

Ongerechtvaardigde verrijking en gewijzigde omstandigheden

Vincent SAGAERT

Aspirant van het Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek – Vlaanderen
Afdeling Privaatrecht K.U. Leuven

Inhoudstafel

§1. Inleiding

§2. Ogenblik voor de beoordeling van de verrijking

A. Traditionele zienswijze

B. Bepaling van de verrijking op het ogenblik van de vermogensverschuiving

§3. ‘*Change of position*’: een algemeen verweermiddel in het Belgische verrijgingsrecht?

A. Rechtsvergelijkende analyse

1. Angelsaksische rechtsstelsels

2. Duitsland

3. Zwitserland

4. Nederland

B. Toepassing van dit verweermiddel in het Belgische recht

1. Wettelijke toepassingen

2. Analoge toepassing van de wettelijke bepalingen

C. Toepassingsvoorwaarden voor het verweermiddel van ‘verlies van verrijking’

1. Objectief verlies van de verrijking

2. Causaal verband tussen het verlies en de verrijking

3. Goede trouw van de verweerder

4. Vorderingen waartegen het verweermiddel kan worden ingeroepen

§4. Conclusie

§1. Inleiding

1. Het leerstuk van ongerechtvaardigde verrijking zorgt bij juristen vaak voor een onbehaaglijk gevoel. Het bevindt zich, zoals MALAURIE het in haar proefschrift uitdrukt, in de marge van het recht.¹ Voor de Belgische en Franse jurist is dat nog meer het geval dan in de andere landen, omdat de Code civil geen bepalingen bevat die aanduidingen geven over de juiste toepassing van dit leerstuk. Het hoeft daarom niet te verwonderen dat billijkheid en juridische coherentie er met elkaar in conflict komen. Het is immers niet omdat het billijk is dat degene die zonder titel een vermogensbestanddeel verloor dit kan recupereren, dat dit daarom ook juridisch te verantwoorden is.

Dat ‘morele’ aspect weegt nog zwaarder als die billijkheid niet alleen speelt aan de zijde van de eiser, maar ook aan die van de verweerder. Ook bij hem kunnen er zich immers omstandigheden voordoen die het ‘onbillijk’ maken om hem tot restitutie van de betrokken vermogensbestanddelen te verplichten. Het gaat hierbij vooral om het verdere lot van het voorwerp van de verrijking. Terwijl de verarming van de eiser definitief is vanaf haar totstandkoming², kan de verrijking van de verweerder tot op het ogenblik van de restitutie vlottend zijn: ze kan vermeederen, maar ook verminderen of zelfs helemaal verdwijnen.

Laat ons het probleem illustreren aan de hand van de Engelse zaak *Lipkin Gorman v. Karpnale*. Norman Cass, die opgeklommen was tot partner in het advocatenkantoor Lipkin Gorman uit de Londense City, was een gokverslaafde. Toen hij niet meer over voldoende eigen middelen beschikte om deze verslaving te financieren, haalde hij meer dan 300.000£ van de cliëntenrekening van zijn kantoor. Met dat bedrag kocht hij jetons in de ‘Playboy Club’, uitgebaat door Karpnale Ltd. Het resultaat laat zich raden: in een tijdspanne van enkele maanden zette hij meer dan 500.000£ in, waarvan hij iets meer dan 170.000£ onder de vorm van winst recupereerde. Toen de strafrechtelijke autoriteiten hem op het spoor kwamen, had hij ‘maar’ 20.000£ over in zijn vermogen om terug te betalen aan zijn kantoor. Daarom besloot deze laatste een verrijkingsovername in te stellen tegen de uitbater van het casino. Afgezien van de vraag of er in deze verhouding wel sprake was van ongerechtvaardigde verrijking, kwam ook de problematiek aan bod voor welk bedrag restitutie kon worden gevorderd: Kan Lipkin Gorman een aanspraak laten gelden voor het volledige door het casino van Cass ontvangen bedrag (inzet: 500.000£) of alleen voor het netto-bedrag dat het casino nog overhield na de uitbetaling aan Cass (inzet min winst: 320.000£).³ Meer in het algemeen rijst de vraag of de vermindering van de verrijking voorafgaand aan de verrijkingsovername

¹ M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil français*, Parijs, Cujas, 1991, 50; vgl. H. COHEN, “Change of position in quasi-contracts”, *Harv. L.R.* 1932, 1333: “One must search deep in the law to come upon a field where to urge to find justice and do equity remains so articulate as in the law of quasi-contracts.

² Cass. fr. 18 mei 1982, *Bull. civ.*, III, nr. 122; G. BONET, “Quasi-contrats. Enrichissement sans cause”, in *Juris-classeurs civils*, art. 1370 à 1381, 1988, p. 19, nr. 262; P. MALAURIE, en L. AYNES, *Droit civil. Les obligations*, p. 546-547, nr. 951; *Rép. civ. Dalloz*, v° *Enrichissement sans cause*, p. 24, nr. 266; A. SERIAUX, *Droit des obligations*, Parijs, PUF, 1998, p. 336, nr. 93.

³ De oplossing die de *House of Lords* aan deze zeer ingewikkelde casus heeft gegeven, wordt verder nader geanalyseerd (zie infra, nr. 12).

moet toegerekend worden op het door de ‘verrijkte’ te restitueren bedrag. Daarover handelt deze bijdrage.

2. Over dit vraagstuk bestaat nogal wat verwarring in de rechtsleer.⁴ Een rechtsvergelijkende analyse kan nochtans zeer verhelderend werken. In deze bijdrage zullen we een tweetrapsredenering volgen: in een eerste fase gaan we na op welke datum de eiser bij verrijksacties in beginsel de verrijking van de verweerder moet aantonen en begroten (zie infra, nrs. 3-9). Daarna wordt onderzocht of en onder welke omstandigheden de verweerder bij wijze van exceptie kan inroepen dat ook rekening moet worden gehouden met omstandigheden die zich na dit ogenblik hebben voorgedaan (zie infra, nrs. 10-37). Bij deze tweede stap zal de rechtsvergelijkende analyse een doorslaggevende rol spelen.

§2. Ogenblik voor de beoordeling van de verrijking

A. Traditionele zienswijze

3. De doctrine oordeelt vanuit een lange traditie dat de voorwaarde dat de verweerder moet verrijkt zijn voor de toewijzing van een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking (*‘actio de in rem verso’*), moet beoordeeld worden op het ogenblik van *de instelling van de vordering*, zonder dat de specifieke omstandigheden van het geval (vb. kwade trouw van de verweerder) in acht worden genomen. Dit geldt zowel voor het bestaan als voor de begroting van de verrijking. Alleen indien en in de mate dat de verrijking op dat ogenblik nog aanwezig is in het vermogen van de debiteur, kan de *actio de in rem verso* toegewezen worden: *‘non est versum si non durat versum’*.⁵ Deze opvatting spoot met de zienswijze in de Franse rechtsorde.⁶ Ze gaat terug op een aantal arresten waarin de Franse *Cour de Cassation* beslist heeft dat de verrijking moet worden beoordeeld op het ogenblik dat de verrijksvordering werd ingesteld.⁷ Indien de *accipiens* intussen reeds de zonder juridische grondslag ontvangen

⁴ H., L. en J. MAZEAUD en F. CHABAS, *Obligations. Théorie générale*, in *Leçons de droit civil*, Parijs, Montchrestien, 1991, p. 845, nr. 713. Zie ook G. HAMACKER, *Onverschuldigde betaling*, Deventer, Kluwer, 1970, 150-151.

⁵ Gent 11 juli 1955, *Pas.* 1956, II, 64; R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk recht*, II, Brussel, Standaard, 1971, p. 183, nr. 371; A. KLUYSKENS, *Beginselen van Burgerlijk Recht* (hierna verkort geciteerd als: *Beginselen*), Antwerpen, Standaard, 1948, I, nr. 360; F. LAURENT, *Principes de droit civil belge* (hierna verkort geciteerd als *Traité*), XVII, nr. 541; *Pand. b.*, v° *Action de in rem verso*, nr. 32 (in randnummer 11 van diezelfde vindplaats werd die zienswijze echter nog verworpen als “trop radicale”); *R.P.D.B.*, v° *Quasi-contrat*, nr. 134.

⁶ Lyon 11 januari 1906, *D.P.* 1906, I, 132; Amiens 16 februari 1901, *D.* 1904, I, 391; A. BENABENT, *La chance et le droit*, Parijs, L.G.D.J., 1973, p. 110, nr. 143; A. BOUSIGES, *Les restitutions après annulation ou résolution d’un contrat*, Thesis, 1982, 45; C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, IXbis, Parijs, Rousseau, 1952, p. 372-373, nr. 1758; M. MALAURIE, *o.c.*, 50; J. FLOUR en J.-L. AUBERT, *Les obligations, II: les faits juridiques*, Parijs, Dalloz, 1999, p. 56, nr. 58; F. GORE, *L’enrichissement aux dépens d’autrui*, Parijs, Dalloz, 1949, p. 64, nr. 63 en p. 313, nr. 299; G. MARTY en P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, 1988, I, nr. 392; H., J. en L. MAZEAUD en F. CHABAS, *o.c.*, p. 845, nr. 713; J. RENARD, “L’action de l’enrichissement sans cause dans le droit moderne français”, *Rev. trim. dr. civ.* 1920, (243) 251; *Rép. civ. Dalloz*, v° *Enrichissement sans cause*, nrs. 29 en 270; A. ROUAST, “L’enrichissement sans cause et la jurisprudence civile”, *Rev. trim. dr. civ.* 1922, p. 54, nr. 11; A. SERIAUX, *o.c.*, p. 336, nr. 93; B. STARCK, H. ROLAND en R. BOYER, *Obligations*, Parijs, Litec, 1995, nr. 1911.

⁷ Cass. fr. 18 januari 1960, *D.* 1960, 753, noot P. ESMEIN, *J.C.P.* 1961, II, nr. 11994, noot F. GORE en *Rev. trim. dr. civ.* 1960, p. 513, nr. 4, noot P. HEBRAUD en P. RAYNAUD; Cass. fr. 23 november 1908, *D.P.* 1912, I, 217, noot G. RIPERT.

zaak had vernield, geconsumeerd of weggeschonken, is niet voldaan aan de toepassingsvoorwaarden voor de toewijzing van de verrijkingsoverdracht. Het verlies van de verrijking vóór de inleiding of de rechterlijke uitspraak zou zelfs een beletsel uitmaken voor de restitutie indien ze plaatsvond tegen de wil van de eiser in⁸, behalve in geval van bedrog.⁹ De verantwoording voor deze zienswijze is gelegen in de gedachte dat de verrijking zonder oorzaak er niet toe strekt om een vergoeding te verschaffen aan de verarmde persoon, maar wel beoogt het evenwicht tussen de betrokken vermogens te herstellen.¹⁰

4. In de recentere Franse rechtsleer is een verfijning van deze zienswijze voorgesteld: volgens sommige auteurs moet het bestaan van de verrijking weliswaar beoordeeld worden op het ogenblik dat de vordering wordt ingesteld, maar moet de omvang van de verrijking begroot worden op het ogenblik van de rechterlijke uitspraak. Deze auteurs oordelen namelijk dat de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking moet gezien worden als een '*dette de valeur*'. Dit is een verbintenis die het midden houdt tussen een geldschuld en een verbintenis in natura: enerzijds wordt ze noodzakelijk uitgevoerd door de betaling van een geldsom, maar anderzijds wordt het verschuldigde bedrag maar begroot op de dag van de voldoening ervan.¹¹ Het gaat dus om een geldschuld die beschermd wordt tegen muntontwaarding. Aangezien een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking een '*dette de valeur*' zou uitmaken, moet het te restitueren bedrag volgens deze opvatting begroot worden op het ogenblik van de uitspraak.¹² Deze oplossing komt ook tot uiting in de wijziging van een aantal bepalingen van de Franse Code civil die betrekking hebben op een vermogensverschuiving waarvoor op grond van het verrijkingsoverdracht een vergoeding moet worden betaald.¹³ De Franse *Cour de Cassation* lijkt in een arrest van 6 januari 1987 deze zienswijze te zijn bijgetreden, door de interesten op het door de verweerder verschuldigde bedrag maar te laten ingaan vanaf de datum van toewijzing van de vordering.¹⁴

B. Bepaling van de verrijking op het ogenblik van de vermogensverschuiving

5. In het voorgaande is gebleken dat de doctrine uit de rechtspraak heeft afgeleid dat de verrijking *in abstracto* – dat wil zeggen zonder rekening te houden met de concrete omstandigheden van de zaak – moet beoordeeld worden op het ogenblik van de verrijking of

⁸ Cass. fr. 23 november 1908, *D.* 1912, I, 217, noot G. RIPERT; J. RENARD, *l.c.*, 251; A. ROUAST, *l.c.*, p. 55, nr. 11; *Rép. civ. Dalloz*, v° *Enrichissement sans cause*, nr. 29.

⁹ *Rép. civ. Dalloz*, v° *Enrichissement sans cause*, nr. 29.

¹⁰ M. DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Parijs, Economica, 1997, p. 270, nr. 120; A. ROUAST, *l.c.*, p. 55, nr. 11.

¹¹ G. PIERRE-FRANCOIS, *La notion de dette de valeur en droit civil*, Parijs, L.G.D.J., 1975, p. 407, nr. 518; M. DOUCHY, *o.c.*, p. 272, nr. 120.

¹² G. BONET, *l.c.*, p. 19, nr. 264; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Parijs, Rousseau, 1923, III, p. 281, nr. 170; F. GORE, noot onder Cass. fr. 18 januari 1960, *J.C.P.* 1961, nr. 11994; P. MALAURIE en L. AYNES, *o.c.*, p. 549, nr. 952; G. PIERRE-FRANCOIS, *La notion de dette de valeur en droit civil*, Parijs, L.G.D.J., 1975, p. 205, nr. 242; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique*, VII, nr. 753.

¹³ Ten gevolge van de wetwijziging van 17 mei 1960 moet de vergoeding in de artikelen 548, 549, 554, 555, 566, 570, 571, 572, 574, 576, 587, 616, 658, 660, en 661 C.C. begroot worden volgens de datum van de restitutie.

¹⁴ Cass. fr. 6 januari 1987, *Bull. civ.*, IV, nr. 6; Cass. fr. 24 maart 1987, *Bull. civ.*, IV, nr. 77 en *Rev. trim. dr. civ.* 1987, p. 754, nr. 7, noot J. MESTRE.

zelfs van de rechterlijke uitspraak. De vraag rijst of deze interpretatie van de rechtspraak correct is. De rechtspraak oordeelde alleen dat in een aantal concrete gedingen die hen werden voorgelegd, wettig kon beslist worden dat de verrijking op het ogenblik van de instelling van de vordering moet worden beoordeeld. Volgens de voortvarende interpretatie die aan deze rechtspraak wordt gegeven, zou de eiser het bewijs moeten leveren dat de verrijking nog aanwezig is op het ogenblik dat hij zijn vorderingsrecht uitoefent. Indien een dergelijke opvatting soms tegemoet zou komen aan de billijkheid¹⁵, lijkt ze - zowel vanuit theoretische als praktische tegenargumenten - onhoudbaar.

6. In de eerste plaats is de traditionele zienswijze onverenigbaar met de aard van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking. Onder de meeste van haar bestaansvormen staat immers vast dat de vordering ertoe strekt herstel te krijgen voor de ongerechtvaardigde vermogensverschuiving. Indien mogelijk moet die compensatie in natura plaatsvinden, en maar subsidiair komt men toe aan een vergoeding bij wijze van equivalent.¹⁶ Daaruit blijkt dat het niet gaat om een ‘*dette de valeur*’, maar wel om een vordering tot restitutie in natura of bij equivalent. Aangezien de overgrote meerderheid van de rechtsleer oordeelt dat een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking niet tegenstelbaar is aan de failliete boedel, gaat het om een louter persoonlijke restitutievordering.¹⁷

Traditioneel legt de rechtsleer het onderscheid tussen een persoonlijke vordering tot teruggave en een revindicatie op het vlak van de grondslag: terwijl eerstgenoemde vordering zijn grondslag vindt in de (*quasi*-)contractuele rechtsverhouding tussen de partijen, steunt de revindicatie op het eigendomsrecht van de eiser.¹⁸ Indien al juist, is deze opvatting op zijn minst onvolledig. Een ander – en in de praktijk minstens even belangrijk – verschilpunt tussen deze beide vorderingen ligt op het vlak van de bewijslast met betrekking tot het voorwerp van de vordering.¹⁹ Bij een revindicatie draagt de eiser immers ook op dit vlak een zwaardere bewijslast. Hij moet immers niet alleen aantonen dat de verweerder de zaak ontvangen heeft, maar ook dat de zaak na die ontvangst tot op het ogenblik van de uitoefening van de eigendomsaanspraak in natura aanwezig is gebleven in het vermogen van de verweerder.²⁰ Bij

¹⁵ Vgl. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge* (hierna verkort geciteerd als *Traité*), Brussel, Bruylant, 1967, III, p. 63, nr. 49.

¹⁶ G. BONET, *l.c.*, p. 19, nr. 259; R. DEMOGUE, *Traité*, III, p. 283, nr. 173; H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 46; M. DOUCHY, *o.c.*, p. 45, nr. 21; *Rép. civ. Dalloz*, v° *Enrichissement sans cause*, p. 24, nr. 259.

¹⁷ Voor een bespreking: zie o.a. E. DIRIX, “Recovery of undue payment under Belgian and French law”, (noot onder H.R. 5 september 1997 (Ontvanger / Hamm)), *E.R.P.L.* 2000, p. 519, nr. 3; B.W.M. NIESKENS-ISPORDING, *De ontvanger/Hamm en het scheermes van Occam*, Deventer, Kluwer, 1998, 17 e.v.

¹⁸ Zie o.a. H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 118; R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, Deel IB, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1974, nr. 594.

¹⁹ In de Engelse rechtsleer gaat dit terug op het basisonderscheid dat Birks in zijn standaardwerk over ‘*the law of restitution*’ heeft gemaakt, namelijk dat tussen ‘*restitution in the first measure*’ en ‘*restitution in the second measure*’. De eerste categorie heeft alleen betrekking op persoonlijke restitutievorderingen, omdat eigendomsrechtelijke restitutievorderingen noodzakelijk moeten betrekking hebben op vermogensbestanddelen die nog kunnen worden geïdentificeerd in het vermogen van de debiteur (P. BIRKS, *Introduction to the law of restitution* (hierna verkort geciteerd als *Restitution*), London, Clarendon, 1985, 77; vgl. G. VIRGO, *The principles of the law of restitution*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 592).

²⁰ In geval van faillissement, waar het belang van dit onderscheid op de meest scherpe wijze tot uitdrukking komt, heeft de wetgever dit uitdrukkelijk bevestigd. De Faillissementswet eist immers binnen de drie categorieën

een persoonlijke vordering tot teruggave volstaat het daarentegen dat de eiser aantoont dat de verweerder de te restitueren zaak ontvangen heeft. Indien hij dat bewijs kan leveren, is de debiteur in beginsel tot restitutie gehouden, behalve indien hij kan aantonen dat er sprake is van overmacht. Wat de bewijslast van de eiser betreft, is het dus onbelangrijk wat de verdere bestemming van de zaak is geweest nadat deze in ontvangst was genomen door de verweerder. Dat zou derhalve ook moeten gelden voor de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking.²¹

7. Vervolgens leidt het vereiste dat de verrijking nog moet voorhanden zijn op het ogenblik van de instelling van de vordering, ertoe dat er een incoherentie ontstaat in de structuur van het leerstuk van ongerechtvaardigde verrijking. Er worden immers dusdanig veel uitzonderingen op dit principe aanvaard dat dit leerstuk een zeer versnipperd beeld zou vertonen wanneer men zou vasthouden aan de klassieke zienswijze.

Zonder dat daartoe enige juridische grondslag wordt aangegeven, vindt dit principe geen toepassing bij twee andere vaak voorkomende verschijningsvormen van de leer dat men zich niet ten koste van een ander mag verrijken, namelijk de vordering uit onverschuldigde betaling en de vordering uit zaakwaarneming. De vordering uit onverschuldigde betaling (*'condictio indebiti'*) wordt meestal gezien als onderdeel van het beginsel dat het verboden is zich ongegrond te verrijken ten koste van een ander.²² Dat belet niet dat de bewijslast van de *solvens* ertoe beperkt is aan te tonen dat hij betaald heeft aan de verweerder, zonder dat hij moet bewijzen welke de verdere bestemming is die deze laatste aan het betaalde heeft gegeven. Dit is een afwijking van het algemene principe dat de verrijking nog moet aanwezig zijn op het ogenblik van de uitoefening van de aanspraak.²³ Hetzelfde geldt voor de vordering uit zaakwaarneming. Deze strekt ertoe de zaakwaarnemer "schadeloos te stellen voor alle persoonlijke verbintenissen die hij op zich heeft genomen, en alle nuttige of noodzakelijke uitgaven die hij gedaan heeft, te vergoeden" (art. 1375 B.W.). Dit nut moet worden beoordeeld op het ogenblik waarop de handeling wordt gesteld. Het feit dat dit nut niet meer voorhanden is op het ogenblik van de vordering, heeft geen invloed op het te restitueren bedrag.²⁴ Nochtans wordt algemeen aanvaard dat ook de zaakwaarneming zijn grondslag vindt in het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking.²⁵

van revindicaties (art. 101, 102 en 103 Faill. W.) dat de goederen nog in natura moeten aanwezig zijn in het vermogen van de gefailleerde.

²¹ Vgl. in het Italiaanse recht P. SCHLESINGER, in *Novissimo Digesto Italiano*, v° *Arricchimento*, p. 1008, nr. 6.

²² zie o.a. C. BEUDANT, *Cours*, III, nr. 1729; R. DEMOGUE, *Traité*, III, nr. 84-85; H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 28A; E. DIRIX, "Ongerechtvaardigde verrijking in drie-partijen-verhoudingen", *T.P.R.* 1981, p. 1023, vn. 1; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique*, VII, nr. 719; B. STARCK, H. ROLAND en R. BOYER, *o.c.*, nr. 1914.

²³ R. DEMOGUE, *Traité*, III, p. 128, nr. 81 2°; *Pand. b.*, v° *Condictio indebiti*, nr. 99; *R.P.D.B.*, v° *Quasi-contract*, nr. 136.

²⁴ G. BONET, *l.c.*, p. 20, nr. 265; M. DOUCHY, *o.c.*, 21; F. GORE, *l.c.*, nr. 11994; P. MALAURIE en L. AYNES, *o.c.*, nr. 913; H., L. en J. MAZEAUD en F. CHABAS, *o.c.*, p. 823, nr. 683.

²⁵ E. DIRIX, *o.c.*, *T.P.R.* 1981, 1023, vn. 1; G. RIPERT en M. TEISSEIRE, "Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français", *Rev. trim. dr. civ.* 1904, (727) 747. Door de negentiende-eeuwse auteurs werd trouwens aangenomen dat zaakwaarneming de juridische grondslag bood voor de ongedaanmaking van ongerechtvaardigde verrijking (zie F. LAURENT, *Principes*, XX, p. 361, nr. 333).

Maar ook bij de ‘*actio de in rem verso*’ zelf wordt in bepaalde omstandigheden afgeweken van het klassieke beginsel. Zo erkennen sommige auteurs dat het uitgangspunt geen uitwerking kan hebben indien de verrijking bestaat in de vermindering van een passiefpost of betrekking heeft op vervangbare zaken.²⁶ In dat geval zou de omvang van de restitutieplicht immers wel reeds bepaald worden op het ogenblik van de vermogensverschuiving. Deze uitzondering werd verantwoord vanuit de onverschuldigde betaling. Deze verantwoording kan niet bijgetreden worden: een vordering uit onverschuldigde betaling heeft weliswaar vaak betrekking op vervangbare zaken (nl. geld), maar is even zo goed mogelijk voor de restitutie van bepaalde zaken.²⁷ Daarnaast zullen we zien dat het klassieke uitgangspunt ook verlaten wordt indien de verweerder te kwader trouw is (zie infra, nr. 8). De Franse *Cour de Cassation* week trouwens ook in andere bijzondere omstandigheden reeds af van het klassieke uitgangspunt. In een geval waarin een vermogensverschuiving had plaatsgevonden op bevel van de Duitse bezetter tijdens W.O. II, weigerde het Hof rekening te houden met de goede of de kwade trouw voor de begroting van de restitutie-aanspraak. Het Hof liet bij de ‘*actio de in rem verso*’ de beoordeling van de bodemrechter toe dat de verrijking moest begroot worden “à la date des faits d’où il procède”.²⁸

8. Tenslotte is het ook vanuit pragmatisch oogpunt niet houdbaar om als grondvoorwaarde voor de verrijkingsvordering voorop te stellen dat de verrijking nog moet aanwezig zijn op het ogenblik van de uitoefening van de verrijkingsactie. Dit zou immers betekenen dat de verrijkte die heel goed weet dat hij geen titel heeft op het voorwerp van de verrijking, er goed aan doet om dit voorwerp zo snel mogelijk op te souperen, aangezien hij daarvan tot op het ogenblik van de instelling van de vordering kosteloos zou kunnen genieten. Indien hij erin geslaagd is om op dat ogenblik alles naar eigen behoeften geconsumeerd of weggeschonken te hebben, is hij volgens de klassieke opvatting niets meer verschuldigd. Ook vanuit rechtseconomisch perspectief is deze opvatting derhalve onhoudbaar. Ten onrechte zou men hiertegen ‘*fraus omnia corrumpit*’ opwerpen: zijn kwade trouw betekent immers niet noodzakelijk dat hij bedrieglijk handelt.

Nemen we het volgende voorbeeld: A verricht langdurige en kostbare werken aan een gebouw dat in onverdeelde mede-eigendom is tussen B en C. A doet dit in uitvoering van een aannemingsovereenkomst die hij afgesloten heeft met B. A kan C aanspreken met een ‘*actio de in rem verso*’. Indien C, die zich ervan bewust is dat hij zich ten koste van A verrijkt heeft, er echter in slaagt om vóór de inleiding van de vordering zijn aandeel in de onverdeelde mede-eigendom weg te schenken aan een derde te goeder trouw (zijn kinderen, zijn

²⁶ R. DEMOGUE, *Traité*, III, p. 281, nr. 171; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique*, VII, nr. 746; R.P.D.B., v° *Quasi-contrat*, nr. 136; F. GORE, *l.c.*, nr. 11994.

²⁷ In dat geval bestaan de vordering uit onverschuldigde betaling en de revindicatie naast elkaar.

²⁸ Cass. fr. 4 januari 1949, *Bull. civ.*, II, nr. 9.

vennootschap), zou C volgens de klassieke theorie niets meer aan A verschuldigd zijn. Zijn kwade trouw zou als het ware gehonoreerd worden.²⁹

Sommige auteurs die er de klassieke zienswijze op nahouden, maken daarom een uitzondering indien de *accipiens* te kwader trouw is: in dat geval zou hij toch tot restitutie van het volledige bedrag van de verrijking gehouden zijn, ongeacht het verdere lot ervan na de inontvangstname.³⁰ De geciteerde auteurs moeten echter erkennen dat deze uitzondering niet rationeel te verklaren valt binnen de kontekst van hun opvatting.³¹ Een analoge toepassing van de wettelijke bepalingen inzake onverschuldigde betaling (artt. 1379-1380 B.W.), waarop ze hun opvatting verantwoorden, kan uiteraard niet aanvaard worden: die bepalingen vertrekken immers precies vanuit de gedachte dat het voorwerp van de restitutie-aanspraak moet bepaald worden volgens hetgeen betaald is onafhankelijk van wat de verdere bestemming van het betaalde is geweest, terwijl deze auteurs bij de ongerechtvaardigde verrijking precies de tegengestelde opvatting verdedigen.

9. De conclusie uit deze argumentatie moet erin bestaan dat het voorwerp van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking in zijn uitgangspunt niet moet begroot worden op het ogenblik van de uitoefening van de vordering, maar wel op het ogenblik van de ongerechtvaardigde vermogensverschuiving zelf: deze vermogensverschuiving moet integraal ongedaan worden gemaakt, ongeacht wat het verdere lot van de verrijking in het vermogen van de verrijkte is geweest. Deze zienswijze vinden we reeds terug bij De Page: “Nous croyons donc que la vraie théorie consiste à tenir compte de l’enrichissement obtenu ‘ab initio’, quelles que soient ses destinées dans la suite. C’est la solution à la fois logique et équitable.”³² De eiser kan er dus in beginsel mee volstaan aan te tonen dat de verweerder het voorwerp van de verrijking heeft ontvangen.

Dat betekent echter niet dat er geen ruimte meer is voor de rechtspraak die stelt dat de verrijkingsvorderingen moeten verworpen worden indien en in de mate dat de verrijking reeds zou verdwenen zijn uit het vermogen van de *accipiens* vóór de inleiding van de vordering. Het voortbestaan van de verrijking op het ogenblik van de instelling van de procedure is dan wel geen grondvoorwaarde voor de verrijkingsvordering, maar dat belet niet dat de verweerder het verlies van de verrijking eventueel als exceptie zou kunnen invoeren. Het bestaan van een dergelijk verweermiddel doet geen afbreuk aan het uitgangspunt dat de verrijking op het ogenblik van de vermogensverschuiving moet worden beoordeeld, maar leidt er alleen toe dat de verweerder bepaalde omstandigheden kan aanvoeren op grond

²⁹ Zelfs een *actio pauliana* zou niet succesvol kunnen ingeroepen worden, aangezien volgens de rechtspraak de vordering tussen A en C maar ontstaat op het ogenblik van de rechterlijke beslissing (Cass. fr. 5 februari 1980, *Bull. civ.*, I, nr. 44 en *Gaz. Pal.* 1980, II, somm., 344). In die omstandigheden is dus niet voldaan aan het anterioriteitsbeginsel, zoals vereist voor de *actio pauliana*.

³⁰ zie R. DEMOGUE, *Traité*, p. 281, nr. 170; L. JOSSERAND, *Cours*, II, p. 317, nr. 578b; J. RENARD, *l.c.*, p. 252, vn. 2; *Rép. civ. Dalloz*, v° *Enrichissement sans cause*; F. TERRE, P. SIMLER en Y. LEQUETTE, *o.c.*, p. 795, nr. 977.

³¹ In dezelfde zin C. BEUDANT, *Cours*, IXbis, p. 373, nr. 1759; *R.P.D.B.*, v° *Quasi-contrat*, nr. 133.

³² H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 49. Voor een toepassing in de Belgische rechtspraak: zie Rb. Namen 12 juli 1948, *Bull. Ass.* 1948, 611. In dezelfde zin G. RIPERT, noot onder Cass. fr. 23 november 1908, *D.* 1912, I, 217; G. RIPERT en M. TEISSEIRE, *l.c.*, (727) 786-787.

waarvan dat tijdstip kan achteruitgeschoven worden. Het is deze exceptie die de rechtspraak toepaste bij de begroting van de verrijking op het ogenblik van de instelling van de vordering. Dat vindt trouwens bevestiging in de heersende zienswijze op het vlak van de bewijslastverdeling: het komt niet aan de eiser toe om aan te tonen dat de verrijking nog bij de verweerder aanwezig is op het ogenblik dat hij zijn vordering instelt, maar het is aan de verweerder om te bewijzen dat de verrijking intussen uit zijn vermogen is verdwenen.³³ Het is de draagwijdte van dit verweermiddel die in het vervolg van deze bijdrage wordt onderzocht.

§3. ‘Change of position’: een algemene exceptie in het Belgische leerstuk van ongerechtvaardigde verrijking?

10. Het uitgangspunt is duidelijk gesteld: de verrijking moet beoordeeld en begroot worden op het ogenblik dat de vermogensverschuiving zich voordoet. De vraag rijst echter of de verweerder bij wijze van exceptie toch niet kan verkrijgen dat de rechter onder bepaalde voorwaarden rekening kan houden met omstandigheden die zich na de verrijking hebben voorgedaan. Een eerste geval waarin dat inderdaad moet worden aanvaard, is dat waarin de verweerder zich op het ogenblik van de vermogensverschuiving in de materiële of morele onmogelijkheid bevond om onmiddellijk te ageren tegen de verrijkte persoon. In dat geval zou het ogenblik voor de beoordeling van het verrijkingsvereiste kunnen achteruitgeschoven worden tot op het ogenblik waarin die onmogelijkheid heeft opgehouden te bestaan.³⁴ In het licht van deze analyse zullen we ons echter vooral richten op het verweermiddel dat zijn grondslag vindt in het vermogensverlies van de verweerder tussen de verrijking en de uitoefening van de verrijkingsactie, voor zover dat in een causaal verband staat tot het feit van de verrijking. Met andere woorden: kan de verweerder aan de eisende partij tegenwerpen dat de waarde van de verrijking intussen reeds uit zijn vermogen is verdwenen ten einde het bedrag van de vordering te reduceren? Om de draagwijdte van een dergelijk verweer in het Belgische recht te achterhalen, moet uitgegaan worden van een rechtsvergelijkende analyse.

A. Rechtsvergelijkende analyse

1. Angelsaksische rechtsstelsels

11. De Angelsaksische literatuur besteedt veruit de meeste aandacht aan deze problematiek, waar ze onder de noemer ‘*change of position*’ wordt behandeld.³⁵ In de

³³ R. DEMOGUE, *Traité*, III, p. 289, nr. 177; *R.P.D.B.*, v° *Quasi-contrat*, nrs. 137 en 168.

³⁴ Cass. fr. 26 oktober 1982, *J.C.P.* 1983, II, nr. 1992, noot F. TERRE (Een onder scheiding van goederen gehuwde vrouw had zich verarmd door vrijwillig voor haar echtgenoot te werken. De echtgenote stelt na de ontbinding van het huwelijk een ‘*actio de in rem verso*’ in. De *Cour de Cassation* besliste dat de verrijking maar op het ogenblik van de inleiding van de echtscheiding moet worden beoordeeld wegens de morele onmogelijkheid van de echtgenote om tijdens het huwelijk te ageren). In dezelfde zin G. BONET, *l.c.*, p. 19-20; *Rép. civ. Dalloz*, v° *Enrichissement sans cause*, p. 25, nr. 273; A. SERIAUX, *o.c.*, p. 336, vn. 78; B. STARCK, H. ROLAND en R. BOYER, *o.c.*, nr. 1912.

³⁵ Zie vooral P. BIRKS, “Overview: tracing, claiming and defences”, in *Laundering and tracing* (hierna verkort geciteerd als *Overview...*), Oxford, Clarendon Press, 1995, (289) 323-332; A. BURROWS, *The law of restitution*, Londen, Butterworths, 1993, 421-431; H. COHEN, “Change of position in quasi-contracts”, *Harv. L.R.* 1932, 1333-1364; L. GOFF en G. JONES, *The law of restitution*, Londen, Sweet and Maxwell, 1998, 818-828; M.

Verenigde Staten voorzag de *Restatement of Restitution* in 1937 reeds in een algemene toepassing van dit verweermiddel: art. 142 bepaalt immers dat “the right of a person to restitution from another because of a benefit received is terminated or diminished if, after the receipt of the benefit, circumstances have so changed that it would be inequitable to require the other to make full restitution.” Deze vroege erkenning van het verweermiddel kan verklaard worden doordat de *Restatement of Restitution* ook voorzag in een veralgemening van de verrijdingsactie zelf. Zoals we verder zullen zien, bestaat een nauw verband tussen de erkenning van een algemene verrijdingsactie en de bescherming daartegen voor de verweerder, onder de vorm van het ‘*change of position*’-verweermiddel (zie infra, nr. 12). Ook in Canada³⁶, Australië³⁷ en Nieuw-Zeeland³⁸ erkende de rechtspraak dit verweermiddel. In Schotland kwam dit verweermiddel nog niet ter sprake in de rechtspraak, maar wordt door de doctrine toch algemeen aanvaard dat het integraal deel uitmaakt van het leerstuk betreffende ‘*unjust enrichment*’.³⁹

12. In Engeland heeft het veel langer geduurd vooraleer dit verweermiddel erkenning vond in de rechtspraak. Aanvankelijk paste de rechtspraak de gevolgen van de persoonlijke aard van de vordering strikt toe: wat er na de ontvangst van de verrijking gebeurde, was zonder belang voor de positie van de eiser. Het feit dat de ontvanger bijvoorbeeld (een gedeelte van) het onverschuldigd betaalde had weggeschonken, kon deze laatste niet als verweermiddel tegenwerpen.⁴⁰ In de Engelse rechtspraak deed er zich echter een geruisloze ontwikkeling voor waarbij ‘*change of position*’ steeds meer in de overwegingen van de rechterlijke beslissingen voorkwam.⁴¹ Lord Mansfield, een voorloper van het moderne restitutierecht, zette in 1760 reeds de eerste stappen in de richting van de erkenning van dit verweermiddel. Hij oordeelde in de zaak *Moses v. Macferlan* dat de debiteur van een verrijdingsvordering “may defend himself by everything which shows that the plaintiff ex aequo et bono is not entitled to the whole of the demand, or to any part of it.”⁴² Toch duurde het nog meer dan twee eeuwen vooraleer het criterium voor deze ‘*inequity*’ ook juridisch zou ontwikkeld worden in de vorm van een algemeen verweermiddel van ‘*change of position*’.

Dat is uiteindelijk gebeurd in de bekende zaak *Lipkin Gorman v. Karpnale*.⁴³ De feiten die aan deze zaak ten grondslag lagen, werden hoger reeds beschreven (zie supra, nr. 1). Het advocatenkantoor wiens rekening met bedrieglijk oogmerk gedebiteerd werd, stelde een

JEWELL, “The boundaries of change of position – a comparative study”, *Rest. L.R.* 2000; 1-52; P. KEY, “Change of position”, *Mod. L.R.* 1995, 505-522; R. NOLAN, “Change of position”, in P. BIRKS (ed.), *Laundering and tracing*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 135-189; G. VIRGO, *The principles of the law of restitution*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 709-732.

³⁶ *RBC Dominion Pty Ltd. v. Commonwealth Bank of Australia* [1992] 175 C.L.R. 353. Reeds eerder werd het principe erkend, zonder het echter ook effectief toe te passen: zie *Rural municipality of Storthoaks v. Mobil Oil Canada Ltd.* [1975] 55 D.L.R. (3th), (1) 13.

³⁷ *David Securities Pty Ltd. v. Commonwealth Bank of Australia* [1992] 175 C.L.R. (353) 385.

³⁸ *Waitemata Power board v. King Builders Ltd.* [1992] N.Z.L.R. 357.

³⁹ Zie M.A. HOGG, *Lowlands to low country: Perspectives on the Scottish and Dutch law of unjustified enrichment*, in *Ius Commune Lectures on European Private Law*, 2001, 12.

⁴⁰ Zie *Baylis v. Bishop of London* [1913] Ch. D. 127; *Ministry of Health v. Simpson* [1951] A.C. 251.

⁴¹ Voor een uitvoerige beschrijving van deze ontwikkeling: zie A. BURROWS, *o.c.*, 421-423.

⁴² *Moses v. Macferlan* [1760] 2 Burr. (1005) 1010 en 97 E.R. (676) 679.

⁴³ *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.* [1991] A.C. 548.

vordering tot restitutie in tegen de uitbater van de goktent waarin Cass het geld verspeeld had. Lord GOFF overwoog in het arrest: “It is however a matter on which there is a remarkable unanimity of view, the consensus being to the effect that such a defence should be recognised in English law. I myself am under no doubt that this is right.”⁴⁴ Het is niet toevallig dat de algemene toepassing van dit verweermiddel in het Engelse verrijgingsrecht precies in dit arrest erkend werd. De meeste auteurs oordelen immers dat dit arrest ook het eerste is waarin het Hoogste Britse Gerechtshof erkende dat ‘*unjust enrichment*’ een algemeen rechtsbeginsel uitmaakt. Het verweermiddel van ‘*change of position*’ biedt een noodzakelijk tegengewicht aan een veralgemeende toepassing van het verrijgingsrecht. Zolang die erkenning van een veralgemeende verrijgingsactie nog geen steun vond in de rechtspraak, was een verweermiddel nog niet nodig. De toekenning van een algemene draagwijdte aan het verbod van ongerechtvaardigde verrijking maakt de erkenning van dit verweermiddel echter noodzakelijk ter bescherming van de (vaak rechtmatige) belangen van de schuldenaar.⁴⁵

Over de juridische grondslag voor de erkenning van dit verweermiddel, bestaat geen eensgezindheid in de doctrine. Sommige auteurs oordelen dat dit verweermiddel steun vindt in het rechtmatige vertrouwen van de verweerder⁴⁶, terwijl andere auteurs uitgaan van de gedachte dat de ontvanger van een ongegronde vermogensvermeerdering niet in een nadeligere positie mag terechtkomen dan die waarin hij zich zou hebben bevonden indien hij de verrijking niet zou hebben ontvangen. Elk verlies dat in een adequaat causaal verband staat tot de verrijking moet daarom in aanmerking worden genomen.⁴⁷ Deze doctrinale discussie heeft geen louter dogmatisch belang, maar oefent ook een invloed uit op de draagwijdte van het verweermiddel. Bij de analyse van concrete gevalsituaties blijkt de eerste opvatting immers beperkter te zijn dan de tweede (zie infra, nrs. 31 en 32).

2. Duitsland

13. Ook in het Duitse recht speelt deze problematiek een belangrijke rol. Net zoals in Engeland en de Verenigde Staten ging de erkenning van een algemene vordering uit ongerechtvaardigde verrijking hand in hand met de bescherming van de verweerder indien de waarde van de verrijking intussen uit zijn vermogen verdwenen was. Het *Bürgerliches Gesetzbuch* (B.G.B.) voerde een algemene verrijgingsactie in: “Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstigen Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, is

⁴⁴ op p. 558-559 (Lord BRIDGE), 562-563 (Lord TEMPLEMAN), 567-568 (Lord GRIFFITHS en Lord ACKNER en 578 (Lord GOFF).

⁴⁵ Zie heel uitdrukkelijk *David Securities Pty Ltd. v. Commonwealth Bank of Australia* [1992] 175 C.L.R. 353: “If the principle was to be accepted that payments made under a mistake of law should be prima facie recoverable, in the same way as payments made under a mistake of fact, a defence of change of position is necessary to ensure that enrichment of the recipient of the payment is prevented only in circumstances where it would be unjust.” In dezelfde zin A. BURROWS, *o.c.*, 423; L. GOFF en G. JONES, *o.c.*, 819; M. JEWELL, *l.c.*, 3; P. SCHLECHTRIEM, *Restitution and Bereicherungsrecht in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, I, p. 138, nr. 107; G. VIRGO, *o.c.*, 710-711.

⁴⁶ *David Securities Pty Ltd. v. Commonwealth Bank of Australia* [1992] C.L.R. (353) 385; P. BIRKS, *o.c.*, 415.

⁴⁷ L. GOFF en G. JONES, *o.c.*, 822; vgl. ook A. BURROWS, *o.c.*, 426; P. KEY, *l.c.*, 511; R. NOLAN, *l.c.*, 146 die meer bij de overwegende Duitse visie lijkt aan te sluiten; G.K. SCOTT, “Restitution from an innocent transferee who is not a purchaser for value”, *Harv. L. R.* 1949, 1013-1014.

ihm zur Herausgabe verpflichtet.” (§812 B.G.B.). Indien het betaalde voorwerp niet meer kan gerestitueerd worden, moet de ongedaanmaking gebeuren onder de vorm van een equivalente schadevergoeding. §818 III B.G.B. maakt op dit beginsel echter een belangrijke uitzondering: “Die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatze des Wertes ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist.”⁴⁸ In de Duitse rechtsleer duidt men deze problematiek aan met de notie ‘*Wegfall des Bereicherung*’.

In de Duitse rechtspraak en rechtsleer doet zich een zelfde controverse inzake de juridische grondslag voor als in Engeland. De rechtspraak bakent dit verweermiddel af door het toe te passen op alle factoren die in een adequaat causaal verband staan tot de gebeurtenis die de verrijking heeft veroorzaakt.⁴⁹ De Duitse rechtsleer vindt dit criterium te breed, en gaat uit van de gedachte dat §818 III B.G.B. de verweerder niet beschermt tegen de gevolgen van de verkrijging, maar wel tegen de gevolgen van de ongeldige aard ervan. Daarom schuiven ze het vertrouwenscriterium naar voren als grondslag voor dit verweermiddel: het verlies van de verrijking kan voortvloeien uit alle gebeurtenissen die verband houden met het feit dat de verrijkte persoon een rechtmatig vertrouwen had in het voortbestaan van zijn verrijking in zijn vermogen.⁵⁰

3. Zwitserland

14. Het Zwitserse recht sluit nauw aan bij het Duitse. Art. 64 van de Zwitserse *Code des Obligations* (C.O.) luidt als volgt: “Il n’y a pas lieu à restitution, dans la mesure où celui qui a reçu indûment établit qu’il n’est plus enrichi lors de la répétition; à moins cependant qu’il ne soit dessaisi de mauvaise foi de ce qu’il a reçu ou qu’il n’ait dû savoir, en se dessaisissant, qu’il pouvait être tenu à restituer.”⁵¹ Ter verantwoording en afbakening van deze bepaling verwijst het Zwitserse Federale Gerechtshof naar de vertrouwensleer: de toepassing van art. 64 C.O. wordt er immers verklaard doordat de *accipiens* handelingen heeft gesteld “im Vertrauen auf die Entgültigkeit” van die verrijking.⁵²

4. Nederland

⁴⁸ Over deze bepaling: zie A. FLESSNER, *Wegfall der Bereicherung. Rechtsvergleichung und Kritik*, in *Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht*, Berlijn – Tübingen, 1970, 4-35; K. LARENZ en C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des schuldrechts*, München, Beck, 1994, 294-306; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, Verlag C.H. Beck, 1999, 933-936; B. RENGIER, “Wegfall der Bereicherung”, *AcP* 1977, 418-451; B.S. MARKESINIS, W. LORENZ en G. DANNEMAN, *The German law of obligations. Volume I: The law of contracts and restitution: a comparative introduction*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 762-767.

⁴⁹ B.G.H. 17 juni 1992, *B.G.H.Z.* 118, (383) 386; B.G.H. 19 januari 1951, *B.G.H.Z.* 1, (75) 81 en *N.J.W.* 1951, 270; R.G. 30 oktober 1942, *R.G.Z.* 170, (65) 67; R.G. 15 februari 1923, *R.G.Z.* 106, (4) 7; zie ook J. ESSER, *Schuldrecht*, Karlsruhe, 1971, II, §105, I, 1c.

⁵⁰ K. LARENZ en C.W. CANARIS, *o.c.*, p. 296, §73; PALANDT, *o.c.*, p. 933, nr. 30. Sommige rechtsleer bekritiseert nochtans dit criterium omdat het te vaag is en geen houvast biedt in concrete omstandigheden (*Münchener Kommentar*, III, p. 1079, §818, nr. 62).

⁵¹ Zie uitvoerig over de Duitse en Zwitserse benadering: L.O. GILLIARD, *La disparition de l’enrichissement*, Lausanne, Presses centrales Lausanne, 1985, 233 p.

⁵² Bundesgericht 25 maart 1947, *A.T.F.* 73, II, 108.

15. Tot slot van het rechtsvergelijkende overzicht blijkt ook in het Nederlandse recht de gedachte aan ‘*change of position*’ manifest aanwezig te zijn in de rechtspraak en in het Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek (N.B.W.). Reeds vóór de totstandkoming van het N.B.W. maakte de Hoge Raad toepassing van dit verweermiddel, zonder dat daarvoor een uitdrukkelijke wettelijke bepaling voorhanden was.⁵³ De feiten van dit arrest waren als volgt. Sommige Nederlandse apothekers verklaarden zich bereid om (goedkopere) substituutprodukten te verkopen tegen een tarief dat lager lag dan het tarief voor het merkproduct. Nadat de ziekenfondsen een aantal jaar de terugbetaling hadden gedaan, vorderen ze na vijf jaar deze betalingen terug. Intussen hadden de apothekers echter kosten gemaakt voor de bereiding op grote schaal van die substituutprodukten (personeel, apparatuur, zakelijk risico). De Hoge Raad trad de zienswijze van het appelgerecht bij en oordeelde dat aan de eisen voor rechtsverwerking is voldaan: “Het oordeel [van het appelgerecht] moet aldus worden begrepen dat de ziekenfondsen in de gegeven omstandigheden in verband met de door hen gedurende vele jaren ingenomen houding en het daardoor bij de apothekers gewekte vertrouwen, in 1976 in zoverre niet meer op die houding konden terugkomen dat zij toen niet meer konden terugvorderen wat zij over de afgelopen jaren zonder voorbehoud hadden voldaan.” De rechtsleer oordeelde dat vooral het feit dat de apothekers kosten hadden gemaakt in uitvoering van deze overeenkomst, doorslaggevend zal zijn geweest voor het gewekte vertrouwen. Zo schreef Nieskens-Isphording in haar proefschrift dat het verdwijnen van de waarde van de verrijking uit het vermogen van de verweerder een ‘*fait accompli*’ is dat een beletsel vormt voor de toewijzing van de verrijkingsactie in haar volle omvang.⁵⁴

16. Het N.B.W. heeft aan de gedachtengang van de Hoge Raad wettelijke verankering gegeven. Als uitgangspunt werd tijdens de parlementaire geschiedenis van het N.B.W. vooropgesteld dat de omvang van de verrijking moet worden beoordeeld op het ogenblik van de vermogensverschuiving⁵⁵, maar in het N.B.W. zelf wordt daarop een belangrijke en veralgemeende uitzondering voorzien. Art. 6:212 N.B.W. staat daarbij centraal: “Is de verrijking verminderd in de periode waarin de verrijkte redelijkerwijze met een verplichting tot vergoeding geen rekening behoefde te houden, dan wordt hem dit niet toegerekend. Bij de vaststelling van deze vermindering wordt mede rekening gehouden met uitgaven die zonder de verrijking zouden zijn uitgebleven.” De beide zinnen van art. 6:212 N.B.W. vinden ook toepassing op de onverschuldigde betaling, zoals blijkt uit art. 6:204, eerste lid (vermindering van de verrijking) resp. art. 6:207 N.B.W. (verhoging van de schulden). Tijdens de parlementaire voorbereiding werd verduidelijkt dat het gaat om een toepassing van het redelijkheidsbeginsel dat het verrijkingsrecht beheerst.⁵⁶

⁵³ H.R. 5 november 1982 (Algemeen Ziekenfonds en Centraal Ziekenfonds / J.B. Klijsen en A.A.B. Mauritsz), *N.J.* 1984, nr. 125, concl. Adv. Gen. Franx en noot C.J.H.B.

⁵⁴ B.W.M. NIESKENS-ISPHORDING, *Het fait accompli in het vermogensrecht*, Deventer, Kluwer, 1991, 147. Op die wijze kan ook de overweging van de Hoge Raad worden verklaard dat “art. 6:212, tweede en derde lid N.B.W. moeten worden geacht ook het vóór 1 jan. 1992 met betrekking tot ongerechtvaardigde verrijking geldende recht weer te geven.” (H.R. 29 januari 1993 (P.V.B.A. Vermobo-Schraeyen / F.H. Van Rijswijck), *N.J.* 1994, 172, r.o. 3.6, concl. Adv. Gen. HARTKAMP en noot PvS).

⁵⁵ *Parl. Gesch.*, Boek 6, p. 831.

⁵⁶ *Parl. Gesch.*, Boek 6, p. 835.

17. Uit bovenstaand overzicht blijkt dat alle onderzochte rechtsstelsels wel in een bescherming voorzien voor de ontvanger te goeder trouw. Ook het Europees Hof van Justitie te Luxemburg heeft onder bepaalde voorwaarden dit verweermiddel verenigbaar bevonden met het E.G.-recht in geschillen die betrekking hadden op de restitutie van staatssubsidies die uitgekeerd waren in strijd met het E.G.-recht.⁵⁷ Terecht schreef Flessner reeds in 1970: “Die Untersuchung der ausländischen Rechte hat ergeben, daß es durchaus Situationen gibt, in denen international übereinstimmend eine Tendenz zur Entlastung des Bereicherten besteht.”⁵⁸ Daarom gaan we in het navolgende na welke de mogelijkheden zijn voor de toepassing van dit verweermiddel in het Belgische leerstuk van ongerechtvaardigde verrijking.

B. Toepassing van dit verweermiddel in het Belgische recht

1. Wettelijke toepassingen

18. De Belgische jurist zal ongetwijfeld verrast opkijken bij het rechtsvergelijkende overzicht, omdat het verweermiddel van ‘*change of position*’ hem op het eerste gezicht volledig onbekend is. Toch bevat ook de Code civil een aantal bepalingen die toepassing maken van dezelfde gedachte.⁵⁹ Ze hebben echter een veel beperktere draagwijdte dan vaak in buitenlandse rechtsstelsels het geval is. Ze blijven immers beperkt tot één toepassing van de verrijkingsgedachte, namelijk de vordering uit onverschuldigde betaling. Zowel het materieel verlies (beschadiging, tenietgaan) als het juridisch verlies (vervreemding aan een derde van wie niet kan teruggevorderd worden) komen daarbij aan bod.

19. Wat het materiële verlies betreft, staat art. 1379 B.W. centraal. Het bepaalt dat “hij die een onroerend of een lichamelijk roerend goed ontvangen heeft zonder dat het verschuldigd was, is verplicht het in natura terug te geven, indien het nog bestaat, of de waarde ervan, indien het door zijn schuld is teniet gegaan of beschadigd; hij moet zelfs instaan voor het verlies van het goed door toeval, indien hij het te kwader trouw heeft ontvangen.” Indien de *accipiens* te kwader trouw is, is hij in beginsel aansprakelijk voor het materiële verlies van de zaak, ook indien daaraan een overmachtssituatie ten grondslag lag. Alleen indien hij zou kunnen aantonen dat dit verlies ook zou zijn ingetreden indien de betaling niet had

⁵⁷ “Community law does not in principle preclude national legislation from allowing recovery of unduly paid Community subsidies to be barred, on the basis of criteria such as loss of the enrichment, where (1) the recipient of the subsidy has already, at the time when it was granted, passed on the pecuniary advantage resulting from it by paying the producer the target price prescribed by Community law and (2) any right or recourse against his suppliers is worthless. That presupposes however: (1) that the good faith of the recipient has first been established, and (2) that the conditions prescribed are the same as those which apply with respect to the recovery of purely national financial benefits.” (H.v.J. nr. C-298/96, 16 juli 1998, *Jur. H.v.J.* 1998, I-4767; H.v.J. 20 maart 1997, C-24/95, *Jur. H.v.J.* 1997, I-1591).

⁵⁸ A. FLESSNER, *o.c.*, 92; in dezelfde zin K. ZWEIGERT en H. KÖTZ, *o.c.*, 583. Voor een overzicht van de wettelijke bepalingen in de diverse Europese rechtstelsels: zie P. SCHLECHTRIEM, *o.c.*, nr. 464 e.v.

⁵⁹ Vgl. de analoge bepalingen: 2037, tweede en derde lid van de Italiaanse Codice civile.

plaatsgevonden, zal hij niet tot restitutie gehouden zijn (art. 1302 B.W.).⁶⁰ Indien de *accipiens* te goeder trouw is, is hij in alle geval niet aansprakelijk voor de schade ten gevolge van toeval of overmacht.

Wat is de positie van de *accipiens* te goeder trouw indien de zaak teloor gaat door zijn fout of nalatigheid? Indien de zaak teloor gaat door de fout van de *accipiens*, maakt art. 1379 B.W. geen onderscheid naargelang deze laatste te goeder of te kwader trouw is. Volgens een letterlijke lezing van deze bepaling, moet de *accipiens* te goeder trouw dus instaan voor het verlies van de zaak ten gevolge van zijn fout. Demogue oordeelt dat de *accipiens* te goeder trouw aansprakelijk is indien hij zelf het teloor gaan van de ontvangen zaak heeft veroorzaakt: “Il avait le devoir d’être circonspect”.⁶¹ Deze zienswijze vertegenwoordigt echter een minderheidsopvatting. Reeds vroeg in de negentiende eeuw werd deze interpretatie verlaten, omdat ze in strijd zou zijn met de ‘traditie en de beginselen’. Indien de debiteur van de ongedaanmakingsplicht te goeder trouw is, kan hij immers handelen als eigenaar van de zaak zodat beschadigingen of vernielingen aan de zaak geen fout uitmaken. Indien hij geen kennis had van de onverschuldigheid op het ogenblik van het teloor gaan van de zaak, kan hij dus niet tot restitutie gehouden zijn van het reeds verloren gedeelte van de verrijking, ook al was hij zelf verantwoordelijk voor dit verlies.⁶²

Er bestaat geen eensgezindheid in de doctrine over de vraag of art. 1379 B.W. alleen van toepassing is indien de betaling betrekking had op bepaalde zaken, dan wel of ook de betaling van vervangbare zaken tot het toepassingsdomein van deze bepaling behoort. De meeste auteurs oordelen dat het verlies van de betaalde vervangbare zaken geen invloed heeft op de ongedaanmakingsplicht van de *accipiens*, zelfs al is hij te goeder trouw: hij blijft gehouden tot de restitutie van eenzelfde hoeveelheid zaken van dezelfde aard en dezelfde waarde of tot een vergoeding bij wijze van equivalent. Volgens die opvatting is de goede of kwade trouw van de debiteur alleen van belang op het vlak van de teruggave van interesten.⁶³ Toch bestaat er ook een minderheidsstrekking die oordeelt, zoals in de meeste andere rechtsstelsels, dat de gehoudenheid van de debiteur te goeder trouw zich ook bij verlies van vervangbare zaken tot de overblijvende zaken beperkt.⁶⁴

20. Bij het juridisch verlies van de waarde van de verrijking, moet worden teruggegrepen naar art. 1380 B.W., dat bepaalt dat “indien hij die een zaak te goeder trouw ontvangen heeft,

⁶⁰ G. BELTJENS, *Encyclopédie du droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 1906, III, p. 987, art. 1379, nr. 4; R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, III, nr. 117; F. LAURENT, *Principes*, XX, nr. 376; *Pand. b.*, v° *Condictio indebiti*, nr. 171.

⁶¹ R. DEMOGUE, *Traité*, III, p. 180, nr. 117. In dezelfde zin E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Parijs, Sirey, 1965, 289; F. TERRE, P. SIMLER en Y. LEQUETTE, *o.c.*, p. 786, nr. 967.

⁶² C. AUBRY en C. RAU, *Cours de droit civil français*, VI, p. 315, §442; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Parijs, Sirey, 1908, XV, p. 489, nr. 2843; C. DEMOLOMBE, *Cours de droit civil*, Brussel, Stienon, 1882, XV, nr. 366; J. FLOUR en J.L. AUBERT, *o.c.*, p. 29, vn. 3; A. KLUYSKENS, *Beginselen*, I, nr. 257, 2°; F. LAURENT, *Principes*, XX, nr. 376.

⁶³ F. LAURENT, *Principes*, XX, nr. 374; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique*, VII, nr. 746b; *Pand. b.*, v° *Condictio indebiti*, nr. 156 e.v.; *R.P.D.B.*, v° *Quasi-contrat*, nr. 229.

⁶⁴ R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, III, p. 178, nr. 115; zie ook Rb. Antwerpen 3 oktober 1881, *J.P.A.* 1882, 390.

die zaak verkocht heeft, hij alleen de verkoopprijs [...] moet teruggeven.” Deze bepaling heeft als bedoeling te verhinderen dat de *accipiens* te goeder trouw bij onverschuldigde betaling meer zou moeten restitueren aan de *solvens* dan de vermogenswaarde die hij nog overhoudt in zijn vermogen. Op grond van die bepaling kan de vordering uit onverschuldigde betaling niet alleen verminderd worden, maar ook volledig uitgeschakeld: indien de *accipiens* de zaak intussen weggeschonken heeft aan een derde te goeder trouw, is hij niets meer verschuldigd aan de *solvens*.⁶⁵ De *solvens* zou in principe nog met een revindicatie kunnen ageren tegen de begiftigde. Doordat naar Belgisch recht het eigendomsrecht maar overgaat op grond van een geldige *causa*, verkrijgt de derde- verkrijger in beginsel dus niet het eigendomsrecht van de zaak.⁶⁶ Deze revindicatie zal in de praktijk echter maar een beperkte slaagkans hebben: indien de begiftigde te goeder trouw is, is hij eigenaar geworden op grond van de rechtsverkrijgende werking van art. 2279 B.W. Bovendien onderstelt deze revindicatie dat de betaalde zaken nog kunnen worden geïdentificeerd in het vermogen van de derde-verkrijger.

21. Een laatste toepassingsgeval van deze gedachte, eveneens binnen het domein van de onverschuldigde betaling, is te vinden in art. 1377, tweede lid B.W. Wanneer degene die bij vergissing meent schuldenaar te zijn van een verbintenis betaalt aan de schuldeiser, kan hij in principe het betaalde terugvorderen behalve “wanneer de schuldeiser, ten gevolge van die betaling, zijn titel vernietigd heeft”. Deze toepassing heeft een apart statuut doordat ze niet haar grondslag vindt in de bestemming van het voorwerp van de verrijking, maar wel in een gedraging van de schuldeiser die de vordering tegen de werkelijke schuldenaar nagenoeg onmogelijk maakt. Deze bepaling moet volgens een ruime meerderheid van de doctrine ruim worden geïnterpreteerd.⁶⁷ Zo bijvoorbeeld komt ook de schuldeiser die zijn vordering tegen de werkelijke schuldenaar heeft laten verjaren onder de toepassing van deze bepaling (zie infra, nr. 32). Het feit dat de werkelijke schuldenaar intussen insolvent is geworden, kan daarentegen geen grondslag bieden voor de toepassing van art. 1377, tweede lid B.W.: elke crediteur moet immers het risico dragen voor de insolventie van zijn wederpartij.⁶⁸ De

⁶⁵ E. ARNTZ, *Cours de droit civil français*, Brussel, Bruylant, 1879, III, p. 232, nr. 470 2°; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, XV, nr. 2844; G. BELTJENS, *Encyclopédie du droit civil belge*, art. 1380, nr. 2; A.M. DEMANTE en E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, Parijs, H. Plon, 1865, V, nr. 361bis-II; R. DEMOGUE, *Traité*, III, p. 182, nr. 118; C. DEMOLOMBE, *Cours*, XV, p. 337, nr. 401; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Parijs, L.G.D.J., 1908, VII, nr. 746; F. TERRE, P. SIMLER en Y. LEQUETTE, *o.c.*, p. 786, nr. 967; M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Brussel, Aug. Wahlen et comp., 1824, XI, p. 76, nr. 97; zie ook *R.P.D.B.*, v° *Quasi-contrat*, nr. 238.

⁶⁶ G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, XV, p. 493, nr. 2845; R. DEMOGUE, *Des obligations*, III, p. 183, nr. 119; F. LAURENT, *Principes*, XX, p. 401, nr. 478; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique*, VII, p. 34, nr. 746; Zie evenwel H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 22: “C’est une question très controversée que celle de savoir si [...] la revendication du *solvens* contre le tiers détenteur est admise. La doctrine l’admet généralement. [...] Cette solution peut toutefois être discutée, car, strictement, le paiement de l’indu n’entraîne dans le chef de l’*accipiens*, qu’une obligation de restituer, qui [...] assure la pleine indemnisation du *solvens*.”

⁶⁷ Zie Kh. Brussel 20 oktober 1981, *T.B.H.* 1982, 497; H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 11; E. DIRIX, “Over de vermeende betaling van andermans schuld”, (noot onder Cass. 22 januari 1988), *R.W.* 1988-89, p. 92, nr. 1; A. KLUYSKENS, *Beginselen*, I, nr. 357; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique*, VII, nr. 742. In de oudere rechtspraak en rechtsleer werd nochtans voor een restrictieve interpretatie van de uitzondering van art. 1377, tweede lid B.W. gepleit: Gent 25 januari 1882, *Pas.* 1882, II, 193 en *B.J.* 1882, 1492; Kh. Gent 6 maart 1900, *Pand. Pér.* 1901, nr. 228; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, XV, nr. 2830; F. LAURENT, *Principes*, XX, nr. 363; *Pand. b.*, v° *Paiement indu (Répétition de)*, nr. 32.

⁶⁸ zie Gent 25 januari 1882, *Pas.* 1882, II, 193 en *B.J.* 1882, 1492; H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 11; E. DIRIX, *o.c.*, *R.W.* 1988-89, p. 93, nr. 5; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique*, VII, nr. 742; vgl. J. FELTEN,

doctrine voegt algemeen een bijkomende voorwaarde toe aan de wettelijke bepaling, namelijk dat de *accipiens* te goeder trouw moet zijn (zie infra, nr. 34). Indien daaraan voldaan is, dan kan de *solvens* zich alleen richten tegen de werkelijke schuldenaar van de *accipiens*. Deze vordering vindt haar grondslag in de leer van de ongerechtvaardigde verrijking.⁶⁹

2. Analoge toepassing van de wettelijke bepalingen

22. De wettelijke bepalingen die toepassing maken van ‘*change of position*’ in het Belgische recht zijn in dubbel opzicht beperkt: enerzijds beperkt hun toepassingsdomein zich tot één uitingsvorm van ongerechtvaardigde verrijking, namelijk de onverschuldigde betaling, en anderzijds hebben ze alleen betrekking op drie specifieke gevallen waarin de verrijking verloren gaat, namelijk het materiële of juridische teloorgaan van het voorwerp of de vernietiging van de titel. De vraag rijst of de gedachte die in de artt. 1379-1380 B.W. tot uiting komt, kan worden veralgemeend naar alle vorderingen die hun grondslag vinden in het verbod van ongerechtvaardigde verrijking en naar alle gevallen van verlies van verrijking.

In België en Nederland is het vraagstuk naar de veralgemening van het verweermiddel even belangrijk als in Duitsland en de ‘*common law*’-stelsels. We hebben bij studie van die buitenlandse rechtsstelsels gezien dat die veralgemening van ‘*change of position*’ immers ten nauwste samenhangt met de erkenning van ongerechtvaardigde verrijking zelf als algemeen rechtsbeginsel (zie supra, nr. 12). De erkenning van het principe dat elke ongegronde vermogensverschuiving moet ongedaan gemaakt worden, vindt in die rechtsstelsels zijn noodzakelijke correctie in het bestudeerde verweermiddel ter bescherming van de verweerder. Welnu, in het Belgische en het Nederlandse recht is het verbod van ongerechtvaardigde verrijking weliswaar als algemeen rechtsbeginsel erkend⁷⁰, maar betekent dit ook dat de wettelijke toepassingen van ‘verlies van verrijking’ kunnen worden veralgemeend, en zo ja, op welke grondslag?

23. De uitwerking van een juridische grondslag voor een dergelijk verweermiddel in het Belgische recht is niet eenvoudig. In het buitenland oordelen sommige auteurs dat de ‘billijkheid’ de uiteindelijke grondslag is van deze theorie.⁷¹ Billijkheid blijkt echter vaak een notie te zijn die als ‘*deus ex machina*’ wordt aangewend ter ondersteuning van een wenselijk resultaat, in afwachting van een stabielere juridische theorievorming. Vooral in Engeland en

noot onder Cass. 22 januari 1988, *J.T.* 1989, p. 582, nr. 22. Nochtans heeft sommige rechtspraak en rechtsleer art. 1377, tweede lid B.W. dusdanig ruim opgevat dat ze ook deze hypothese onder haar toepassing brachten: Kh. Kortrijk 14 maart 1936, *Jur. Comm. Fl.* 1936, nr. 5616; R. DEMOGUE, *Traité*, III, nr. 90.

⁶⁹ G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, XV, nr. 2830; R. DEMOGUE, *Traité*, III, p. 150, nr. 90; C. DEMOLOMBE, *Cours*, XXXI, nr. 327; E. FELTEN, *l.c.*, p. 582, nr. 24; F. LAURENT, *Principes*, XX, nr. 364; *R.P.D.B.*, v° *Quasi-contrat*, nr. 224. Andere auteurs laten deze vordering veeleer steun vinden in de zaakwaarneming (A. KLUYSKENS, *Beginselen*, I, nr. 357).

⁷⁰ Voor België: Cass. 27 mei 1909, *Pas.* 1909, I, 272, concl. Adv. Gen. TERLINDEN. In dezelfde zin Cass. 17 november 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 315 en *R.W.* 1983-84, 2982; zie H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 26; A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, p. 141, nr. 38. Voor Nederland: zie art. 6:212 N.B.W.

⁷¹ R. NOLAN, *l.c.*, 135; zie nochtans B. RENGIER, *l.c.*, 450.

Duitsland zijn stabielere juridische opvattingen aan het daglicht gekomen om een dergelijk verweer te kunnen gronden.

Een eerste theorie waarbij aansluiting kan worden gezocht, is de *risicoleer*. Men kan uitgaan van het beginsel dat ons rechtstelsel een causaal systeem van eigendomsoverdracht kent, d.w.z. dat een rechtsgeldige titel vereist is om een vermogensverschuiving te realiseren. Aangezien er bij een ongerechtvaardigde verrijking geen rechtsgeldige titel voorhanden is, kan er ook geen eigendomsoverdracht tot stand komen en moet de ‘betalende’ partij het risico dragen voor het verlies van de zaak. Deze opvatting kan niet bijgetreden worden. Vooreerst is de risicoleer beperkt tot het materieel verlies van de verrijking, terwijl ‘*change of position*’ ook toepassing vindt in de gevallen waarin de zaak weliswaar materieel blijft voortbestaan, maar juridisch verdwijnt uit het vermogen van de debiteur van de restitutieverhouding. Daarnaast is de risicoleer alleen van toepassing indien het voorwerp van de verrijking is teloorgegaan door toeval, terwijl ‘verlies van verrijking’ een veel ruimere draagwijdte heeft. Het laatste en doorslaggevende tegenargument bestaat erin dat de risicoleer precies tot het omgekeerde resultaat kan leiden dan hetgeen wordt opgelegd door ‘*change of position*’. De ‘ongerechtvaardigheid’ van de vermogensverschuiving staat er immers niet aan in de weg dat de verrijkte persoon in een aantal gevallen van ongerechtvaardigde verrijking krachtens een uitdrukkelijke wettelijke bepaling eigenaar wordt van het voorwerp van zijn verrijking. Te denken valt aan de eigendomsverkrijging door onroerende natrekking (art. 555 e.v. B.W.) en zaakvorming (art. 570 e.v.). In die gevallen zou de ontvanger zelf het risico dragen voor het verlies van de zaak.

24. Het uitgangspunt voor het vinden van een juridische grondslag moet gevonden worden in één van de belangrijke pijlers van het beginsel van ongerechtvaardigde verrijking, namelijk het principe dat de restitutieplicht ten laste van de verrijkte voor deze laatste geen nadeel mag teweegbrengen.⁷² Het Duitse *Bundesgerichtshof* heeft herhaaldelijk bevestigd dat het tot de fundamentele beginselen van het leerstuk van ongerechtvaardigde verrijking behoort dat de ongedaanmakingsplicht de debiteur niet in een nadeligere positie mag brengen dan die waarin hij zich zou hebben bevonden indien de verrijking niet zou hebben plaatsgevonden.⁷³ Ook in de rechtspraak van het Zwitserse federale Gerechtshof is dit een leidinggevende gedachte.⁷⁴ Maar ook in onze rechtsorde is dit een beginsel waar men niet om heen kan. Verschillende concrete regelen van het beginsel van ongerechtvaardigde verrijking gaan immers uit van deze gedachte. Vooreerst blijkt het genoemde principe een belangrijk element voor de fundering van de klassieke theorie, die het ogenblik voor de begroting van de verrijking uitstelt tot de uitoefening van de ‘*actio de in rem verso*’. Zo schrijft Demogue: “Toutes ces

⁷² Dit is een gedachte die in de meeste Europese rechtstelsels voorkomt: zie A. FLESSNER, *o.c.*, 90; vgl. R. DEMOGUE, *Traité*, III, nr. 90; R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, 1818, nr. 256.

⁷³ B.G.H. 19 januari 1951, *B.G.H.Z.* 1, (75) 81: “Oberster Grundsatz des Bereicherungsrechtes ist es, daß der Herausgabepflicht der Bereicherten keinesfalls zu einer Verminderung seines Vermögens über den Betrag der wirklichen Bereicherung hinaus führen darf.” Nadien heeft het Bundesgerichtshof deze rechtspraak herhaalde malen bevestigd: B.G.H. 9 mei 1984, *N.J.W.* 1984, (2095) 2096; B.G.H. 7 januari 1971, *B.G.H.Z.* 55, (128) 131; B. RENGIER, *l.c.*, 418; zie ook K. ZWEIGERT en H. KÖTZ, *o.c.*, 582.

⁷⁴ Bundesgericht 23 juni 1976, *A.T.F.* 102, V, (91) 99; Bundesgericht 9 oktober 1956, *A.T.F.* 82, II, 430; Bundesgericht 25 maart 1947, *A.T.F.* 73, II, 108; zie ook L.O. GILLIARD, *o.c.*, 74.

solutions viennent de cette idée que l'enrichi n'ayant donné aucun consentement, il ne faut pas accroître ces obligations trop facilement.”⁷⁵ Deze gedachte komt ook tot uiting in de gevolgen van de ‘*actio de in rem verso*’, waarvan het effect nooit groter kan zijn dan het bedrag van zijn verrijking, ook al was de verarming van de eiser groter. Dit beginsel kadert in de grondslag van de verrijkingsvordering: deze wordt niet langer gebaseerd op de aansprakelijkheid van de *accipiens*, maar wordt beschouwd als een evenwichtsvordering, die het evenwicht tussen het vermogen van de verarmde en dat van de verrijkte moet herstellen.⁷⁶ Indien de verrijking op het ogenblik van de uitoefening van de vordering reeds gedeeltelijk is verdwenen uit het vermogen van deze laatste, kan de restitutie van het saldo volstaan voor de realisatie van het *status quo*.

In die kontekst zou het onaanvaardbaar zijn dat het rechtmatige vertrouwen in de rechtsgeldigheid van de eigendomsverkrijging vanwege de *accipiens* te goeder trouw zou aangetast worden door hem de volledige verrijking te doen restitueren. Doordat de *solvens* een ongeldige overdracht heeft verricht, is de ontvanger op het verkeerde been gezet wat zijn vermogenspositie betreft. Hij vertrouwde er immers op dat het voorwerp van de verrijking definitief tot zijn vermogen behoorde, maar toch bleek het bezwaard met een restitutieplicht. Een algemene toepassing van de exceptie van ‘*change of position*’ lijkt daarom een stevige grondslag te vinden in het vertrouwensbeginsel.⁷⁷ Dit houdt in dat rechten en plichten van partijen worden bepaald door wat anderen op grond van de gedraging van de eerste partij als normaal voordeel verwachten.⁷⁸ Deze hypothese lijkt zich in te passen in het gemeenschappelijk kenmerk dat Van Gerven afgeleid heeft uit de klassieke gevallen van de vertrouwensleer: “[Er] is een schijnbare toestand voorhanden, die door de gedraging van de erbij betrokken partijen [...] in het leven werden geroepen en die niet in overeenstemming is met de (in dit geval, juridische) werkelijkheid.”⁷⁹ Volgens Van Gerven dient voor de toepassing van de vertrouwensleer aan twee voorwaarden voldaan te zijn: een aan de schijnverwekker toerekenbare schijn en de goede trouw van degene die zich op de schijntoestand beroept.⁸⁰ Dit zijn twee elementen waarin de besproken problematiek zich perfect laat inkaderen.

Is het vertrouwensbeginsel trouwens niet de dieperliggende grondslag van de klassieke opvatting in de rechtsleer over het ogenblik waarop de verrijking moet worden beoordeeld? Deze rechtsleer plaatst het tijdstip voor de beoordeling van de verrijking op het ogenblik dat de verrijkingsvordering wordt ingesteld (nr. 3 e.v.). Het lijkt erop dat dit wordt ingegeven vanuit de gedachte dat de goede trouw van de verweerder over zijn vermogenspositie moet

⁷⁵ R. DEMOGUE, *Traité*, III, p. 281, nr. 170.

⁷⁶ Zie H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 28; R. DEMOGUE, *Traité*, III, nr. 78; E. DIRIX, *o.c.*, *T.P.R.* 1981, p. 1024, nr. 2; J. RENARD, *l.c.*, 253. In dezelfde zin in Duitsland: B. RENGIER, *l.c.*, 421.

⁷⁷ E. DIRIX, “De bewindvoerder in het insolventierecht”, in *Liber Amicorum Walter Van Gerven*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 2000, (521) 531, vn. 37.

⁷⁸ M.E. STORME, “Rechtszekerheid en vertrouwensbeginsel in het Belgische verbintenissenrecht”, *T.P.R.* 1997, (1861) 1869, nr. 8. Voor een andere definitie: zie W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, nr. p. 211, nr. 78.

⁷⁹ W. VAN GERVEN, *o.c.*, p. 218, nr. 81.

⁸⁰ W. VAN GERVEN, *o.c.*, p. 227, nr. 85.

worden gehonoreerd. Dit lijkt bevestiging te vinden wanneer men ziet dat een gedeelte van die rechtsleer een uitzondering maakt in de hypothese waarin de verweerder te kwader trouw is: in dat geval is zijn vertrouwen niet beschaamd, zodat de verrijking kan beoordeeld worden op het ogenblik van de vermogensverschuiving (zie supra, nr. 8). Ook in de wettelijke toepassingen van het ‘change of position’-beginsel ziet de doctrine een toepassing van het vertrouwensbeginsel.⁸¹

Ook wanneer teruggegrepen wordt naar de rechtsvergelijkende analyse, vindt het vertrouwensbeginsel als grondslag voor dit verweer bevestiging. Hoger werd reeds aangegeven dat dit beginsel ook in de Duitse en de Zwitserse rechtsorde als grondslag van deze problematiek ontwaard is (zie supra, nr. 13 en 14). Ook Birks, één van de meest gezaghebbende auteurs betreffende verrijkingsrecht in Engeland, heeft aangegeven dat ‘*change of position*’ teruggaat op het bij de verweerder opgewekte vertrouwen, zodat het verweermiddel in nauw verband wordt gezien met dat van ‘*estoppel*’.⁸² In tegenstelling tot wat vaak geldt in het overeenkomstenrecht⁸³, komt het vertrouwensbeginsel hier niet in conflict met het rechtszekerheidsbeginsel maar leiden beide beginselen tot hetzelfde resultaat: de *accipiens* moet rechtmatig kunnen vertrouwen op zijn gerechtigheid op de hem overgedragen zaken. Door de Engelse auteurs wordt dit aangeduid als ‘*the interest of security of receipt*’.⁸⁴

25. Een daarbij aansluitende, maar beperktere verklaring voor een algemene toepassing van dit verweer in het Belgische recht zou kunnen gevonden worden in het verbod van rechtsmisbruik.⁸⁵ Kan men niet stellen dat de crediteur die zelf ten onrechte het rechtmatige vertrouwen bij de verweerder heeft gecreëerd zich schuldig maakt aan rechtsmisbruik indien hij, ondanks het verlies van de verrijking voor de verweerder, aanspraak maakt op het volledige door de debiteur *ab initio* ontvangen bedrag? Eén van de criteria voor rechtsmisbruik is, zo schrijft Van Gerven, dat de rechtsuitoefening “ingaat tegen bepaalde verwachtingen die vroegere gedragingen van de rechtstitularis heeft opgewekt bij de persoon, die bij de uitoefening schade ondervindt. [...] Onder rechtmatig vertrouwen verstaat men in dit verband het redelijkerwijze vertrouwen op het voortduren van een toestand waarop de vertrouwende partij, strikt gesproken, geen aanspraak kan maken, en zulks op grond van de een zodanig vertrouwen inspirerende handelwijze van de wederpartij”.⁸⁶ Deze bewoordingen

⁸¹ zie reeds – bij de toepassing van art. 1377, tweede lid B.W.: E. DIRIX, *o.c.*, R.W. 1988-89, p. 93, nr. 5.

⁸² P. BIRKS, *o.c.*, 414-415; zie ook A. FLESSNER, *o.c.*, 60 e.v. Ondanks hun verwantschap dienen beide verweermiddelen duidelijk van elkaar te worden onderscheiden: Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd. [1991] 2 A.C. (549) 579 B-F; voor een bespreking: zie E. FUNG en L. HO, “Change of position and estoppel”, *L.Q.R.* 2001, 14-20; G. VIRGO, *o.c.*, 730-731. In Canada wordt ‘*change of circumstances*’ zelfs onder het verweer van ‘estoppel’ gebracht (zie RBC Dominion Securities Inc. v. Dawson [1994] 111 D.L.R. (4th) 230).

⁸³ I. VEROUGSTRAETE, “Wil en vertrouwen bij het totstandkomen van overeenkomsten”, *T.P.R.* 1990, (1163) 1195, nr. 34.

⁸⁴ P. BIRKS, *o.c.*, 415; L. GOFF en G. JONES, *o.c.*, 818; M. JEWELL, *l.c.*, 3; G. VIRGO, *o.c.*, 712.

⁸⁵ Het is onmogelijk om binnen het bestek van deze bijdrage in te gaan op de algemene kenmerken van dit leerstuk. Voor een algemene bespreking: zie L. CORNELIS, “Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw”, in M. STORME (ed.), *Recht halen uit aansprakelijkheid*, Gent, Mys&Breesh, 1993, (1) 45-68; S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)?”, *J.T.* 1990, 33-44; W. VAN GERVEN, *o.c.*, nr. 68-71.

⁸⁶ W. VAN GERVEN, *o.c.*, p. 191-192, nr. 70; in dezelfde zin R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, in *Les Nouvelles. Droit civil*, V, Brussel, Larcier, 1967, nr. 603.

lijken inderdaad in overeenstemming met de functie van rechtsmisbruik, dat een correctie vormt op de mogelijkheid om rechten uit te oefenen door deze rechtsuitoefening te beperken tot een wijze die in overeenstemming is met de sociale moraliteit.⁸⁷ Gezien het belang van het beginsel dat de ongedaanmakingsplicht de debiteur niet in een nadeligere positie brengt dan indien er geen ongerechtvaardigde vermogensverschuiving had plaatsgevonden, zou de uitoefening van een restitutie-aanspraak zonder dat de verweerder ‘verlies van verrijking’ kan tegenwerpen, als rechtsmisbruik moeten gelden.

Doordat rechtsmisbruik zijn grondslag vindt in ongeschreven morele normen, vertoont de rechtspraak een terughoudendheid bij de toepassing van deze figuur.⁸⁸ Het is echter aan te nemen dat deze restrictieve houding bij deze problematiek moet verlaten worden. Het grote verschil tussen rechtsmisbruik in het contractenrecht en dat in het leerstuk van ongerechtvaardigde verrijking ‘*sensu lato*’, is immers dat de verbintenis van de debiteur in het eerste geval steunt op diens vrije wilsuiting, terwijl ze in het tweede geval steunt op de wet. De debiteur van een onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking heeft geen toestemming gegeven voor zijn restitutieverbintenis. Meer nog: hij had er op het ogenblik van de kwestieuze handeling zelfs geen kennis van (zie infra, nr. 34 e.v. voor het vereiste van de goede trouw). De aanvaarding van ‘verlies van verrijking’ als een algemeen verweermiddel voor vorderingen die hun grondslag vinden in het verbod op ongerechtvaardigde verrijking is dus noodzakelijk om er bij de ontvangst van een zaak te goeder trouw te kunnen vanuit gaan dat men er eigenaar van is en dus vrij beschikkingshandelingen kan stellen, ook om niet, zonder daar enig nadeel van te ondervinden. Indien een crediteur of een derde-verkrijger er bij roerende goederen te goeder trouw mag van uitgaan dat de goederen die in het bezit zijn van zijn debiteur aan hem toebehoren, moet dat dan niet *a fortiori* gelden voor de debiteur zelf? De ontvanger van een onverschuldigde betaling of een ongerechtvaardigde verrijking is immers geen loutere detentor, maar een bezitter van de ontvangen zaak.

C. Toepassingsvoorwaarden voor dit verweermiddel van ‘verlies van verrijking’

26. Hoewel de veralgemening van dit verweermiddel zich opdringt vanuit het billijkheidsgevoel, kan de draagwijdte ervan niet aan de billijkheid worden overgelaten. Het kan immers niet aanvaard worden dat de verweerder de aanspraak van de eiser zou kunnen afweren met het loutere argument dat de ongedaanmakingsplicht onrechtvaardig of onbillijk zou zijn. Het komt er daarom op aan om de voorwaarden waaronder dit verweer toepassing kan vinden, op een scherpe wijze af te bakenen. Alleen zo kan men verhinderen dat de bescherming van het rechtmatige vertrouwen van de verweerder gepaard gaat met een algemene juridische onzekerheid over de draagwijdte van de ongedaanmakingsplicht.⁸⁹

⁸⁷ S. STIJNS, *l.c.*, p. 39, nr. 3.2.1.

⁸⁸ H. DE PAGE, *Traité*, I, nr. 114; J.M.M. MAEYER, “De goede trouw of de redelijkheid en billijkheid”, *T.P.R.* 1991, p. 9, nr. 3; S. STIJNS, *l.c.*, p. 39, nr. 3.2.1.; P. VAN OMMESLAGHE, “Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi”, (noot onder Cass. 10 september 1971), *R.C.J.B.* 1976, p. 305, nr. 1. Van Gerven merkte reeds op dat er een evolutie is in de richting van een ruimere aanvaarding van de theorie van rechtsmisbruik (W. VAN GERVEN, *o.c.*, nr. 73).

⁸⁹ G. VIRGO, *o.c.*, 711 en 720.

1. Objectief verlies van de verrijking

27. Vooreerst komt het er natuurlijk op aan om te definiëren wanneer er sprake is van een wegvallen van de verrijking. Zonder dat de verweerder nadeel zou lijden ten gevolge van de restitutieplicht, bevindt men zich uiteraard buiten het toepassingsgebied van dit verweermiddel. In het Engelse en het Duitse recht wordt naast het objectieve verlies van de verrijking ook rekening gehouden met een ‘*subjective devaluation*’ van de verrijking. Subjectieve devaluatie van de verrijking wordt in die rechtsstelsels immers in rekening gebracht bij de verrijkingsleer: ‘It appears that *change of position* can operate in a manner similar to subjective devaluation, so as to enable a defendant who has utilized an enrichment received to reconsider whether he is still enriched at the time of action.’⁹⁰ Het typische voorbeeld is dat van de luxe-aankopen die de verweerder niet zou hebben gemaakt indien hij de terug te geven waarde niet had ontvangen.⁹¹ Dit kwam onder meer aan bod in de zaak *RBC Dominion Securities Inc. v. Dawson*.⁹² A had een onverschuldigde betaling gedaan aan B. B, die twijfels had over de verschuldigdheid van de betaling, vroeg tot tweemaal toe aan de eiser of hij wel zeker was dat ze gerechtigd was op het volledige bedrag, maar evenveel maal werd haar verteld dat de betaling correct was verlopen en haar dus definitief toebehoorde. Op grond van dat rechtmatig vertrouwen ging de verweerder over tot de vervanging van het oude meubilair door nieuwe, dure meubelen die ze niet zou hebben aangekocht indien hij het teruggevorderde bedrag niet zou hebben ontvangen. De ‘*Court of Appeal*’ stond het verweermiddel van ‘*change of position*’ toe.

Indien men het leerstuk van ongerechtvaardigde verrijking analyseert, lijkt het erop dat deze subjectieve devaluatie niet in het Belgische recht kan worden betrokken. Het Belgische beginsel van ongerechtvaardigde verrijking beoordeelt de vermogensverschuiving tussen de betrokken partijen immers op een objectieve manier: alleen indien de verrijking van de verweerder pecuniair waardeerbaar is, kan de verrijkingsactie ingewilligd worden.⁹³ Deze objectieve benadering dringt zich, voor de coherentie van het systeem, dus ook op met betrekking tot het verweermiddel dat gegrond is op het verlies van verrijking. Indien de waarde van de verrijking niet ‘objectief’ uit het vermogen van de verweerder is verdwenen, kan er geen sprake zijn van ‘verlies van verrijking’.

28. Aangezien het gaat om een verweermiddel moet de bewijslast rusten op de schouders van de verweerder tegen de verrijkingsactie, d.i. de verrijkte persoon. Terwijl de klassieke leer de verrijking van deze laatste tot op het ogenblik van de uitoefening van deze vordering onder de voorwaarden ten gronde van de vordering rekent en dus ten laste legt van de eiser, is de situatie totaal anders indien men de gebeurtenissen na de ontvangst van de verrijking maar in

⁹⁰ R. NOLAN, *l.c.*, 143.

⁹¹ R. NOLAN, *l.c.*, 138; PALANDT, *o.c.*, p. 934, nr. 35. Een ander concreet voorbeeld uit de buitenlandse rechtspraak gaat over de betaling van een hoger onderhoudsgeld ten gevolge van de ongegronde vermogensverschuiving (O.L.G. Hamm 27 januari 1995, *Fam. R.Z.* 96, 1406).

⁹² [1994] D.L.R. (4th) 230. Het betrof weliswaar een Canadese zaak, maar NOLAN stelt dat deze zaak op dezelfde wijze zou moeten zijn uitgesproken in het Engelse recht.

⁹³ H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 37; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique*, VII, nr. 753; A. ROUAST, *l.c.*, 52-53, nr. 10.

aanmerking neemt als exceptie: het komt aan de verweerder toe om aan te tonen dat de waarde van het voorwerp van de verrijking definitief uit zijn vermogen is verdwenen.⁹⁴

2. Causaal verband tussen het verlies en de verrijking

29. Het volstaat uiteraard niet dat de verweerder tussen de verrijking en de uitoefening van de restitutievordering een vermogensrechtelijk nadeel heeft geleden. Het is vereist dat dit vermogensrechtelijk nadeel in een nauwe samenhang staat tot de verkrijging van de verrijking.⁹⁵ Het feit dat de vermogenstoestand van de verweerder er tussen het ogenblik van de ontvangst en de terugvordering vermogensrechtelijk op achteruitgegaan is, volstaat niet om de verrijkingssactie af te wijzen.⁹⁶ Sommige Duitse rechtsleer heeft dit betwist⁹⁷, maar hun argumentatie kan niet bijgetreden worden: indien men het loutere feit van de vermindering van het vermogen van de verweerder in aanmerking zou nemen, zou het risico zich voordoen dat men rekening houdt met gebeurtenissen die in geen enkel verband staan tot de verrijking, en dit kan niet aanvaard worden. Bovendien is het mogelijk dat alle activa weliswaar reeds verdwenen zijn uit het vermogen van de verweerder, maar dat deze verrijking is aangewend voor de vermindering van het passief. Derhalve heeft dit verweermiddel niet tot gevolg dat de verarmde persoon zijn vordering niet zou kunnen indienen in de failliete boedel van de verrijkte. Omgekeerd is er ook geen enkele reden om aan te nemen dat een rijke en machtige verweerder, bijvoorbeeld een multinationale onderneming, geen beroep zou kunnen doen op dit verweermiddel. Het loutere feit van de goede financiële toestand, die uiteindelijk de eigen verdienste is van de verweerder, is immers niet noodzakelijk een gevolg van de verrijking.⁹⁸ Zoals gezegd kan aan de billijkheid geen doorslaggevende betekenis worden toegekend in de uitwerking van de juridische theorie van ongerechtvaardigde verrijking (zie supra, nr. 26).

30. De wijze waarop juridisch inhoud wordt gegeven aan deze samenhang, is het centrale probleem van ‘*change of position*’.⁹⁹ Twee grote categorieën van gebeurtenissen kunnen worden onderscheiden. Het vermogensverlies dat geleden is binnen elk van deze categorieën moet worden samengeteld om te berekenen met welk bedrag de restitutie-aanspraak moet worden gereduceerd.

31. Een eerste categorie bestaat erin dat de waarde van het voorwerp van de verrijking rechtstreeks of onrechtstreeks uit het vermogen van de verweerder verdwijnt. Indien het

⁹⁴ P. BIRKS, *o.c.*, 410; H. COHEN, *l.c.*, 1347; A. FLESSNER, *o.c.*, 22; K. LARENZ en C.W. CANARIS, *o.c.*, 297; L. GOFF en G. JONES, *o.c.*, 827; *Restatement of Restitution*, §142, comment g. In dezelfde zin onder het regime van de Code civil: zie supra, nr. 9.

⁹⁵ Zie recent *Scottish Equitable Plc v. Derby* [2000] 3 All. E.R. 793. In dezelfde zin L.O. GILLIARD, *o.c.*, 73; K. LARENZ en C.W. CANARIS, *o.c.*, 300-301; R. NOLAN, *l.c.*, 146; G. VIRGO, *o.c.*, 712.

⁹⁶ in dezelfde zin Bundesgericht 23 juni 1976, *A.T.F.* 102, (91) 100; L.O. GILLIARD, *o.c.*, 83; P. KEY, *l.c.*, 514; *Münchener Kommentar*, III, p. 1082, nr. 75; G. VIRGO, *o.c.*, 717.

⁹⁷ zie PALANDT, *o.c.*, p. 934, nr. 36.

⁹⁸ In die zin in Engeland: L. GOFF en G. JONES, *o.c.*, 828; in Zwitserland: Bundesgericht 23 juni 1976, *A.T.F.* 102, (91) 100. In de Verenigde Staten zou men dit element blijkbaar wel bij een afweging betrekking: “Other circumstances also, such as the social and financial situation of the parties may have a role to play.” (K. ZWEIGERT en H. KÖTZ, *o.c.*, 587).

⁹⁹ R. NOLAN, *l.c.*, 145.

voorwerp zelf van de verrijking verdwenen is uit het vermogen van de verweerder zonder dat er een economische tegenwaarde voor in de plaats is gekomen, is het verlies van de verrijking het meest eenvoudig vast te stellen.¹⁰⁰ Dit verlies kan van materiële aard (consumptie, vernieling, economische ontwaarding) of van juridische aard (schenking, verkoop tegen een te lage prijs, confiscatie, slechte investering) zijn. Zelfs een loutere waardevermindering kan niet ten laste komen van de verweerder.¹⁰¹ Derhalve kan een veralgemeende toepassing van dit verweermiddel ook een verklaring bieden waarom de restitutie bij de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking en de vordering uit onverschuldigde betaling moet groot worden volgens de waarde die de zaak heeft op het ogenblik van de restitutie.

Hoewel het verlies in dat geval rechtstreeks op het voorwerp van de verrijking betrekking heeft, leidt het alleen tot een ‘verlies van verrijking’ indien het zijn oorzaak vindt in de verrijking. Het feit dat de verweerder de onverschuldigd ontvangen geldsom gebruikt voor consumptiedoeleinden volstaat niet om toepassing te kunnen maken van dit verweermiddel. Alleen indien de consumptiehandeling zijn oorzaak vond in de verrijking – d.w.z. indien die consumptie niet zou hebben plaatsgevonden zonder de verrijking – kan er sprake zijn van ‘verlies van verrijking’.¹⁰² Zo staat de consumptie van geld om te voorzien in zijn dagelijkse levensbehoeften niet in samenhang tot de verrijking, zodat er van een verlies van de verrijking in dat geval geen sprake is.¹⁰³

Het feit dat dit verlies al dan niet te wijten is aan een handelen van de verweerder, is irrelevant voor de toepassing van het verweermiddel.¹⁰⁴ De verrijkte kon er immers te goeder trouw van uitgaan dat de zaak hem toebehoorde, zodat hij alle prerogatieven van het eigendomsrecht – met inbegrip van de handelingen die leidden tot de vernieling van de zaak – kon uitoefenen. Het wegschenken of zelfs vernielen van de door hem ontvangen zaak kan hem daarom niet als ‘fout’ worden aangerekend.¹⁰⁵ Dat blijkt ook uit de interpretatie van art. 1379 B.W.: hoewel de tekst van de wet anders laat uitschijnen, is de *accipiens* van een onverschuldigde betaling ook bevrijd indien de betaalde zaak door diens handelen teloor is gegaan op het ogenblik dat hij te goeder trouw was (zie supra, nr. 18).

Alleen indien het verlies van de zaak op geen enkele wijze vervangen werd door een andere vermogenswaarde, leidt het verlies van de zaak ook tot het verlies van de verrijking.¹⁰⁶

¹⁰⁰ in het Duitse recht: H. DÖRNER, *l.c.*, 70-71; A. FLESSNER, *o.c.*, 13-14; K. LARENZ en C.W. CANARIS, *o.c.*, 297; *Münchener Kommentar*, III, p. 1082, nr. 75; PALANDT, *o.c.*, p. 934, nr. 34. In het Engelse recht: R. NOLAN, *l.c.*, 143; G. VIRGO, *o.c.*, 712-713.

¹⁰¹ *Cheese v. Thomas* [1994] 1 All. E.R. 35 en *L.Q.R.* 1994, 173, noot M. CHEN WISHART; R. NOLAN, *l.c.*, 159. In het Duitse recht: R.G. 4 oktober 1926, *R.G.Z.* 114, (342) 344 (waardevermindering ten gevolge van inflatie); In dezelfde zin voor Nederland: A.S. HARTKAMP, *De verbintenis uit de wet*, in *Verbintenissenrecht*, III, Deventer, Tjeen Willink, 1998, p. 318, nr. 335.

¹⁰² P. KEY, *l.c.*, 516.

¹⁰³ VIRGO spreekt in dit verband van de voorwaarde dat de ‘*change of position*’ ‘*extraordinary*’ moet zijn (zie G. VIRGO, *o.c.*, 714). Deze formulering is verwarrend, aangezien ze ten onrechte de indruk zou wekken dat er een kwantitatieve vereiste geldt.

¹⁰⁴ H. DÖRNER, *l.c.*, 71; L.O. GILLIARD, *o.c.*, 78; zie nochtans B. RENGIER, *l.c.*, 439.

¹⁰⁵ R. NOLAN, *l.c.*, 158; G.K. SCOTT, *l.c.*, 1014; vgl. G. VIRGO, *o.c.*, 722.

¹⁰⁶ *Münchener Kommentar*, III, p. 1082, nr. 75; PALANDT, *o.c.*, p. 934, nr. 34.

Indien de verweerder door het gebruik van de zaak bijvoorbeeld kosten bespaard heeft¹⁰⁷, kan het verweermiddel – ondanks het latere verlies van die zaak – niet met succes ingeroepen worden ten belope van die kosten. Van ‘verlies van verrijking’ is evenmin sprake in de mate dat de verweerder met het bedrag van de verrijking persoonlijke schuldeisers heeft uitbetaald.¹⁰⁸ De verrijking blijft in dat geval in negatieve vorm, door een vermindering van het passief, voortbestaan.

De gebeurtenissen die in het buitenland vooral aanleiding hebben gegeven tot betwisting zijn die waarbij het voorwerp van de verrijking verloren gaat buiten de wil van de verweerder om. Nemen we het voorbeeld van het toevallige teloorgaan of de diefstal van het voorwerp van de verrijking. De doctrine neemt hieromtrent geen eenduidig standpunt in. Indien men een louter causaal verband vereist tussen de verrijking en de verdwijning van een actiefpost ziet men hierin een grondslag voor ‘*change of position*’¹⁰⁹, maar indien men dit verweermiddel zijn grondslag - en dus ook zijn afbakening - laat vinden in het rechtmatige vertrouwen van de verweerder, zou dit verweer geen toepassing kunnen vinden. Het toevallige verlies van de zaak heeft immers geen uitstaans met het rechtmatige vertrouwen van de *accipiens* in zijn vermogenspositie.¹¹⁰ Aangezien de vertrouwensleer als grondslag voor dit verweer werd verdedigd, lijkt dit ook de zienswijze te moeten zijn in onze rechtsorde. Nochtans bestaan er gewichtige tegenargumenten. Vooreerst zou die zienswijze tot het ongerijmde resultaat leiden dat de verweerder ‘verlies van verrijking’ kan invoeren indien hij de zaak door een bewuste handeling heeft weggeschonken aan een derde, terwijl dat verweermiddel buiten beeld zou blijven indien de zaak door een aan de verweerder niet toerekenbare gebeurtenis is teloorgegaan.¹¹¹ Bovendien vindt de verdiscontering van het toevallige verlies bij de reductie van de verrijkingsvordering ook bevestiging in art. 1379 B.W., dat inhoudt dat de verweerder te goeder trouw van de vordering uit onverschuldigde betaling niet gehouden is tot restitutie ten belope van het bedrag waarvoor het betaalde door overmacht is teloorgegaan.

Bij dit alles is het zakenrechtelijke statuut van het voorwerp van de verrijking niet geheel onbelangrijk. Die zakenrechtelijke toerekening van het voorwerp kan immers aan de orde komen bij de vraag of de als verweer ingeroepen gebeurtenis wel een daadwerkelijke verarming van de verweerder tot gevolg heeft. Daarom lijkt dit verweermiddel bij diefstal van de verrijking niet te kunnen worden ingeroepen. In de mate dat de verweerder door de levering van een actiefpost ook eigenaar is geworden van dit vermogensbestanddeel, kan het

¹⁰⁷ B.G.H. 3 juni 1954, *B.G.H.Z.* 14, (7) 9; *Münchener Kommentar*, III, p. 1083, nr. 78.

¹⁰⁸ B.G.H. 17 juni 1992, *B.G.H.Z.* 118, (383) 386; H. DÖRNER, *l.c.*, 71; *Münchener Kommentar*, III, p. 1084, nr. 82; PALANDT, *o.c.*, p. 934, nr. 38; vgl. K. ZWEIGERT en H. KÖTZ, *o.c.*, 589. In dezelfde zin voor het Zwitserse (L.O. GILLIARD, *o.c.*, 75), Engelse (P. KEY, *l.c.*, 516; G. VIRGO, *o.c.*, 724) en het Amerikaanse recht (Restatement of Restitution, §142, illustration 6). Hiervan te onderscheiden is uiteraard de hypothese waarin de verweerder andermans schuldeisers heeft voldaan: te denken valt, bijvoorbeeld, aan de verkrijger van een onroerend goed die de hypothecaire schuldeisers van de vervreemder heeft uitbetaald. In dat geval is er wel sprake van ‘verlies van verrijking’ indien de koop nadien nietig wordt verklaard (zie L.O. GILLIARD, *o.c.*, 84).

¹⁰⁹ R. NOLAN, *l.c.*, 148-151; G. VIRGO, *o.c.*, 713.

¹¹⁰ W. FLUME, “Die Entreichungsgefahr und die Gefahrtragung bei Rücktritt und Wandlung”, *N.J.W.* 1970, (1161) 1163; L.O. GILLIARD, *o.c.*, 119.

¹¹¹ In dezelfde zin R. NOLAN, *l.c.*, 150.

feit van de diefstal geen grondslag vormen voor ‘verlies van verrijking’: de verweerder heeft immers een vorderingsmogelijkheid tegen de dief die in beginsel dezelfde vermogenswaarde heeft als de ontnomen verrijking.¹¹² Hetzelfde geldt indien het teloorgaan of de beschadiging van de zaak te wijten is aan een foutieve gedraging van een derde wiens aansprakelijkheid daardoor in het gedrang komt.

Wat zijn de gevolgen van het feit dat de opbrengst van de oorspronkelijke verrijking wordt wederbelegd in een ander vermogensbestanddeel? Nemen we het volgende voorbeeld: X ontvangt te goeder trouw een onverschuldigde betaling van Y, en koopt met dat geld een computer. Enkele jaren later stelt Y een vordering tot terugbetaling in, maar intussen is de computer reeds waardeloos geworden. Indien die nieuwe zaak ook zou zijn gekocht indien er geen verrijking had plaatsgevonden, kan men niet spreken van een verlies van de verrijking. Het feit dat de waarde van de zaak waarin de verrijking belegd is naderhand is teloorgegaan, heeft dan immers niet tot gevolg dat de verrijking uit het vermogen van de debiteur is verdwenen.¹¹³ Indien de zaak echter niet zou zijn aangekocht indien er geen verrijking had plaatsgevonden, dan treedt er toch verlies van verrijking op in de mate dat de residuaire waarde van dat nieuwe vermogensbestanddeel lager is dan de oorspronkelijke verrijking. De verweerder kan het verweermiddel dan inroepen ten belope van het verschil tussen de oorspronkelijke verrijking en de tweedehandse waarde van dit vermogensbestanddeel waarin wederbelegd is.¹¹⁴

32. De tweede categorie van gebeurtenissen die leidt tot het verlies van de verrijking is minder makkelijk af te bakenen: het gaat om een wijziging in het consumptie- of kostenpatroon van de verweerder ten gevolge van de verrijking op een dusdanige wijze dat hij meer uitgaven doet dan hij zou hebben gedaan indien hij de verrijking niet had ontvangen.¹¹⁵ Het typevoorbeeld is dat van de ontvanger van activa die ten gevolge van die ontvangst zijn levensstijl wijzigt: hij maakt een wereldreis, doet zich tegoed aan lekkere en dure spijzen en dranken, enz.¹¹⁶ Te denken valt ook aan kosten verbonden aan de verkrijging van het vermogensbestanddeel (notariskosten, makelaarskosten, enz.)¹¹⁷, kosten van onderhouds- en

¹¹² Vgl. L.O. GILLIARD, *o.c.*, 80; zie nochtans G. VIRGO, *o.c.*, 725. De zaak zou nog worden gecompliceerd indien de derde-vergoedingsplichtige insolvelabel zou blijken te zijn. Dan zou de vordering ‘economisch’ niet dezelfde waarde hebben als de verrijking en zou er dus wel sprake zijn van een ‘verlies van verrijking’.

¹¹³ P. KEY, *l.c.*, 516; R. NOLAN, *l.c.*, 161; G. VIRGO, *o.c.*, 713.

¹¹⁴ Zie de dicta van Lord Templeman in *Lipkin Gorman v. Karpnale* [1991] 2 A.C. (548) 560: “If the donee spent £20,000 in the purchase of a motor car which he would not have purchased but for the gift, it seems to me that the donee has altered his position on the faith of the gift and that he is not unjustly enriched when the victim of the theft seeks restitution.” In dezelfde zin A. BURROWS, *o.c.*, 428-429; P. KEY, *l.c.*, 510 en 518; G. VIRGO, *o.c.*, 713. Sommige auteurs oordelen nochtans dat de verrijking dan ten belope van het volledige bedrag moet worden geacht verloren te zijn (L. GOFF en G. JONES, *o.c.*, 825).

¹¹⁵ In Duitsland: R.G. 11 juni 1909, *R.G.Z.* 72, (1) 4; R.G. 13 april 1908, *R.G.Z.* 68, (269) 270; H. DÖRNER, *l.c.*, 71; A. FLESSNER, *o.c.*, 14; K. ZWEIGERT en H. KÖTZ, *o.c.*, 582. In dezelfde zin in Engeland: G. VIRGO, *o.c.*, 716. In Nederland: *Parl. Gesch.*, Boek 6, p. 831.

¹¹⁶ L.O. GILLIARD, *o.c.*, 82; P. KEY, *l.c.*, 516.

¹¹⁷ R. DEMOGUE, *Traité*, III, nr. 124. In dezelfde zin in Duitsland: J. ESSER, *o.c.*, p. 380, §105, II, 1c; *Münchener Kommentar*, III, p. 1080, §818, nr. 64; K. LARENZ en C.W. CANARIS, *o.c.*, 298; PALANDT, *o.c.*, p. 935, nr. 42; B. RENGIER, *l.c.*, 434; K. ZWEIGERT en H. KÖTZ, *o.c.*, 582.

herstellingswerkzaamheden aan het voorwerp van de verrijking¹¹⁸, eventuele belastingen die hij betaalde op grond van het voorwerp van de verrijking¹¹⁹, de verzekeringspremie die hij voor de verrijking zou hebben betaald¹²⁰, kosten van tenuitvoerlegging die de eiser heeft moeten maken voor de afgifte van de zaak¹²¹, kosten die gemaakt zijn voor het gebruik, de uitbating of de verbouwing van de betrokken zaak¹²², enz. De veralgemening van het verweermiddel van ‘verlies van verrijking’ in het Belgische recht kan dus een theoretische omkadering bieden voor de reeds bestaande opvatting dat de verweerder moet vergoed worden voor alle kosten die verbonden zijn met de verrijking.¹²³ Deze gedachte spoort met de regel dat bezitters die uitgewonnen worden door een revindicatie vanwege de werkelijke eigenaar, in de regel moeten vergoed worden voor de noodzakelijke en kosten die hij aan de gerevindiceerde zaak heeft aangebracht.¹²⁴ Ook de *accipiens* van een vermogenswaarde waarop hij geen titel had, moet immers als een bezitter worden beschouwd.

Een ander toepassingsgeval is denkbaar wanneer iemand onverschuldigd een storting heeft gedaan op andermans bankrekening en de bank gaat failliet tussen de storting en de uitoefening van de restitutie-aanspraak. De verrijking vermindert tot het dividend dat de *accipiens* in de failliete boedel van de bank opstrijkt, en dit dividend bepaalt ook de omvang van de restitutieverbintenis.¹²⁵ Ook het verlies van andere vermogensbestanddelen die zouden zijn behouden gebleven indien de verrijking niet zou hebben plaatsgevonden, komt in aanmerking als aftrekpost. Te denken valt bijvoorbeeld aan het geval waarin een andere dan de schuldenaar een onverschuldigde betaling doet, en vervolgens restitutie vordert op een ogenblik dat de vordering tegen de werkelijke schuldenaar verjaard is. De verweerder tegen de verrijkingsvordering had geen vordering ingesteld tegen de werkelijke schuldenaar doordat hij er te goeder trouw vanuit ging dat hij een bevrijdende betaling had ontvangen. Het Hof van Cassatie heeft de terugvordering van de onverschuldigde betaling in deze hypothese afgewezen op grond van een ruime interpretatie van art. 1377, tweede lid B.W. Volgens het Hof “bevindt de schuldeiser die ten gevolge van de onverschuldigde betaling door een derde zijn rechtsvordering tegen de werkelijke schuldenaar heeft laten verjaren, zich in dezelfde

¹¹⁸ B.G.H. 12 december 1997, *N.J.W.* 1998, 898; B.G.H. 11 januari 1980, *N.J.W.* 1980, 1789; H. DÖRNER, *l.c.*, 71; A. FLESSNER, *o.c.*, 18; *Münchener Kommentar*, III, p. 1081, nr. 68; L.O. GILLIARD, *o.c.*, 83. Volgens de meerderheid van de Duitse rechtsleer komen ook kosten die niet noodzakelijk en nuttig zijn, in aanmerking bij het verweer tegen de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking (B.G.H. 12 december 1997, *N.J.W.* 1998, 989; *Münchener Kommentar*, III, art. 818, nr. 67; PALANDT, *o.c.*, p. 935, nr. 41). Naar Frans recht (F. GORE, *o.c.*, p. 310, nr. 297) en Zwitsers recht (L.O. GILLIARD, *o.c.*, 125) wordt echter terecht geoordeeld dat alleen de nuttige kosten voor vergoeding door de eiser in aanmerking komen. Dat is immers – wat onverschuldigde betaling betreft – in overeenstemming met art. 1381 B.W.

¹¹⁹ R.G. 30 oktober 1942, *R.G.Z.* 170, (65) 67; K. LARENZ en C.W. CANARIS, *o.c.*, 300; *Münchener Kommentar*, III, p. 1080, §818, nr. 64 en en 69; J. ESSER, *o.c.*, p. 380, §105, II, 1c.

¹²⁰ L.O. GILLIARD, *o.c.*, 127.

¹²¹ B.G.H. 25 maart 1976, *B.G.H.Z.* 66, (150) 155 en *N.J.W.* 1976, 1090; *Münchener Kommentar*, III, p. 1080, §818, nr. 66.

¹²² Te denken valt onder meer aan de kosten van publiciteit, onderzoek, expertisekosten om de waarde van de zaak te begroten, enz.: L.O. GILLIARD, *o.c.*, 128; K. LARENZ en C.W. CANARIS, *o.c.*, 298-299. Dit element wordt uiteraard maar in rekening gebracht indien die werken nadien niet meer bruikbaar zijn voor de verweerder (*Münchener Kommentar*, III, p. 1081, nr. 68).

¹²³ Zie G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, nr. 2849/23; J. RENARD, *l.c.*, 250.

¹²⁴ Voor een bespreking: zie H. DE PAGE, *Traité*, V, nrs. 149-150; *R.P.D.B.*, v° *Propriété*, nr. 260-262.

¹²⁵ Vgl. P. BIRKS, “Overview...”, *l.c.*, 325.

situatie als die welke wegens die betaling zijn titel heeft vernietigd.”¹²⁶ Ook deze oplossing wordt vanuit de vertrouwensleer ingegeven: het rechtmatig vertrouwen van de *accipiens* in de correctheid van de betaling zou aangetast worden indien hij tot ongedaanmaking tegenover de restitueerde zou gehouden zijn.¹²⁷

Proceskosten kunnen daarentegen niet in aftrek worden gebracht op het te restitueren bedrag.¹²⁸ Binnen het domein van dit verweermiddel geldt hetzelfde voor de kosten die gemaakt worden voor de restitutie van de verrijking: op het ogenblik van de restitutie heeft de verweerder immers noodzakelijk reeds kennis van de restitutieplicht, zodat hij niet meer te goeder trouw is. Die goede trouw is nochtans een voorwaarde voor de toepassing van deze exceptie.¹²⁹ Alhoewel deze zienswijze bevestiging lijkt te vinden in art. 1248 B.W., oordeelt de meeste Belgische en Franse rechtsleer dat de verarmde eiser toch moet instaan voor de kosten van restitutie.¹³⁰ Deze zienswijze kan niet haar grondslag vinden in een veralgemeende toepassing van ‘verlies van verrijking’: de kwade trouw van de debiteur staat daaraan immers in de weg.

Ook in deze tweede categorie doen er zich omstandigheden voor waarin de betwisting over de juridische grondslag van dit verweermiddel doorstraalt naar de concrete gevallen. Het gaat vooral om de situatie waarin het voorwerp van de verrijking schade heeft veroorzaakt aan andere vermogensbestanddelen van de verrijkte of aan vermogensbestanddelen van derden en dus een passiefpost heeft doen ontstaan ten laste van de verrijkte. Te denken valt bijvoorbeeld aan een ziek dier dat de andere dieren van de koper heeft besmet of aan een contractuele wanprestatie die het gevolg is van de restitutie van de betrokken zaak.¹³¹ In dat opzicht is de overwegende Engelse opvatting voor de afbakening van ‘*change of position*’ ruimer dan de Duitse. Indien men de tweede categorie van gebeurtenissen die aanleiding kunnen geven tot ‘verlies van verrijking’ afbakt door het causaal verband met de verrijking, kan die schade wel in rekening gebracht worden bij het restitutievragestuk.¹³² Indien men echter alleen rekening houdt met handelingen die de verrijkte heeft gesteld op grond van het rechtmatig vertrouwen dat de verrijking definitief was, mag met deze schade geen rekening worden

¹²⁶ Cass. 22 januari 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, nr. 314, *R.W.* 1988-89, noot E. DIRIX en *J.T.* 1989, 578, noot E. FELTEN. Zie reeds in dezelfde zin C. DEMOLOMBE, *Cours*, XXXI, nr. 324; H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 11; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique*, VII, nr. 742; *contra* Cass. fr. 4 augustus 1859, *D.* 1859, I, 362; F. LAURENT, *Principes*, XX, nr. 363.

¹²⁷ E. DIRIX, *o.c.*, *R.W.* 1988-89, p. 93, nr. 5. In dezelfde zin in Duitsland: B.G.H. 16 december 1957, *B.G.H.Z.* 26, (186) 195; A. FLESSNER, *o.c.*, 19; L.O. GILLIARD, *o.c.*, 90; K. LARENZ en C.W. CANARIS, *o.c.*, 299; PALANDT, *o.c.*, p. 935, nr. 45. In Engeland: G. VIRGO, *o.c.*, 716. Een ander voorbeeld is te vinden in de niet-tijdige aangifte van een bevoorrechte vordering in het faillissement.

¹²⁸ *Münchener Kommentar*, III, p. 1082, nr. 72; K. ZWEIGERT en H. KÖTZ, *o.c.*, 583.

¹²⁹ B. RENGIER, *l.c.*, 437-438; A. FLESSNER, *o.c.*, 20; vgl. L.O. GILLIARD, *o.c.*, 129.

¹³⁰ G. BELTJENS, *Encyclopédie du droit civil belge*, III, p. 988, art. 1381, nr. 6; R. DEMOGUE, *Traité*, III, nr. 124; L. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations*, Brussel, Bruylant, 1863, III, p. 417, art. 1381, nr. 14; *Pand. b.*, v° *Condictio indebiti*, nr. 192; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique*, VII, nr. 746g; *Rép. civ. Dalloz*, v° *Condictio indebiti*, nr. 119. zie. Zie ook K. ZWEIGERT en H. KÖTZ, *o.c.*, 583.

¹³¹ L.O. GILLIARD, *o.c.*, 88; *Münchener Kommentar*, III, p. 1081, §818, nr. 71.

¹³² PALANDT, *o.c.*, p. 935, nr. 44.

gehouden.¹³³ In het Belgische en Franse recht lijken de meeste auteurs aansluiting te zoeken bij eerstgenoemde opvatting.¹³⁴

33. Een bijkomend probleem dat in de Engelse en Duitse doctrine ruim aan bod is gekomen, is dat van het ‘verlies van verrijking’ die voorafgaat aan de ontvangst van de verrijking. Laat ons dit illustreren aan de hand van het volgende voorbeeld. Een werknemer krijgt van zijn werkgever de mededeling dat hij een bonus op zijn loon zal ontvangen van 1000.000 Bf. Indien hij dit geld, vertrouwend op de rechtmatigheid van die bonus, wegschenkt aan een liefdadigheidsinstelling vooraleer de toekenning van die bonus vernietigd wordt, kan hij zich beroepen op ‘verlies van verrijking’. Maar wat is de situatie indien hij vóór de ontvangst van die som, maar na de kennisname van de mededeling reeds overgaat tot de schenking? Volgens de Amerikaanse ‘*Restatement of Restitution*’ kan dit niet in aanmerking genomen worden om het verweermiddel van ‘change of position’ te ondersteunen (zie supra, nr. 11). De meerderheid van de Engelse auteurs oordelen dat dit wel het geval moet kunnen zijn.¹³⁵ Indien ook de wijziging in het kosten- of consumptiepatroon voorafgaand aan de verrijking in aanmerking genomen wordt, gaat het niet om de bescherming van het rechtmatige vertrouwen dat men eigenaar is, maar wel om de bescherming van de rechtmatige verwachting dat de schuldvordering zal voldaan worden.¹³⁶ Indien men uitgaat van het fundamentele beginsel dat de verweerder zich na de restitutie niet in een nadeligere positie mag bevinden dan indien hij de verrijking nooit zou hebben ontvangen (zie supra, nr. 24), mag een anticipatief ‘verlies van verrijking’ niet automatisch als verweermiddel worden uitgesloten. Ook voorafgaand aan de inontvangstname van de verrijking kan men immers handelingen stellen die hun grondslag vinden in het vertrouwen op de rechtmatigheid van de vermogensverschuiving. Maar ook de aanvaarding van een anticipatief ‘verlies van verrijking’ blijft onderworpen aan de gemeenrechtelijke voorwaarden. Dat betekent dat ook in dit geval de nauwe samenhang tussen het verlies van een waarde en de verrijking als vereiste moet worden gesteld.¹³⁷

3. Goede trouw van de verweerder

34. Daarnaast moet nagegaan worden hoever het toepassingsgebied *ratione personae* van dit verweermiddel zich uitstrekt, m.a.w. welke verweerders kunnen er een beroep op doen? De Amerikaanse *Restatement of Restitution* bepaalt dat het verweermiddel van ‘change of position’ niet kan ingeroepen worden indien “the recipient was tortious in obtaining, retaining

¹³³ H. DÖRNER, *l.c.*, 73; K. LARENZ en C.W. CANARIS, *o.c.*, 296 en 300; B. RENGIER, *l.c.*, 419 en 434.

¹³⁴ R. DEMOGUE, *Traité*, III, p. 187, nr. 123; C. DEMOLOMBE, *Cours*, XV, p. 117, nr. 390; L. LAROMBIERE, *o.c.*, p. 417, nr. 12; *Pand. b.*, v° *Condictio indebiti*, nr. 190; *R.P.D.B.*, v° *Quasi-contrat*, nr. 251; vgl. Rb. Antwerpen 4 september 1876, *J.P.A.* 1877, 237.

¹³⁵ L. GOFF en G. JONES, *o.c.*, 822-824; M. JEWELL, *l.c.*, 8 e.v.; P. KEY, *l.c.*, 513; R. NOLAN, *l.c.*, 166; G. VIRGO, *o.c.*, 719. De rechtspraak lijkt er nochtans de tegengestelde zienswijze op na te houden: “In a case of this kind, save perhaps in exceptional circumstances, the defence of change of position is in principle confined to changes which take place after receipt of the money.” (CLARKE J. in *South Tyneside v. Svenska International PLC* [1995] 1 All. E.R. (545) 565d); zie ook HOBHOUSE J. in *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington London BC* [1994] 4 All. E.R. (890) 948; in dezelfde zin als de rechtspraak A. BURROWS, *o.c.*, 424.

¹³⁶ R. NOLAN, *l.c.*, 163.

¹³⁷ R. NOLAN, *l.c.*, 164; vgl. P. KEY, *l.c.*, 513; G. VIRGO, *o.c.*, 719.

or dealing with the subject matter or the change occurred after the recipient had knowledge of the facts entitling the other to restitution and had an opportunity to make restitution” (section 69, derde lid). In Duitsland leidt de rechtsleer uit §819 B.G.B. af dat ‘*Wegfall der Bereicherung*’ niet kan ingeroepen worden indien de verweerder te kwader trouw was op het ogenblik van de handeling die zijn verrijking uit zijn vermogen deed verdwijnen.¹³⁸ In de reeds aangehaalde Engelse zaak *Lipkin Gorman* (zie supra, nrs. 1 en 12) oordeelde Lord GOFF dat twee categorieën verweerders geen beroep kunnen doen op dit verweermiddel: ‘the recipient in bad faith’ en de ‘wongdoer’.¹³⁹ Indien de verweerder op het ogenblik van de gebeurtenis die tot verlies van verrijking leidt, kennis had van de ongegrondheid van de vermogensverschuiving, blijft ‘*change of position*’ dus buiten het geding.¹⁴⁰ Dat betekent dat het verweermiddel geen toepassing kan vinden indien de restitutie-aanspraak bijvoorbeeld zijn grondslag vindt in het bedrog van de verweerder.¹⁴¹ De verweerder zal er in dat geval toe gehouden zijn om de verrijking in natura te restitueren in de mate dat ze nog voorhanden is, en voor de waardeverminderingen of beschadigingen een vergoeding bij equivalent te betalen.

Naar Belgisch recht kan dit vereiste worden ondergebracht in één enkele voorwaarde: de goede trouw van de verweerder. Dit vereiste kan begrepen worden vanuit de theoretische grondslag voor de algemene toepassing van het verweermiddel.¹⁴² De *accipiens* die kennis heeft van het feit dat hij een waarde ongerechtvaardigd in zijn vermogen heeft gekregen ten koste van een andere of zich tenminste bewust is van het risico dat hij de betrokken waarde zal moeten restitueren, is geenszins in zijn vertrouwen aangetast. Derhalve moet hij zelf het risico dragen voor het bezit van de zaak waarvan hij weet dat hij er niet op gerechtigd is.¹⁴³ De uitoefening van een integrale restitutie-aanspraak door de eiser brengt de rechtmatige verwachtingen van de verweerder in deze hypothese niet in het gedrang. Het hoeft derhalve niet te verwonderen dat de wettelijke bepalingen die toepassing maken van ‘*change of position*’ alle dit vereiste stellen.¹⁴⁴ Uiteraard wordt goede trouw – overeenkomstig het algemene beginsel – vermoed en komt de bewijslast derhalve op de eiser te rusten.¹⁴⁵

35. Hoe moet deze goede trouw invulling krijgen? Men moet uitgaan van de normale gedachte dat de loutere twijfel van de *accipiens* omtrent de gegrondheid van de vermogensverschuiving diens goede trouw niet wegneemt.¹⁴⁶ De vraag rijst of die goede

¹³⁸ M. JEWELL, *l.c.*, 5.

¹³⁹ *Lipkin Gorman v. Karpnale* [1991] A.C. (548) 580C; vgl. R. NOLAN, *l.c.*, 149; G. VIRGO, *o.c.*, 720-721.

¹⁴⁰ *Lipkin Gorman v. Karpnale* [1991] A.C. (548) 580; L. GOFF en G. JONES, *o.c.*, 826; M. JEWELL, *l.c.*, 17; P. KEY, *l.c.*, 507; R. NOLAN, *l.c.*, 154.

¹⁴¹ R. NOLAN, *l.c.*, p. 150, vn. 47.

¹⁴² H. DÖRNER, *l.c.*, 70.

¹⁴³ H. DÖRNER, *l.c.*, 70; R. NOLAN, *l.c.*, 152; B. RENGIER, *l.c.*, 447.

¹⁴⁴ Zie zie art. 1379 en 1380 B.W. De wetgever stelt dit vereiste niet uitdrukkelijk bij art. 1377, tweede lid B.W., maar een eensgezinde doctrine ziet de goede trouw van de goede trouw op het ogenblik van de vernietiging van de titel als toepassingsvoorwaarde voor deze bepaling; zie Rb. Brussel 8 november 1905, *Pas.* 1906, III, 58; R. DEMOGUE, *Traité*, III, p. 150, nr. 90; C. DEMOLOMBE, *Cours*, XXXI, nr. 319; E. DIRIX, *o.c.*, *R.W.* 1988-89, p. 93, nr. 5; E. FELTEN, *l.c.*, p. 580, nr. 11; F. LAURENT, *Principes*, XX, nr. 356; *R.P.D.B.*, v° *Quasi-contrat*, nr. 218.

¹⁴⁵ R. NOLAN, *l.c.*, 158.

¹⁴⁶ PALANDT, *o.c.*, §819, nr. 2. Zie evenwel R. NOLAN, *l.c.*, 155: “If the defendant has knowledge of a claim to restitution, or knows that there might be a claim for restitution made against him, but never the less believes

trouw normatieve invulling moet krijgen, m.a.w. kan een *accipiens* die weliswaar niet wist dat hij zonder rechtsgeldige titel verkreeg maar dit behoorde te weten, het verweermiddel inroepen? Dit is de vraag naar de positie van de nalatige *accipiens*. In Duitsland blijkt §819 B.G.B. het verweermiddel alleen uit te sluiten indien de verweerder daadwerkelijk kennis had van de restitutieplicht. Sommige auteurs interpreteren deze bepaling letterlijk en houden geen rekening met een eventuele onderzoeksplicht ten laste van de *accipiens*¹⁴⁷, terwijl men volgens andere auteurs wel moet rekening houden met de normatieve goede trouw.¹⁴⁸ In Engeland bestaat er grotere eenstemmigheid: hoewel sommige auteurs er een andere mening op nahouden¹⁴⁹, oordeelt de grote meerderheid van de Engelse auteurs dat niet alleen de vraag of de verweerder kennis had, maar ook de vraag of hij kennis moest hebben van de ongegrondheid van de vermogensverschuiving, in aanmerking moet worden genomen.¹⁵⁰ Dat wordt ook in België als vereiste gesteld voor een beroep op de vertrouwensleer.¹⁵¹ Indien de verweerder zich op grond van de heersende maatschappelijke opvattingen had moeten bewust zijn van het feit dat hij geen recht had op de verkregen vermogensbestanddelen, kan hij zich niet op ‘verlies van verrijking’ beroepen.¹⁵² Sommige omstandigheden kunnen er echter toe leiden dat een dergelijke onderzoeksplicht van de *accipiens* zeker moet uitgesloten worden. Te denken valt aan de bijzondere hoedanigheid van de *solvens*. Indien bijvoorbeeld een schuldeiser bedragen heeft ontvangen die de bewindvoerder verdeelde in het kader van een insolventieprocedure, mag de *accipiens* rechtmatig vertrouwen op de juistheid van die uitkering. De neutraliteit van de bewindvoerder bij insolventieprocedures wekt immers het vertrouwen op bij de schuldeiser dat de verdeling van de liquiditeiten op een correcte manier is verlopen, zodat een onderzoeksplicht in dat geval aan de schuldeiser een al te zware last zou opleggen.¹⁵³ Ook volstaat de regel ‘*nemo censetur ignorare legem*’ op zich niet: het is

he is entitled to resist it, it is perhaps right to require him to refrain from taking action in reliance on the enrichment, save at his own peril; therefore, as a matter of prudence, he should not deploy his wealth in reliance to his enrichment, for if he does so, he will act at his own risk.”

¹⁴⁷ R.G. 3 juni 1906, *R.G.Z.* 72, (152) 155; M. JEWELL, *l.c.*, 24; *Münchener Kommentar*, III, p. 1098, §819, nr. 1; PALANDT, *o.c.*, §819, nr. 2.

¹⁴⁸ Zo moest een appelgerecht oordelen over het volgende geval: een bouwpromotor had de rekening van de verweerder verkeerdelijk gecrediteerd ten belope van 5.000 DM. Wanneer hij aangesproken werd tot restitutie, argumenteerde hij ‘*Wegfall der Bereicherung*’ omdat hij op grond van de creditering een reis had gemaakt met zijn vriendin langs Zuiderse oorden. Hij ondersteunde zijn goede trouw door aan te voeren dat hij dacht dat het geld van zijn aanstaande schoonvader afkomstig was. Het appelgerecht deelde die zienswijze niet en oordeelde dat de verweerder had moeten weten dat de betaling niet steunde op een rechtsgeldige titel (O.L.G. Hamm 27 mei 1977, *N.J.W.* 1977, 1824). Voor meer referenties: Zie M. MARTINEK, “Zur kenntnis des Bereicherungsschuldners vom Rechtsgrundmangel als Voraussetzung seiner verschärften Haftung”, *J.Z.* 1996, (1099) 1101-1102.

¹⁴⁹ L. GOFF en G. JONES, *o.c.*, 826: “In our view, the honest, if foolish defendant who, knowing all the facts, ought to have surmised that he should make restitution of the value of the benefit conferred, should be allowed, in an appropriate case, to invoke the defence of change of position. He has not acted with a want of probity.”

¹⁵⁰ zie het obiter dictum van CLARK J in *South Tyneside v. Svenska International* [1995] 1 All. E.R. (545) 569; P. BIRKS, “Overview...”, *l.c.*, 325; P. KEY, *l.c.*, 514; R. NOLAN, *l.c.*, 158; vgl. G. VIRGO, *o.c.*, 721.

¹⁵¹ W. VAN GERVEN, *o.c.*, p. 229, nr. 229.

¹⁵² Zie – in het kader van art. 1378 B.W. – Luik 8 november 1988, *R.R.D.* 1989, 79, noot B. HAUBERT.

¹⁵³ Zie E. DIRIX, “De bewindvoerder in het insolventierecht”, *l.c.*, p. 531, nr. 7. De rechtspraak blijkt in dit geval meestal de ongedaanmakingsplicht van de *accipiens* uit te sluiten op grond van de overweging dat de betaling niet onverschuldigd is gebeurd (zie Gent 19 april 1994, *R.W.* 1995-96, 830; Rb. Hasselt 1 november 1992, *Bull. bel.* 1996, 1067. In dezelfde zin Cass. fr. 30 oktober 2000, *J.C.P.* 2000, Act. jur., 2166).

niet omdat de vermogensverschuiving geen grondslag vindt in de wet dat de *accipiens* op grond van dit adagium mag worden geacht te kwader trouw te zijn.¹⁵⁴

Het principe ‘*mala fides superveniens non nocet*’ betekent hierbij niet dat degene die te goeder trouw was op het ogenblik van de vermogensverschuiving, definitief buiten schot blijft, maar alleen dat handelingen gesteld vóór de *accipiens* kennis kreeg van het gebrek aan titel als verweermiddel kunnen ingeroepen worden ook al werd hij daarna te kwader trouw. Eenmaal te kwader trouw kan hij het juridisch en materieel verlies van de zaak niet meer als exceptie inroepen.¹⁵⁵ Gezien het vereiste van de goede trouw wordt gesteld in alle wettelijke bepalingen die toepassing maken van dit verweermiddel – zowel in België als in het buitenland – lijkt het erop dat het vereiste van goede trouw niet alleen geldt indien de ‘verlies van verrijking’ steunt op een vrijwillige rechtshandeling van de verweerder, maar ook indien deze het gevolg is van een niet aan de verweerder toerekenbare gebeurtenis.¹⁵⁶ Dit vindt bevestiging in art. 1379 B.W., dat de ontvanger te kwader trouw van een onverschuldigde betaling ook verplicht tot restitutie bij equivalent indien de ontvangen zaak door toeval is teloorgegaan (zie supra, nr. 19). Dat betekent concreet dat het risico voor het verlies van verrijking na het inleiden van de ‘*actio de in rem verso*’ ten laste van de verweerder komt.¹⁵⁷ In Duitsland blijkt dat impliciet uit art. 818 IV B.G.B., dat bepaalt dat de verweerder na de inleiding van de vordering gehouden is overeenkomstig de algemene bepalingen van het verrijgingsrecht¹⁵⁸, maar ook in het Engelse recht wordt tot hetzelfde resultaat gekomen op grond van het vereiste van goede trouw.¹⁵⁹

4. Vorderingen waartegen het verweermiddel kan worden ingeroepen

36. Ook het toepassingsgebied *ratione materiae* van dit verweer moet nader onderzocht worden. Tegen welke vorderingen kan het worden ingeroepen? Het gaat om alle vorderingen die hun grondslag vinden in het verbod om zich ongegrond te verrijken ten koste van een andere.¹⁶⁰ Het is echter niet eenvoudig om uit te maken welke vorderingen precies hun grondslag vinden in het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking. Het meest vanzelfsprekend kan die exceptie dus ingeroepen worden tegen een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking (*actio de in rem verso*). Maar ook de vordering uit onverschuldigde betaling wordt terecht gezien als een onderdeel van het verrijgingsrecht (zie supra, nr. 7), zodat het verlies van het betaalde door de *accipiens* aan de *solvens* kan worden tegengeworpen.

¹⁵⁴ Zie – binnen de kontekst van de sociale zekerheid – in dezelfde zin: Arbrb. Charleroi 2 februari 1978, *T.S.R.* 1978, 280; in dezelfde zin P. VAN OMMESLAGHE, “Examen de jurisprudence (1974 à 1982)”, *R.C.J.B.* 1988, p. 61-62, nr. 164.

¹⁵⁵ In dezelfde zin voor de regeling bij onverschuldigde betaling: H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 20; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique*, VII, nr. 746; F. LAURENT, *Principes*, XX, nr. 376. Voor Nederland: A.S. HARTKAMP, *o.c.*, p. 318, nr. 335; zie ook P. SCHLECHTRIEM, *o.c.*, p. 356-357, nr. 469.

¹⁵⁶ M. JEWELL, *l.c.*, 18-19; Zie nochtans R. NOLAN, *l.c.*, 155.

¹⁵⁷ H. DE PAGE, *Traité*, III, p. 29, vn. 2.

¹⁵⁸ M. JEWELL, *l.c.*, 5 en 18; PALANDT, *o.c.*, p. 937, §818, nr. 53; vgl. H. DÖRNER, *l.c.*, 70.

¹⁵⁹ In het Engelse recht: P. BIRKS, “Overview...”, *l.c.*, 324.

¹⁶⁰ P. BIRKS, “Overview...”, *l.c.*, 325. Voor een uitgebreid overzicht van de belangrijkste bepalingen die hun grondslag vinden in het leerstuk van ongerechtvaardigde verrijking: zie H. DE PAGE, *Traité*, III, p. 32, vn. 2.

37. Een bijzondere moeilijkheid doet zich voor bij de nietigverklaring van wederkerige contracten. In dat geval zijn beide partijen tot restitutie van de door hen ontvangen prestatie gehouden. Bijvoorbeeld: A verkoopt een voertuig met een waarde van 400.000 Bf. voor een prijs van 500.000 Bf. Het voertuig gaat teloor en nadien wordt de overeenkomst nietig verklaard. Kan A zich op ‘verlies van verrijking’ beroepen en toch zelf restitutie vorderen van de koopprijs? Het lijkt op het eerste gezicht in te gaan tegen het rechtsgevoel dat de ene partij niet tot restitutie gehouden is omdat hij de verrijking intussen reeds geconsumeerd of weggeschonken heeft, terwijl de andere partij wel een volledige betaling zou moeten verrichten. In het Duitse recht zijn over deze problematiek twee tegengestelde theorieën uitgewerkt: de ‘*Saldotheorie*’ en de ‘*Zweikonditionentheorie*’. De *Saldotheorie*, die meestal wordt toegepast door het Bundesgerichtshof, gaat ervan uit dat de restitutie-aanspraken niet op een geïsoleerde wijze moeten worden beoordeeld, maar in het licht van de wederkerigheid van de restitutieplichten.¹⁶¹ Derhalve kan de partij die zich beroept op ‘*change of position*’ maar restitutie vorderen van de tegenpartij ten belope van het verschil tussen de waarde van zijn eigen restitutieplicht en de restitutieplicht van de verweerder.¹⁶² In het voorbeeld kan A dus maar $500.000 - 400.000 \text{ BF} = 100.000 \text{ Bf.}$ terugvorderen. De *Zweikonditionentheorie* neemt daarentegen als uitgangspunt dat elke partij restitutie kan vorderen van hetgeen hij in uitvoering van een overeenkomst heeft gepresteerd, en op de vordering van de tegenpartij onder de gestelde voorwaarden ‘*Wegfall der Bereicherung*’ kan inroepen.¹⁶³

In Nederland past men ‘*change of position*’ ook toe op de restitutie na nietigverklaring van een overeenkomst. Zo oordeelt Hartkamp dat, indien de waarde van het voertuig op het ogenblik van de restitutieplicht reeds verdwenen is uit het vermogen van de koper, hem dit niet kan worden toegerekend.¹⁶⁴

Ook in onze rechtsorde valt er iets voor te zeggen om de restitutieplicht in te kaderen in een ruimer opgevatte verrijkingsgedachte: wanneer de koper van een nietigverklarde overeenkomst de gekochte zaak niet zou restitueren, zou hij zich immers ongegrond verrijken ten koste van de crediteur.¹⁶⁵ De rechtsleer erkent in deze hypothese maar een zeer beperkte toepassing van ‘verlies van verrijking’: de zaak moet weliswaar worden teruggegeven in de staat waarin hij zich bevond op het ogenblik van de overeenkomst, maar volgens de waarde

¹⁶¹ Zie P. SCHLECHTRIEM, *o.c.*, p. 573, nr. 324; zie ook M. JEWELL, *l.c.*, 31 e.v.; PALANDT, *o.c.*, p. 935, nr. 48.

¹⁶² B.G.H. 14 oktober 1971, *B.G.H.Z.* 57, (137) 146 en *N.J.W.* 1972, 36; H. DÖRNER, *l.c.*, 74 e.v.; M. JEWELL, *l.c.*, 32; *Münchener Kommentar*, III, p. 1088, §818, nr. 89 e.v.; E. VON CAEMMERER, “Mortuus redhibetur. Bemerkungen zu den Urteilen BGHZ 53, 144 und 57, 137”, in *Festschrift für Karl Larenz*, 1973, (621) 635. Voor een kritische benadering: zie W. FLUME, “Die saldotheorie und die Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung”, *AcP* 1994, 427-450.

¹⁶³ In die zin B.S. MARKESINIS, W. LORENZ en G. DANNEMAN, *o.c.*, 764.

¹⁶⁴ A.S. HARTKAMP, *o.c.*, p. 318, nr. 335.

¹⁶⁵ Vgl. F. GORE, *o.c.*, nrs. 154 en 182; J. GHESTIN, “L’effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive”, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Parijs, Dalloz, 1985, (205) 218-220; C. LEFEBVE, “Les effets de la résolution judiciaire des contrats successifs”, *Rev. not. b.* 1988, (226) 230, nr. 7A, b; *Pand. b.*, v^o *Nullité*, nr. 235; S. STIJNS, *o.c.*, p. 308-309, nr. 218; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique*, VII, nrs. 764 en 765.

die ze had op het ogenblik van de restitutie.¹⁶⁶ De waardevermindering van de ontvangen zaak moet dus niet gedragen worden door de debiteur van de restitutieplicht. Bij andere gevallen van materieel of juridisch verlies van een zaak houden de rechtspraak en rechtsleer echter geen rekening met de goede trouw van de debiteur.¹⁶⁷ Wanneer bijvoorbeeld de verkochte zaak in handen van de koper telooft of doorverkocht wordt tegen een lagere prijs, is hij ertoe gehouden om de integrale waarde van die zaak – te begroten op de dag van de restitutie volgens de staat van de zaak op de dag van de verkoop - te restitueren, ongeacht het bedrag van de verkoopprijs.¹⁶⁸ De Franse rechtspraak laat de retro-actieve werking van de nietigverklaring zelfs niet doorwerken naar de risicoleer: indien het telooft van de verkochte zaak te wijten was aan toeval blijft de koper gehouden tot restitutie bij equivalent, ook al verliest hij retro-actief het eigendomsrecht over de zaak.¹⁶⁹ Een verklaring voor deze zienswijze lijkt erin te liggen dat de fundamentele grondslag voor de aanvaarding van ‘verlies van verrijking’ in dit geval precies omgekeerd uitwerking krijgt, namelijk de rechtszekerheid omtrent zijn vermogenspositie (*‘security of receipt’*). Indien aan de ene partij toegestaan zou worden om ‘verlies van verrijking’ in te roepen, zou de andere partij in zijn rechtmatige bezitsvertrouwen gekrenkt worden omdat hij zonder tegenprestatie zaken moet restitueren waarvan hij er rechtmatig vanuit ging dat ze hem toebehoorde.¹⁷⁰

In één enkel geval heeft de wetgever in dit kader wel het verlies van verrijking laten meespelen, namelijk in art. 1312 B.W.: hetgeen in uitvoering van een nietige overeenkomst is gepresteerd door een minderjarige of onbekwaamverklarde, kan van hen niet worden teruggevorderd, tenzij bewezen is dat het betaalde hen tot voordeel heeft gestrekt.¹⁷¹ Indien bijvoorbeeld een gekochte zaak telooft bij een minderjarige of door hem geconsumeerd wordt, kan van hem geen restitutie gevorderd worden. Het zal er voor de eiser desgevallend op aankomen om de waarde van de oorspronkelijke zaak te ‘traceren’ in het vermogen van zijn wederpartij. De opstellers van de Code civil hebben met de invoeging van deze bepaling willen verhinderen dat deze categorieën van personen nadeel zouden lijden doordat ze de waarde moeten restitueren van de vermogensbestanddelen waarvan de waarde reeds uit hun vermogen verdwenen is.¹⁷² Door deze bepaling kan de minderjarige ten hoogste gehouden zijn tot het bedrag van de verrijking dat hij behouden heeft.¹⁷³

¹⁶⁶ C. GUELFUCCI-THBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Parijs, L.G.D.J., 1992, nr. 796; E. POISSON-DROCOURT, “Les restitutions entre les parties consécutives à l’annulation d’un contrat”, *D.* 1983, chron., (85), 87, nr. 14 e.v.; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, “Les conséquences de l’annulation d’un contrat”, *J.C.P.* 1989, I, nr. 3397, nr. 17.

¹⁶⁷ M. MALAURIE, *o.c.*, 133.

¹⁶⁸ E. POISSON-DROCOURT, *l.c.*, 89, nr. 29.

¹⁶⁹ In deze zin Cass. fr. 2 juni 1987, *Bull. civ.*, I, nr. 183; Cass. fr. 21 juli 1975, *D.* 1976, jur., 582, noot E. AGOSTINI en P. DIENER. In België heeft het Hof van Cassatie wel geoordeeld – in overeenstemming met de retroactieve werking van de nietigverklaring – dat de verkoper het risico van de zaak draagt tijdens de duur van de overeenkomst (Cass. 13 september 1985, *Pas.* 1986, I, 36, *R.W.* 1985-86 (verkort), 1450 en *R.C.J.B.* 1988, 220, noot S. NUDELHOLE)

¹⁷⁰ Vgl. M. JEWELL, *l.c.*, 32.

¹⁷¹ Een dergelijke bescherming van minderjarigen blijkt ook terug te vinden in vele andere rechtsstelsels: A. FLESSNER, *o.c.*, 91; K. ZWEIGERT en H. KÖTZ, *o.c.*, 590.

¹⁷² Zie de verklaring van BIGOT-PREAMENEU in het Exposé des motifs: FENET, XIII, 289-290.

¹⁷³ In uitzondering op wat hoger werd gesteld, rust de bewijslast van de verrijking in deze hypothese op de eiser van de restitutieverhouding (H. DE PAGE, *Traité*, II, nr. 823; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique*, VI, nr. 323).

§4. Conclusie

38. Bij de voorgaande analyse zijn we uitgegaan van de rechtspraak die bij verrijkingsoverdrachten het bedrag van de restitutie begroot op het ogenblik van de instelling van die vordering. De meeste rechtsleer heeft daaruit afgeleid dat het voortbestaan van de verrijking tot op dat ogenblik een grondvoorwaarde uitmaakt voor de verrijkingsoverdracht, zonder rekening te houden met de concrete omstandigheden van de zaak. Indien het voorwerp van de verrijking op dat ogenblik reeds zonder enige tegenwaarde verdwenen is uit het vermogen van de verweerder, is deze laatste bevrijd van zijn ongedaanmakingsplicht. Deze interpretatie van de rechtspraak lijkt echter niet houdbaar: ze is immers onverenigbaar met het principe dat het voorwerp van persoonlijke restitutieoverdrachten moet worden begroot op het ogenblik van de afgifte van de zaak (i.c. op het ogenblik van de vermogensverschuiwing), en niet op het ogenblik van de instelling van de vordering. Bovendien staat deze begrotingswijze haaks op de regeling bij de vordering uit onverschuldigde betaling, die nochtans deel uitmaakt van het leerstuk van ongerechtvaardigde verrijking (zie supra, nr. 6-7).

Op grond van een doorgedreven rechtsvergelijkende analyse komen we daarom tot een ander beeld van de heersende rechtspraak: het tijdstip waarop de verrijking moet worden begroot, is in beginsel dat waarop de vermogensverschuiwing heeft plaatsgevonden. Het begrotingsmoment kan onder bepaalde voorwaarden echter *bij wijze van exceptie* achteruitgeschoven worden tot op het ogenblik dat de verrijkingsoverdracht wordt ingesteld. Indien de verweerder kan aantonen dat hij er te goeder trouw kon van uitgaan dat de waarde van de verrijking definitief tot zijn vermogen behoorde, kan het verlies ervan hem niet worden toegerekend. In de mate van het verlies van die waarde moet de restitutieoverdracht daarom gereduceerd worden. We kunnen spreken van het verweermiddel van ‘*verlies van verrijking*’. Een juridische fundering hiervoor kan gevonden worden in het vertrouwensbeginsel of, alternatief, in het verbod van rechtsmisbruik. Vanuit deze rechtsvergelijkende analyse en juridische fundering van het verweermiddel hebben we de toepassingsvoorwaarden ervan strikt afgebakend. Het resultaat van de toepassing van dit verweermiddel is dat het onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke restitutieoverdrachten wat het voorwerp van de bewijslast betreft, minder scherp wordt op het vlak van verrijkingsoverdrachten: het uitgangspunt dat bij zakelijke aanspraken het onderpand tot op het ogenblik van de instelling van de vordering moet voortbestaan terwijl het voor persoonlijke restitutieoverdrachten volstaat dat de zaak ontvangen werd door de debiteur, wordt voor verrijkingsoverdrachten genuanceerd doordat rekening gehouden wordt met omstandigheden die zich na de inontvangstname door de debiteur hebben voorgedaan.

39. De begroting van de restitutie op het ogenblik van de vermogensverschuiwing, met de mogelijkheid om een later verlies van de verrijking in aanmerking te nemen, lijkt ook op het vlak van het praktische resultaat te verkiezen boven de klassieke theorie. Ze biedt namelijk een evenwichtiger oplossing voor het conflict tussen twee tegenstrijdige belangen, namelijk enerzijds het recht van de ‘verarmde’ dat de vermogensverschuiwing ongedaan wordt gemaakt

en anderzijds de rechtszekerheid van de ‘verrijkte’ te goeder trouw dat hij gerechtigd is op hetgeen hij ontvangen heeft. Op twee vlakken brengt de verdedigde opvatting een verfijning aan in dit evenwicht ten opzichte van de klassieke leer.

Aan de ene kant legt de klassieke theorie te eenzijdig de nadruk op de bescherming van de verrijkte door hem van teruggave te ontslaan, zelfs indien hij wist dat de verrijking ongegrond was op het ogenblik dat hij ze consumeerde of wegschonk. De bescherming van de ontvanger te kwader trouw door die klassieke theorie getuigt niet alleen van een wankel afweging van de betrokken belangen, maar is ook vanuit rechtseconomisch perspectief niet te verantwoorden: de verweerder te kwader trouw zou er economisch alle belang bij hebben om de verrijking zo snel mogelijk tot eigen voordeel te consumeren, aangezien hij voor het resterende deel toch tot restitutie zou gehouden zijn. De voorgestane benadering van ‘verlies van verrijking’ beschermt de debiteur alleen indien hij beschermenswaardig is, namelijk indien hij te goeder trouw was op het ogenblik van het verlies van de verrijking (zie supra, nrs. 34-35).

Aan de andere kant biedt de klassieke theorie ook een gebrekkige bescherming van het rechtmatige vertrouwen van de debiteur: ze houdt immers alleen rekening met het lot van het voorwerp van de verrijking zelf. Indien dat is blijven voortbestaan tot op het ogenblik van de rechterlijke uitspraak, is hij tot restitutie gehouden, ook al had zijn vermogen op andere vlakken een vermindering ondergaan die in een oorzakelijke relatie stond tot het feit van de verrijking. Indien de ‘verrijkte’ bijvoorbeeld een luxe-cruise heeft gemaakt in het rechtmatige vertrouwen dat hij gerechtigd was op de verrijking, kan daarmee volgens de klassieke theorie geen rekening worden gehouden bij de begroting van de ongedaanmakingsplicht. Volgens de benadering die uitgaat van het verweer van ‘verlies van verrijking’ kan echter ook rekening worden gehouden met gebeurtenissen die niet rechtstreeks betrekking hebben op het verlies van verrijking, maar die in een causaal verband staan met het feit van de verrijking (of althans in het vertrouwen op de rechtmatigheid van die verrijking werden gesteld: zie supra, 32). Zo zou de luxe-cruise wel in rekening gebracht worden bij de begroting van de restitutie-aanspraak. Het verweer van ‘verlies van verrijking’ houdt dus niet alleen rekening met het verlies van de verrijking zelf, maar ook met het verlies van de waarde van de verrijking. Op die manier beantwoordt de voorgestane benadering beter aan de gedachte dat de ‘*actio de in rem verso*’ een vordering is die ertoe strekt om het evenwicht tussen twee vermogens te handhaven.