend werken en ik wil ook aannemen dat het verrijgingsrecht een nuttige brugfunctie kan vervullen, maar laten we dan vooral concreet maken wát er schort aan het bestaande recht en in welk opzicht het verrijgingsrecht dat kan repareren. Wat nu dreigt is dat het probleem na de blote vaststelling dat de handeling niet normaal was, vervolgens wordt bedekt met de mantel der verrijkingssliefde. En dat lost het probleem niet op.²⁴⁸

6. Verrijgingsrecht als alternatief voor aansprakelijkheid

6.1. *To boldly go where no man has gone before*

Het verrijgingsrecht kan van het aansprakelijkheidsrecht leren door de nadruk op het formuleren van gedragsnormen. Andersom biedt het verrijgingsrecht nieuwe perspectieven daar waar het aansprakelijkheidsrecht is uitgedacht of de grenzen van begripsmatige rekbaarheid zijn bereikt. Als het aansprakelijkheidsrecht tegen de grenzen van zijn kunnen aanloopt, kan het maatschappelijk aanvaardbare resultaat soms juist

245 Weinig bevredigend acht ik daarmee de vaststelling van Hartkamp 2001, p. 330, dat enerzijds te weinig bekend is omtrent de feitelijke toedracht, maar dat anderzijds wel sprake zou zijn van een naar maatschappelijke opvattingen abnormale rechtshandeling (p. 334). Als men een rechtshandeling naar uiterlijke kenmerken als abnormaal kenschetst zonder de werkelijke toedracht te kennen, dan doet men in wezen hetzelfde als Vranken doet.

246 Het betoog van Hartkamp deed mij in dit opzicht denken aan hetgeen Smits 1995, p. 244 e.v. te berde brengt over de verhouding tussen ‘normale’ rechtshandelingen en verrijgingsrecht.

247 Zie uitgebreid Van Koppen 1998, p. 5 e.v.

248 Vergelijk Vranken 1998, p. 1499.

beter gefundeerd worden met verrijgingsrecht. Ik denk dan ook niet dat het toepassingsgebied van het verrijgingsrecht per se beperkt zou moeten blijven tot een ‘aftasten’ van het reeds bestaande privaatrechtelijk systeem.²⁴⁹ Het verrijgingsrecht is er ook om de horizon mee te verleggen.

Maar om met verstand voorbij de grenzen van het bekende te gaan, dat vergt wel voorzichtigheid en denkkraft.²⁵⁰ Voorzichtigheid en denkkraft vergen rechterlijke bezinning. En daarvoor is bijvoorbeeld nodig dat voor het concipiëren van rechterlijke beslissingen over het verrijgingsrecht – hoe groot of klein men de ruimte voor de rechter om beleid te voeren ook acht – een veelvoud aan tijd wordt gestoken als in andere concepten. Immers: ‘Unjust enrichment is a highly abstract and morally charged idea, capable of accomodating many contestable views of corrective and distributive justice. As a result, it invests judges with a tremendous amount of power.’²⁵¹ Uitoefening van die macht moet goed worden doordacht en mag niet stuklopen op routine en tijdsdruk.²⁵² Dat geldt zeker voor de instrumentele visie die hierna aan de orde wordt gesteld.

6.2. Een efficiëntere wijze van kostenallocatie

Een voorbeeld van de grensverlegging die verrijgingsrecht ten opzichte van het aansprakelijkheidsrecht kan bewerkstelligen, is gelegen in een efficiënte allocatie van maatschappelijke kosten van bepaalde activiteiten. Aansprakelijkheidsrecht is 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.²⁵³ Aansprakelijkheidsrecht is in deze opvatting ook het instrument om – bijvoorbeeld door

249 Langemeijer 1969, p. 156. Vergelijk Snijders 2002, p. 7, en E.J.H. Schrage, Quint-te Poel, *NTBR* 2001/4, p. 184. Vergelijk – goeddeels in andere zin – de schrijvers genoemd in nt. 174.

250 Ik kom daar hierna in § 6.2 nog over te spreken.

251 Sherwin 2001, p. 2107.

252 Vergelijk Gergen 2001, p. 1979, die de noodzaak tot vorming van rechterlijke subregels en categorieën benadrukt.

253 Zie algemeen Thomas J. Miceli, *Economics of the Law*, Oxford 1997, en William M. Landes, Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge 1987. Vergelijk Epstein 1994, p. 1390-1391; Grosskopf 2001, p. 2002; Van der Heijden 2001, p. 1752.

verzekering aan de zijde van de aansprakelijke of door doorberekening in de prijs – een rechtvaardige *spreiding* van maatschappelijke lasten te bereiken.²⁵⁴

Maar of het (schuld)aansprakelijkheidsrecht in alle opzichten het meest optimale middel tot deze doelen van internalisering en spreiding is, wordt wel betwijfeld. Het schuldvereiste kan bijvoorbeeld in de weg staan aan optimale internalisatie of optimale zorg. Uitholling van het schuldvereiste, uitbouw van risicoaansprakelijkheden en ook het formuleren van normen gericht op herstel van ingetreden schade kunnen dan behulpzaam zijn bij optimalisering van de kosteninternalisatie.

Het formuleren van normen gericht op herstel van reeds ingetreden gebeurtenissen is aldus beschouwd een slimme manier om het schuldvereiste ten aanzien van aansprakelijkheid voor de gebeurtenis zélf te omzeilen. Beziemen het arrest *Staat/AdM* in dit licht, dan volgt dat de verwijderingsplicht zoals geformuleerd door de Hoge Raad een optimale internalisatie kan dienen. De exploitant van het schip is tot verwijdering verplicht als de negatieve externaliteiten (bijvoorbeeld obstakel voor scheepvaartverkeer, gevaar voor mariene milieu) de verwijderingskosten overstijgen. Aansprakelijkheid voor herstel van de ingetreden gevolgen is dan een manier om de bedrijfsmatige activiteiten van scheepsexploatanten de juiste prijs te geven.²⁵⁵

Maar ook het verrijktingsrecht als alternatieve grondslag voor aansprakelijkheid kan ook het doel van optimalisering dienen. Die gedachte wil ik hierna verder uitwerken aan de hand van een aantal voorbeelden.

254 Waarbij niet noodzakelijk is dat elke negatieve externaliteit per se wordt geïnternaliseerd. In concreto moet altijd de juiste balans worden gevonden met het alternatief om de schade gewoon te laten liggen waar zij valt; dat kan namelijk ook de meest efficiënte oplossing zijn.

255 HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 720 m.nt. MS (*Staat/August de Meijer BV*). Zie hiervoor § 4.1. Vergelijk voor verwijderingsplichten die losstaan van de aansprakelijkheid voor de gebeurtenis die tot verwijdering noopt de discussie tussen J. Spier en H.J. Snijders, *WPNR*, nrs. 6167/68, 6180/81 en 6205 (1995). Vanuit dit perspectief kunnen overigens de nodige vraagtekens worden gezet bij het recente arrest HR 15 juni 2001, *RvdW* 2001, 114 (*Gemeente Almelo/Wessels*), waarin de Hoge Raad geen opruimaansprakelijkheid wenste aan te nemen voor schuldloze verspreiding van hechtgebonden asbestdelen. Ik zou het arrest wél zonder meer juist vinden als was vastgesteld dat de gemeentelijke opruimbeslissing als zodanig redelijke grond ontbeerde en van de gemeente Almelo gezegd had kunnen worden dat zij niet op grond van gezondheidsredenen tot verwijdering was overgegaan, maar bijvoorbeeld onder druk van de publieke opinie.

Allereerst is er een interessante ontwikkeling in de sfeer van de Amerikaanse ‘tobacco litigation’. Individuele claims van getroffen rokers met behulp van het productaansprakelijkheidsrecht liepen in de meeste gevallen vast. Maar rokers waren niet de enigen die claims indienden; ook ziekenfondsen, ziektekostenverzekeraars en gezondheidsinstellingen ondervonden schade en zij trachtten de rekening aan de tabaksindustrie te presenteren. Een van de gehanteerde argumenten kwam er op neer dat de tabaksindustrie zich verrijkte over de rug van de fondsen en gezondheidsinstellingen die de kosten moesten dragen van gezondheidszorg die door het gebruik van tabakswaar werden veroorzaakt. Door deze medische kosten niet te internaliseren en daarmee in de prijs van het product tot uitdrukking te laten komen, zou de tabaksindustrie ongerechtvaardigd verrijkt worden.

Opmerkelijk aan de redenering is dat met opzet geen aansluiting wordt gezocht bij eventuele aansprakelijkheid van de tabaksindustrie tegenover individuele tabaksgebruikers zélf. Die weg was namelijk in eerdere procedures zonder veel succes bewandeld, zodat de gezondheidsinstellingen thans geen afgeleide schadevergoedingsvordering (bijvoorbeeld met subrogatie en dergelijke regresinstrumenten waarmee de positie van de individuele slachtoffers zou worden overgenomen) maar een eigen recht op ‘restitution’ trachtten uit te oefenen.²⁵⁶

Concreet verwijt aan het adres van de tabaksindustrie was dus niet het produceren van een gebrekkig product of het in gevaar brengen van de gezondheid van rokers, maar het ten onrechte niet internaliseren van negatieve externaliteiten ten koste van ziekenfondsen et cetera.²⁵⁷

Eenzelfde benadering is in theorie naar Nederlands recht ook mogelijk; op zichzelf is denkbaar dat een vordering van de overheidsinstelling niet als afgeleide maar als eigen rechtens te respecteren belang wordt ingekleed. Deze rechtspolitieke keuze die daarbij nodig is, zou bij een delictuele claim binnen het kader van de relativiteitseis (art. 6:163 BW) worden gemaakt²⁵⁸, en bij een verrijkingsactie binnen het kader van het vereiste van ongerechtvaardigdheid. Zou men bereid zijn om verrijkingsrecht zo openlijk als mechanisme voor efficiënte kostenallocatie te

256 Rendleman 1999, p. 871-872; regres was ‘expensive, complex, and burdensome on judicial resources’.

257 Rendleman 1999, p. 901-902.

258 Vergelijk ook de rechtspolitieke keuze tot allocatie (zij het niet tot internalisatie richting vervuiler) in *Staat/Shell*.

gebruiken, dan begeeft men zich op goeddeels onbekend terrein, waarbij – indien het de vordering van (semi-)overheden betreft – ook nog eens de rol en bestemming van bijvoorbeeld herverdeling door belastingen (denk aan: accijnsopbrengsten bij tabaksverkoop) moet worden meegewogen.

Mogelijk heeft deze onbekendheid ook Amerikaanse rechters afgeschrikt, want in geen van de mij bekende gevallen is een vordering uit ‘unjust enrichment’ toegekend.²⁵⁹ In § 4.1 noemde ik reeds de zaak *Steamfitters Local Union no. 420 Welfare Fund et al. vs. Philip Morris, Inc. et al*, waarin de claim uit ‘unjust enrichment’ werd afgewezen. Maar ook in andere rechtszaken tegen tabaksproducenten strandde het beroep op ongerechtvaardigde verrijking veelvuldig. Als reden wordt daarbij soms aangevoerd dat als de prestatie verricht door de derde de aangesprokene niet bevrijdt van een verplichting, deze dan ook niet verrijkt kan zijn.²⁶⁰ Ook is verrijkingsafdracht afgewezen met als argument dat het niet de gezondheidsinstelling maar hooguit de roker was die ongerechtvaardigd verarmd zou zijn.²⁶¹ Overigens worden de meeste niet-afgeleide tort-claims van gezondheidsinstellingen in verschillende deelstaten afgewezen wegens onvoldoende nauw causaal verband tussen de uitgaven en de beweerdelijke productaansprakelijkheid.²⁶² De boodschap lijkt duidelijk: een u-bocht rond het aansprakelijkheidsrecht heen, is voorlopig een brug te ver.

Dat verrijkingrecht kan helpen om een maatschappelijke activiteit zoveel mogelijk haar juiste prijs te geven, kan ook worden geïllustreerd aan de hand van het volgende voorbeeld. Als op gemeenschapskosten

259 Wel zijn naar verluidt een aantal schikkingen getroffen tussen tabaksproducenten en gezondheidsinstellingen et cetera.

260 *Kentucky Laborers District Council Health & Welfare Trust Fund vs. Hill & Knowlton*, behandeld door Rendleman 1999, p. 899. Vergelijk in dezelfde richting *Arkansas Carpenters' Health & Welfare Fund vs. Philip Morris Inc. et al.* 75 F. Supp. 2d 936.

261 *San Francisco vs. Philip Morris Inc.* 957 F. Supp. 1130. Vergelijk *Seafarers Welfare Plan et al. vs. Philip Morris et al.* 27 F. Supp. 2d 623.

262 Zie de in de vorige noten genoemde zaken. Vergelijk ook *Southeast Florida Laborers District Health and Welfare Trust Fund vs. Philip Morris et al.* 1998 U.S. Dist. LEXIS 5440, met een relativiteitsargument oordelend dat degene wiens wettelijke of contractuele verplichtingen tegenover de benadeelde roker door de daad van een derde (de tabaksindustrie) qua uitvoering verzwaard worden geen rechtstreekse claim heeft tegenover die derde. In dezelfde richting HR 24 januari 1930, *NJ 1930*, p. 299 (*Vonk/Overijsselsche*).

bepaalde verrijkingen plaatsvinden ten behoeve van een individuele burger of een groep van burgers, dan is pleitbaar dat het verrijktingsrecht als basis kan dienen voor kostenverhaal – net zoals dat met contract en onrechtmatige daad soms gebeurt.²⁶³ In art. 49 Wet op de Ruimtelijke Ordening is bijvoorbeeld op gemeenten de plicht tot nadeelcompensatie neergelegd bij planschade.²⁶⁴ Wanneer nu bestemmingsplanwijziging heeft plaatsgevonden ten behoeve van een omliggende groep burgers, rijst de vraag of op die burgers de plicht rust om de kosten van nadeelcompensatie te dragen. Soms wordt door gemeente en begunstigde daarover gecontracteerd, zodat het contract als basis dient voor ‘verrijktingsafdracht’, maar ik acht denkbaar dat het verrijktingsrecht zélf die basis ook kan verschaffen.²⁶⁵

Ik merk tot slot op – ik wees daar al op in § 6.1 – dat wanneer men verrijktingsrecht voor dit type doeleinden gebruikt, voorzichtigheid is geboden. Elke stap buiten het bestaande recht kan namelijk een bestaande balans verstoren.²⁶⁶ Voordat een rechter daartoe overgaat op beleidsmatige gronden, dient goed te worden ‘doorgerekend’ wat daarvan de voorzienbare gevolgen zijn. Kan het verrijktingsrecht in dat geval werkelijk een efficiënte kosteninternalisatie bewerkstelligen, waar het aansprakelijkheidsrecht dat blijkbaar niet kan?²⁶⁷ En zo ja, werkt de verrijktingsafdracht terug in de tijd en kan dat in financiële zin worden opgebracht door de afdrachtplichtige? Maar deze ‘caveats’ zijn mijns inziens niet prohibitief en ook niet exclusief kenmerk van het verrijktingsrecht. In veel gevallen kan een rechtsvormend college maar moeilijk dergelijke consequenties voorzien, terwijl toch de sprong wordt gewaagd.

Ik denk bijvoorbeeld aan de sprong met het arrest *Vonk Montage/Van der Hoeven*, waarin de Hoge Raad tot veler verbazing en in strijd met eerdere rechtspraak het goed werkgeverschap als rechtsgrond voor integrale vergoe-

263 Natuurlijk worden voorbeelden waarin overheidslichamen fungeren als verhalende instantie vertroebeld door de doorkruisingsleer. Ik laat dat geheel voor wat het is; het gaat mij hier om de gedachtegang en niet om de concrete juridische uitwerking.

264 Zie daarover bijvoorbeeld M.E. Gelpke (en J.W. Meijer), Plan- en maatregelschade, in: losbl. Bestuursrechtelijke schadevergoeding, deel D.

265 Zie over e.e.a. A.R. Klijn, ‘Afwenteling van planschade louter kostenverhaal of toepassing profijtbeginsel’, *BR* 2000/12, p. 1038 e.v.

266 Vergelijk Rendleman 1999, p. 875.

267 Vergelijk Rendleman 1999, p. 901.

ding van letselschade aanriep.²⁶⁸ Ik maak mij sterk dat de Hoge Raad deze sprong heeft gewaagd zonder goed te weten of dit tot efficiënte kosteninternalisatie aanleiding zou geven, of deze rechtsregel tot het juiste zorgniveau bij alle betrokkenen zou leiden, welke de sociaal-economische gevolgen en de verzekeringsgevolgen ervan zouden zijn.

6.3. *Als basis voor opofferingsaansprakelijkheid*

Daar waar in klassieke zin geen aansprakelijkheid voor de toegebrachte schade bestaat (bijvoorbeeld wegens rechtvaardigingsgrond, afwezigheid van enige normschending et cetera), kan toch goede grond bestaan voor schadeloosstelling van de benadeelde.²⁶⁹ Een categorie van gevallen waarin die goede grond aanwezig is en waarbij verrijktingsrecht mogelijk als alternatieve grondslag voor aansprakelijkheid kan dienen, betreft de zogenaamde ‘opofferingsaansprakelijkheid’.²⁷⁰

In 1910 speelde de volgende zaak in Minnesota.²⁷¹ Een schip dat door storm dreigde te vergaan, bleef om die reden aan een kade liggen zonder toestemming van de eigenaar daarvan. Door het ruige weer bracht het schip aldus schade toe aan de kade, maar het stond vast dat vertrek van de kade het schip zou hebben doen zinken. Moest de reder van het schip de schade aan de kade niettemin vergoeden? Bij het blussen van een brand richt de brandweer onvermijdelijk schade toe aan een naburig perceel. Heeft de getroffen eigenaar recht op vergoeding? Het veelal bevestigende antwoord bij deze en dergelijke casus heeft veel auteurs beziggehouden; een van de mogelijke verklaringen is dat het hier zou gaan om een aan ‘passieve’ zaakwaarneming verwante verrijktingsaansprakelijkheid.²⁷²

Weerkerend element bij opofferingsaansprakelijkheid is dat de belangen van de ene persoon volstrekt gerechtvaardigd worden achtergesteld bij

268 Zie HR 12 januari 2001, *RvdW* 2001, 31 (*Vonk Montage/Van der Hoeven*); daarover bijvoorbeeld T. Hartlief, *AV&S* 2001/2, p. 37 e.v.

269 Vergelijk de betogen van Bregstein 1927, p. 203-204, Langemeijer 1969, p. 160 e.v., Biegman-Hartogh 1971, p. 124-125.

270 Zie – met veel dwarsverbanden naar andere leerstukken – Schoordijk (bijvoorbeeld) 1987 en 1988.

271 *Vincent vs. Lake Erie Transportation Co.*, 109 *Minn.* 456, 124 *N.W.* 221 (1910), besproken door Wonnell 1996, p. 166, p. 197. Vergelijk Gergen 2001, p. 1942-1943.

272 Zie daarover Langemeijer 1969, p. 160, Schoordijk 1987, p. 35 e.v., Schoordijk 1988, p. 29 e.v., Asser-Hartkamp III, nr. 359 (ad noodtoestand), met verdere verwijzingen; vergelijk ook Zimmermann 1990, p. 443-445 en Smits 1995, p. 270.

die van een andere persoon, maar de resulterende opoffering ten behoeve van het zwaarwegender belang niet zonder compensatie mag blijven.²⁷³ Toekenning van schadeloosstelling in deze gevallen gaat schuil onder verschillende noemers, zoals zaakwaarneming, onrechtmatige daad en contract(dwang).

Als het onderhandelen over een contract niet mogelijk is of slechts tegen te hoge transactiekosten, maar een ‘quasi-contractuele’ vergoeding toch een maatschappelijk betamende oplossing geeft, kan het verrijksrecht als grondslag fungeren voor een redelijke (gebruiks-)vergoeding.²⁷⁴ Soms zal ook de onrechtmatige daad als grondslag kunnen fungeren; het verwijt zal dan luiden dat de aansprakelijke ten onrechte profiteert van de prestatie waarvoor hij niet betaalt.²⁷⁵

In die gevallen waarin onrechtmatige daad als basis wordt gebruikt, blijkt vaak dat de basis niet goed past voor deze gevallen.²⁷⁶ Iemand die in noodtoestand schade toebrengt aan een goed, het goed opoffert om bijvoorbeeld zijn eigen leven te redden, kan geen verwijt worden gemaakt van zijn daad. Ook gevallen van ‘rechtmatige overheidsdaad’ passen slechts met moeite in het keurslijf van onrechtmatige daad. Dergelijke daden worden gerechtvaardigd door de gemeenschapsbaten die ze genereren, maar de daardoor onevenredig verarmde burger heeft recht op schadeloosstelling. Een verrijksrechtelijke benadering zou mogelijk een beter theoretisch fundament kunnen bieden aan de verbintenis uit rechtmatige overheidsdaad.²⁷⁷ Aldus bezien is de bestuursrechtelijke *égalité* in een civielrechtelijke zin een verrijksrechtelijk fenomeen.²⁷⁸

Een ander voorbeeld: de maatschappelijke baten van een bepaald preventief geneesmiddel zijn zeer groot omdat een ernstige ziekte ermee wordt voorkomen, maar het is bekend dat een zeer kleine groep personen – waarvan de

273 Over dit fenomeen Schoordijk 1987, met name p. 35 e.v.

274 Zo Wonnell 1999, p. 795. Vergelijk ook Epstein 1994, p. 1380 e.v.

275 Vergelijk het hierna te behandelen arrest *Azivo/GGD*.

276 Bijvoorbeeld ook door aan te nemen dat een conservatoire beslaglegger het aansprakelijkheidsrisico draagt van de beslaglegging ook al valt hem niet te verwijten dat hij tot beslaglegging overgaat.

277 Langemeijer 1969, p. 160 e.v.

278 En daarmee staat voor mij dan ook vast dat (her)verdeling van welvaart binnen privaatrecht mogelijk (en wenselijk) is. Daarover hiervoor § 2.3.

identiteit niet op voorhand is vast te stellen – een bepaalde dodelijke allergie voor het geneesmiddel heeft. Dat gevaar is in maatschappelijk opzicht een klein nadeel in vergelijking met de enorme baten die het geneesmiddel voor de mensheid oplevert. Een producent van het geneesmiddel heeft zeer zorgvuldig gewaarschuwd voor dit relatief kleine risico. Volgens de regels van het aansprakelijkheidsrecht is hij niet aansprakelijk als het risico zich verwezenlijkt (het product is niet onredelijk gevaarlijk, er is gewaarschuwd voor de kleine kans op een grote schade). Toch kan men ten aanzien van dit product verrijking en verarming tegenover elkaar stellen: enerzijds heeft de maatschappij veel baat bij het product en deze baten worden weerspiegeld in de inkomsten van de producent, terwijl een kleine groep leden van de maatschappij onevenredig ernstig getroffen wordt. Ik zou het rechtvaardig achten indien deze groep een verrijgingsrechtelijk gefundeerde aanspraak ‘jegens de gemeenschap’ zou toekomen wegens opofferingsaansprakelijkheid. Wel realiseer ik mij dat de uitwerking daarvan nadere doordenking vergt. Is de Staat aansprakelijk? Zo ja, dient de farmaceutische industrie dan niet bij te dragen op een of andere wijze?²⁷⁹

Soms wordt als bezwaar tegen gebruik van het verrijgingsrecht voor dergelijke ‘opofferingsaansprakelijkheid’ aangevoerd dat hiermee te zeer de bestaande verdeling van welvaart ter discussie wordt gesteld.²⁸⁰ Dit komt anders gezegd neer op de vraag of privaatrecht tevens voor verdelende rechtvaardigheid gebruikt mag worden. Dat is een belangrijke vraag – ze kwam al aan de orde in § 2.3 – die ik niet wil bagatelliseren, maar geconstateerd moet worden dat ook het aansprakelijkheidsrecht nu reeds veelvuldig voor die doeleinden wordt gebruikt. Wenselijk of niet, door juist de hier genoemde gevallen in een verrijgingsrechtelijke sleutel te zetten kan in elk geval winst worden geboekt, omdat dan zuiverder zicht ontstaat op de materiële *gronden* voor toewijzing of afwijzing van de vordering. De vermaledijde constructies, waar het aansprakelijkheidsrecht naar verluidt aan ten onder gaat (of beter:

279 Sommige jurisdicties kennen wat dit betreft bijzondere compensatiesystemen. Zie bijvoorbeeld de Amerikaanse *National Childhood Vaccine Injury Act*, waarover Dan B. Dobbs, *The Law of Torts*, St. Paul 2000, p. 1112-1113 (het zij toegegeven dat de reden voor invoering van deze Amerikaanse regeling niet uitsluitend gelegen was in de wens om vergoeding toe te kennen waar deze voordien niet bestond, maar ook in de wens om vaccinatieprogramma's te beschermen tegen een *flood* aan tort claims).

280 Vergelijk Gergen 2001, p. 1947.

inmiddels al ten onder is gegaan)²⁸¹, kunnen we dan laten voor wat ze zijn.²⁸²

6.4. *Nemen en geven: privaatrechtelijke nadeelcompensatie*

In aansluiting op hetgeen in de voorgaande paragraaf over opofferingsaansprakelijkheid aan de orde kwam, volgt hier nog aandacht voor een bijzonder type van opofferingsaansprakelijkheid. Het gaat om gevallen van – in rechtseconomische terminologie – ‘takings’, waarbij de functie van verrijktingsrecht bij (her)verdeling van welvaart een prominente rol speelt.²⁸³ De beslissing in de juridische vete tussen apotheker Van der Tuuk Adriani en apotheekhoudend huisarts Batelaan is daarvan naar het lijkt een belangrijke toepassing.²⁸⁴

Batelaan is huisarts met vergunning tot het houden van een zogenaamde huisartsenapotheek. Het overheidsbeleid is er echter op gericht dat zodra een ‘echte’ apotheek zich in de regio vestigt, de huisarts zijn apotheek dient op te geven.²⁸⁵ In de branche is in dat verband gebruikelijk dat apotheker en huisarts in onderhandeling treden over een door de apotheker te betalen goodwillvergoeding, een en ander volgens een door zelfregulering opgesteld tarifieringssysteem. Van der Tuuk vestigt zich in de regio van Batelaan en biedt hem meer dan het gebruikelijke tarief. Batelaan weigert, waarop de apotheker aan de bevoegde instanties verzoekt om de apothekersvergunning van Batelaan in te trekken. Zulks geschiedt, waarop Batelaan alsnog het aanbod van Van der Tuuk wenst te aanvaarden. Deze piekert er inmiddels niet meer over. Hof en Hoge Raad menen dat Batelaan niettemin recht heeft op verrijktingsafdracht door Van der Tuuk.²⁸⁶

Dat de apothekersvergunning aan Batelaan werd ontnomen en zijn klandizie door het wettelijk monopoliestelsel vervolgens toeviel aan Van der Tuuk, was in rechtseconomische termen een onteigening (‘taking’) enerzijds en een verrijking (‘giving’) anderzijds.²⁸⁷ Het is goed

281 Zie voor verdere verwijzingen bij losbl. Onrechtmatige Daad, V, aant. 400 e.v.

282 Vergelijk voorzichtig Langemeijer 1969, p. 163.

283 Over ‘takings’ en nadere terminologie in dit verband Bouckaert/De Geest 1995, p. 463-464.

284 Vergelijk Schoordijk 1996b, p. 251.

285 Daarover Hijma 1997, p. 102-103.

286 HR 15 maart 1996, NJ 1997, 3 (*Van der Tuuk Adriani/Batelaan*).

287 Zie nt. 283.

om te beseffen dat indien een vrije markt voor huisartsapotheken bestond, er in het algemeen gesproken over de overgang van de apothekersinkomsten zoals die van Batelaan zou worden onderhandeld en dat de apotheek dan terecht zou komen bij de partij voor wie de inkomsten de meeste waarde vertegenwoordigen.²⁸⁸ Maar in werkelijkheid heeft de wetgever een ‘onteigeningsstelsel’ in het leven geroepen dat ‘neemt’ van Batelaan en ‘geeft’ aan Van der Tuuk. Er valt hier dus niets te onderhandelen met de meestbiedende. Het zou in dat licht ook onzinnig zijn om te onderhandelen over de vraag of schadeloosstelling verschuldigd is, omdat objectief vaststaat dat de ene partij zijn apotheek hoe dan ook moet opgeven. Men kan niet van Van der Tuuk verwachten dat hij zonder voorafgaande verplichting zich tot verrijkingsafdracht bereid verklaart. De verplichting daartoe kan dus niet spontaan tussen partijen ‘opbloeien’²⁸⁹, maar moet aan een buiten partijen gelegen bron ontspruiten. De wetgever was hier uiteraard de aangewezen instantie om vast te leggen dat de apotheker tot onteigeningsvergoeding verplicht was. De wetgever heeft echter niets bepaald omdat hij verwachtte dat zelfregulering uitkomst zou bieden.²⁹⁰

Als men het zo beschouwt, dan vertoont *Van der Tuuk Adriani vs. Batelaan* sterke gelijkenis met het geschil tussen *Azivo vs. GGD*, waarover de Hoge Raad in 1989 oordeelde. Ook in die zaak betrof het een civielrechtelijke rechtsverhouding die sterk werd gekleurd door de onvolmaakte publiekrechtelijke regeling. De GGD was wettelijk *verplicht* om ziekenvervoer te verzorgen ten behoeve van ziekenfondsverzekerden, terwijl de ZfW voor wat betreft de tegenprestatie alleen bepaalde dat GGD en verzekeraars een gebruiksvergoeding overeen moesten zien te komen. Verzekeraar Azivo weigerde het *gangbare* tarief te vergoeden, en dat nu werd onrechtmatig geacht.²⁹¹ De beide arresten hebben als gemeenschappelijk kenmerk dat waar uitwisseling (of overgang) van prestaties niet geschiedt door tussenkomst van vrije marktwerking, de juiste prijs niet door onderhandeling tus-

288 En bij die ‘gewone’ onderhandelingen zouden de ‘gewone’ regels van aanbod, aanvaarding en herroeping gelden; Vranken 1998, p. 1501 en Van Maanen 2001, p. 39 wijzen daar op.

289 Vergelijk Bouckaert/De Geest 1995, p. 474. Rechtseconomen zouden – denk ik – zeggen dat transactiekosten voor totstandkoming van een onderhandelingsresultaat te hoog zouden zijn vanwege een ‘bilateraal monopolie’. Zo begrijp ik in deze richting althans Bouckaert/De Geest 1995, p. 465 e.v.

290 Hijma 1997, p. 106.

291 HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 700 m.nt. JBMV (*Azivo/GGD*).

sen (strategisch handelende) partijen totstandkomt en dus aan een andere bron van verbintenis moet ontspruiten.²⁹²

De apothekerskwestie levert al met al een weinig doorzichtige situatie op, waarin een civielrechtelijke verrijkingsafdracht in zoverre helderheid schept dat het blijkbaar een fundament geeft aan schadeloosstelling bij 'private takings'.²⁹³ De wetgever neemt en geeft, en het verrijkingrecht waarborgt vervolgens handhaving van het beginsel van 'egalité' tussen burgers onderling.

Andere wegen zouden mijns inziens ook naar het Rome van verrijkingsafdracht hebben kunnen leiden.²⁹⁴ Van der Tuuk had zijn aanbod naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid gestand moeten doen, of: het was maatschappelijk onbetamelijk van Van der Tuuk om – hoezeer zijn aanvraag tot intrekking van Batelaan's vergunning door het algemeen belang werd gerechtvaardigd – zonder zich de belangen van de onevenredig getroffen Batelaan aan te trekken over te gaan tot exploitatie van de apotheek, of: Van der Tuuk had zich naar de mores van zijn beroepsgenoten moeten gedragen en door zulks na te laten heeft hij onrechtmatig jegens Batelaan gehandeld.²⁹⁵ Maar welk vehikel men ook kiest, het komt aan op de verdelingsvraag: achten wij het juist dat het nadeel dat Batelaan ondervindt door een onteigening in het algemeen belang, rechtstreeks op de schouders van de verrijkte wordt gelegd?

De verrijkingsafdracht zoals neergelegd in *Van der Tuuk Adriani/Batelaan* is niet ongeclausuleerd. De Hoge Raad acht twee omstandigheden doorslaggevend voor een verrijkingsafdracht. Enerzijds was het Van der Tuuk die het initiatief nam voor zijn verrijking door zich te vestigen in het gebied van Batelaan en door de procedure in gang te zetten die uit-

292 Dát er een prijs moet worden betaald, lijkt ook vanuit rechtseconomisch perspectief correct te zijn: zou men de 'taking' zonder compensatie laten, dan wordt het ondernemerschap (van GGD en Batelaan) negatief geprikkeld. Over dat argument bijvoorbeeld Bouckaert/De Geest 1995, p. 474 e.v. en ook Donald Wittman, 'Liability for Harm or Restitution for Benefit?', 13 *Journal of Legal Studies* (1984), p. 74 e.v.

293 Kritisch over dat aspect Schoordijk 1996, p. 250.

294 *Azivo/GGD* toont dat naar mijn mening. Anders: Hartkamp 2001, p. 318, die meent dat *Van der Tuuk* een geval is waarin het niet mogelijk was om op andere grondslag recht te doen.

295 Voor deze laatste invalshoek zie Hijma 1997, p. 106-107 en Vranken onder *NJ* 2001, 319, nr. 8.

eindelijk Batelaan zijn vergunning kostte; anderzijds waren de geneeskundige en farmaceutische beroepsorganisaties het eens over wat in het gegeven geval betamelijk is, te weten een kostenvergoeding ten gunste van de huisarts voor de aanwas van klantenkring.²⁹⁶

Het eerste gezichtpunt, namelijk dat Van der Tuuk zelf de hand heeft gehad in zijn verrijking, behoort naar mijn mening geen relevantie toe te komen bij verrijkingsafdracht bij 'private takings'.²⁹⁷ Dat de Hoge Raad hier anders over denkt, lijkt te volgen uit het recente arrest *Hulsman/Van der Graaf*. In die zaak werd geen vergoeding toegekend aan de huisarts die met pensioen ging en zijn apotheek door zijn aflopende vergunning niet kon overdragen.²⁹⁸ Toch was ook daar in zeker zin ook sprake van een 'taking' en een 'giving'; als namelijk niet het wettelijk monopoliestelsel had bestaan, zou de artsapothek door onderhandelingen terechtgekomen zijn bij de meestbiedende. Door ingrijpen van de wetgever in de marktwerking viel zij van rechtswege toe aan de apotheker. Beslissend obstakel in beide apothekersarresten is dus het wettelijk stelsel dat aan de huisarts zijn 'eigendom' ontnemt en 'geeft' aan de apotheker, en daarmee is naar mijn mening de échte verarmingsoorzaak niet gelegen in de vestigingsbeslissing van Van der Tuuk of de pensionering van Hulsman. Bij volledige marktwerking zou namelijk in beide gevallen geen (of een minder grote) verarming zijn opgetreden. De nadruk die de Hoge Raad daarom legt op de vraag van wiens initiatief de verrijking was uitgegaan, lijkt mij daarom vanuit het 'takings'-perspectief onjuist.

Dat brengt mij op het tweede gezichtpunt dat de Hoge Raad van betekenis acht: de consensus binnen de branche over de gehoudenheid tot verrijkingsafdracht. Blijkbaar bestond binnen de destijds gangbare zelfregulering binnen de branche overeenstemming dat in een geval als *Batelaan* verrijkingsafdracht betaamt, maar niet in een geval als *Hulsman*. Daarmee komt verrijkingsafdracht in gevallen als deze sterk in de sleutel te staan van betamelijkheidsnormen binnen een bepaalde beroepsgroep (en dus in de sleutel van art. 162). Maar als we even afzien

296 Zie over deze zelfregulering concl. A-G Koopmans sub 3 voor HR 15 maart 1996, *NJ* 1997, 3 (*Van der Tuuk Adriani/Batelaan*).

297 Wel kan worden toegegeven dat het gezichtpunt meer betekenis krijgt indien men de verrijkingsafdracht hier in de sleutel van gedragstoetsing zet (daarover § 5.1). In die optiek wordt Van der Tuuk verantwoordelijk gesteld voor zijn keuze om zich te vestigen in de regio van Batelaan (kort gezegd: 'het is uw keuze, u draagt de voorzienbare gevolgen.').

298 HR 2 februari 2001, *NJ* 2001, 319 m.nt. JBMV.

van die complicatie dat hier sprake is van branche-zelfregulering²⁹⁹, dan komt het aan op de vraag of het de wetgever bij toekenning van nadeelcompensatie zou zijn toegestaan om onderscheid te maken tussen verschillende gevallen van 'taking'. Dat lijkt mij wel: een tussentijdse wijziging van regelgeving is in dit opzicht anders omdat zij tot 'taking' kan leiden van daadwerkelijk opgebouwde 'eigendom', hetgeen eerder tot compensatie zal verplichten. Of dat ook voldoende grond oplevert voor onderscheid tussen Batelaan en Hulsman, is niet ondenkbaar, maar ik durf het niet met zekerheid te zeggen.³⁰⁰

7. Afsluitende opmerkingen

Wat is de opbrengst van het voorgaande? Gehoopt kan slechts worden dat de lezer aan het begin van een lange inleiding – hoofdstuk 1 – geen overspannen verwachtingen koesterde, want het waren slechts raakvlakken en dwarsverbanden die de revue passeerden.

In hoofdstuk 2 ging de aandacht uit naar het raakvlak van de twee kwaden waaruit bij verrijkingsafdracht – zowel die uit art. 6:212 BW als die uit art. 6:162 jo. 6:104 BW – moet worden gekozen: als men concentreert op de omvang van de door de benadeelde geleden schade, dan bestaat de kans dat de verrijkte per saldo meer overhoudt dan rechtvaardig is. Ontneemt men echter de verrijking ook als deze de verar-

299 Daarover Vranken onder *NJ* 2001, 319. Ik ga hier niet in op de frictie die mijns inziens in gevallen als *Van der Tuuk* ontstaat met het legaliteitsbeginsel. Feitelijk is het gevolg van het arrest namelijk dat de Staat tot herverdeling van welvaart kan overgaan zonder tussenkomst van (belasting)wetgeving; als de Staat voor huisartsen als Batelaan namelijk een nadeelcompensatieregeling had getroffen, dan zou ondenkbaar zijn geweest dat de Staat zélf vervolgens Van der Tuuk op grond van art. 212 zou belasten voor het nadeel (vergelijk HR 8 oktober 1993, *NJ* 1994, 46, en HR 8 mei 1998, *NJ* 1998, 890; vergelijk losbl. *Onrechtmatige Daad*, V.E, aant. 457). Door het onderwerp ongeregeld te laten, heeft de wetgever dus per saldo een buitenwettelijke en rechtstreekse baatbelasting ten koste van Van der Tuuk ingesteld. Vergelijk Hijma 1997, p. 105-106, die er nog op wijst dat een dergelijke combinatie van compensatie en baatbelasting in bestuursrechtelijke wetgeving een weinig voorkomend verschijnsel is.

300 In dat licht bezien is er misschien grond om onderscheid te maken tussen enerzijds de periode van 1960 (aanvang praktijk Hulsman) tot 1963 (inwerkingtreding Wet op de geneesmiddelenvoorziening, waarin het 'uitsterfbeleid' van huisartsenapotheekrij was neergelegd) en anderzijds tussen 1963 en 1993 (waarin het Hulsman bekend had moeten zijn dat hij rekening moest houden met ongecompenseerd verlies van inkomsten aan het einde van zijn arbeidzame periode).

ming van de benadeelde overstijgt, dan – zo wordt vaak als bezwaar aangevoerd – straft men de verrijkte of men maakt privaatrecht tot instrument van verdelende rechtvaardigheid. Mijn conclusie van hoofdstuk 2 luidde echter dat het bezwaar van het punitief karakter van verarmingsoverstijgende verrijkingsafdracht onjuist is en dat het bezwaar tegen het welvaartverdelende karakter berust op een door de feiten achterhaalde visie op privaatrecht.

Niettemin moet worden vastgesteld dat naar geldend recht de vergoeding van geleden schade vooropstaat, en dat lijkt te betekenen dat de verrijkte soms mag behouden wat hem niet toebehoort. In bepaalde gevallen is dat echter weinig rechtvaardig; in die gevallen dient naar mijn mening aan verrijkingsafdracht prioriteit te worden toegekend, ook als deze de concrete verarming of schade overtreft. Er zijn – al naar gelang de concrete omstandigheden – verschillende manieren waarop die prioriteit kan worden verleend. Het schadevereiste in art. 162 en 212 kan daartoe soms worden gerelativeerd, bijvoorbeeld door vanuit de rechtsplicht tot verrijkingsafdracht te redeneren in plaats vanuit de verbintenis tot schadevergoeding. Het schadevereiste treedt dan naar de achtergrond. En in bepaalde gevallen kunnen we ook al een heel eind komen met bekende methoden zoals abstracte schadeberekening.

Op de vraag *wanneer* die prioriteit dan moet worden verleend ben ik in hoofdstuk 3 ingegaan. Verrijkingsafdracht is naar mijn mening niet beperkt tot gevallen waarin ingebroken is op een ‘goed’; verrijkingsafdracht dient niet uitsluitend de bescherming van verworven posities, maar is er bijvoorbeeld ook om gelijke kansen in een concurrentiestrijd te waarborgen. Dat neemt niet weg dat de benadering van de ‘goederenbescherming’ een vruchtbare kan zijn, ik denk alleen niet dat zij de enig juiste weg is.

Aantrekkelijker acht ik daarom het perspectief van gedragsbeïnvloeding. Verrijkingsafdracht – ook die welke de verarming overstijgt – kan bijdragen aan prikkeling tot bijvoorbeeld maatschappelijk betamelijk gedrag. Zo kan de afdracht, waar het gaat om verrijking door het ontlopen van een contract, soms ook een goede remedie opleveren die prikkelt tot het aangaan van onderhandelingen over prestatieuitwisseling. En dat verrijking die is geschied met het opzet om te verrijken dan wel te verarmen een stevige negatieve prikkel verdient, leidt tot mijn conclusie dat ook in die gevallen verrijkingsafdracht de juiste maatregel is. Evenzeer is verrijkingsafdracht de juiste maatregel indien de overtreden norm (mede) verrijking beoogde te voorkomen; dit geldt naar mijn mening ook als dit tot een verarmingsoverstijgende verrijkingsafdracht zou leiden. En ten slotte is verrijkingsafdracht ook juist indien de prik-

kel van schadevergoeding stelselmatig tekortschiet om de materiële norm te waarborgen, bijvoorbeeld indien de (individueel) geleden vermogensschade of ander nadeel in het gros van de betreffende gevallen klein is, maar de verrijkingshandeling niettemin ontmoediging verdient. In hoofdstuk 4 kwam een ander dwarsverband bloot te liggen, namelijk tussen de begrippen ‘onrechtmatig’ en ‘ongerechtvaardigd’. Daar bleek voorts dat ook het onrechtmatigedaadsrecht zich in een bepaalde optiek met verrijking en verarming bezighoudt, bijvoorbeeld door de belangenafweging die aan de onrechtmatige daad inherent is. Dat bracht mij op de vraag of het niet mogelijk is om de verrijkingssactie meer in gedragsnormen te vervatten zoals dat in art. 6:162 BW gebeurt.

In hoofdstuk 5 kwam ik tot een inventarisatie van *veelal* relevante factoren bij verrijkingaanspraken, te weten het vereiste dat de verrijkte in een positie moet zijn geweest om de verrijking te voorkomen en het vereiste dat hem een verwijt kan worden gemaakt van het niet-voorkomen ervan. Hiermee heb ik niet willen betogen dat alle verrijkinggevallen in die termen kunnen worden gevat, maar naar mijn indruk geldt dat wel voor een behoorlijk aantal ervan.

In hoofdstuk 6 behandelde ik vervolgens een aantal gevallen die in het onrechtmatigedaadsrecht als ‘problematisch’ worden ervaren en die wellicht een beter fundament vinden in het verrijkingrecht. Dat zijn vaak juist de gevallen waar de verrijkte nauwelijks een verwijt van zijn verrijking (c.q. de verarming van de ander) kan worden gemaakt, maar een vergoedingsplicht niettemin een maatschappelijk betamende uitkomst is. Voor die gevallen, zo is mijn voorzichtige conclusie, biedt een verrijkingrechtelijk fundament mogelijk een stabielere ondergrond dan de onrechtmatige daad.

Er zijn verschillende manieren om tegen het onderwerp van dit preadvies aan te kijken.³⁰¹ Ik volg Langemeijer in zijn stelling dat het verrijkingrecht ons uitdaagt om het stelsel van de wet uit te bouwen en te verfijnen.³⁰² Wat betreft de relatie met het aansprakelijkheidsrecht betekent ‘uitbouwen’ niet het zoeken naar oplossingen die per se passen in

301 Thomas van Aquino kon nog verkondigen dat door een ongerechtvaardigde verrijking aan de kerk af te staan, de verrijkte voldoende bevrijd was en dus niet langer verplicht was om de verarmde ook nog schadeloos te stellen. Zie Aquinas, *Summa Theologiae*, II-II, vraag 62, art. 2. Dezelfde oplossing acht hij de juiste indien de identiteit van de verarmde niet komt vast te staan (t.a.p., vraag 62, art. 5); fondsvorming avant la lettre?

302 Zie nt. 249.

‘het systeem’. Afgezien van de omstandigheid dat waar het gaat om het aansprakelijkheidsrecht ik mij wel eens afvraag wat daarvan precies de systeemwaarde is, denk ik dat verrijktingsrecht juist een belangrijke impuls tot vernieuwing kan geven.³⁰³ Mogelijk is *Setz/Brunings* de voorloper van een nieuw stelsel van bewijsvermoedens in aansprakelijkheidszaken. Wellicht geeft *Staat/AdM* een verrijktingsrechtelijke impuls aan aansprakelijkheid voor een schuldloos ontstane toestand. Misschien is *Van der Tuuk Adriani vs. Batelaan* de voorloper van een privaatrechtelijk stelsel van nadeelcompensatie en een nieuwe categorie van ‘opofferingsaansprakelijkheid’. En misschien kan verrijktingsrecht ook een plausibeler fundament verschaffen voor gevallen van ‘opofferingsaansprakelijkheid’.

Wat betreft verrijktingsafdracht als volwaardig alternatief voor schadevergoeding, denk ik dat ‘uitbouw’ van het systeem ertoe kan leiden dat toewijzing van een vordering tot verrijktingsafdracht geïndiceerd is als deze bijdraagt aan handhaving van de materiële norm die overtreden is. Dat betekent ook dat als de norm ziet op voorkoming van verrijking, een verrijktingsafdracht in de lijn der verwachtingen ligt. Een verrijktingsafdracht dient naar mijn mening ook te worden overwogen als vergoeding van concreet geleden schade stelselmatig onvoldoende bijdraagt aan de verwezenlijking van de materiële norm. Welke waarde heeft immers een norm waarvan het profijtelijk blijft – ook na aftrek van een eventuele schadevergoeding – om haar te overtreden? Het kan ook betekenen dat van het concrete schadevereiste in art. 212 en art. 104 geabstraheerd moet worden indien door de onverkorte toepassing ervan de effectiviteit van de bescherming tegen onbetamelijk gedrag in het gedrang zou komen. En die bescherming, daar draait het om.

303 Zie hiervoor § 6.1.

