De condictio ob rem en haar ontwikkeling in het moderne privaatrecht

1. Inleiding

Aannemer Westdijk wordt door het hoofd van de afdeling Openbare Werken van de gemeente Katwijk benaderd met het verzoek een offerte uit te brengen voor het uitdiepen van de plaatselijke haven. Terwijl de gemeenteraad nog een besluit moet nemen over de aanbesteding van de werkzaamheden, maakt de aannemer daarmee alvast een begin. De verantwoordelijke ambtenaar is hiervan op de hoogte en gaat daarmee ook akkoord. Uiteindelijk gunt de gemeenteraad de werkzaamheden aan een andere aannemer. Westdijk blijft met veel gemaakte kosten zitten, terwijl de gemeente veel minder werk hoeft te laten verrichten door de aannemer die de klus wél krijgt. Onder het oude recht oordeelde de Hoge Raad dat omdat Westdijk de werkzaamheden had verricht hangende de beslissing of hem het werk zou worden gegund, zonder enige verplichting en slechts in de hoop en de verwachting dat zijn offerte zou worden geaccepteerd, die verrichting niet kan worden aangemerkt als een betaling in de zin van artikel 1395 (onverschuldigde betaling). Ook een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking was in dit geval niet mogelijk, omdat in casu de vordering niet aansloot bij de wel in de wet geregelde gevallen.[1]

De Hoge Raad forceerde met deze beslissing een breuk met het recht dat gold vóór de invoering van het oude BW van 1938 (en de Code Napoleon). In de meeste rechtstelsels is terugvordering van prestaties in de precontractuele fase – onder omstandigheden – mogelijk. In het Romeinse,[2] Rooms-Hollandse,[3] Duitse[4] en Zuid-Afrikaanse[5] recht staat deze vordering bekend als de condictio ob rem of de condictio causa data causa non secuta. Ook in het Engelse recht is terugvordering onder omstandigheden mogelijk.[6] De vraag dient zich aan waarom de Hoge Raad geen onverschuldigde betaling wilde aannemen.

Met de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek is ook de regeling van de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking vernieuwd. De meeste auteurs achten een vergoeding op grond van artikel 6:203 BW (onverschuldigde betaling) of 6:212 BW (ongerechtvaardigde verrijking) in principe mogelijk. De belangrijkste reden die daarvoor wordt gegeven is dat een prestatie die wordt verricht in de precontractuele

---

1 HR 18 april 1969, *NJ* 1969, 336 m.nt. G.J.S (Katwijkse haven).
2 Zie daarover: Zimmermann 1992, p. 843-844 en De Vos 1987, p. 10-20.
3 Zie daarover: Zimmermann 1992, p. 857-862 en De Vos 1987, p. 62-66.
4 Geregeld in de tweede zin van § 812 BGB. Zie daarover: Reuter/Martinek 1983, p. 146-171.
5 Zie daarover De Vos 1987, p. 153-60 en de daar aangehaalde jurisprudentie.
6 *William Lacey (Hounslow) Ltd v Davis* [1957] 1 WLR 932; *Countrywide Communications Ltd v ICL Pathway Ltd* (QBD 21 October 1999, 1996 C No 2446). Zie daarover: Birks 2005, p 144; Burrows, 2003 p. 372 e.v., p. 407 e.v.; Goff & Jones 2002, nr. 26-001 e.v.; McKendrick 1998, p. 171 e.v. Zie echter ook *Regalian Properties v London Docklands Development Corporation* [1992] 1 WLR 212.

fase een betaling is in de zin van artikel 6:203. Het gaat bij een betaling in de zin van artikel 6:203 BW immers om een 'door de een tot een bepaalde andere persoon gerichte handeling', waarbij de 'objectieve strekking' van belang is.[7] Een huis schilderen of een passagier vervoeren die geen geldige reisovereenkomst heeft, is een prestatie.[8] Of degene die presteerde ook heeft gewild of bedoeld om te presteren is volgens de literatuur met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis niet belangrijk. De gevallen waarin eertijds de condictio ob rem ingesteld kon worden lijken bij uitstek geschikt om het betalingsbegrip te op zijn houdbaarheid te testen. Men kan zich bovendien afvragen of betaling die met een bepaalde bedoeling is verricht wel *zonder rechtsgrond* is. Brengt bijvoorbeeld het nieuwe recht met zich dat een prestatie die wordt verricht in de hoop en verwachting dat een contract zal worden gesloten als 'zonder rechtgrond' wordt aangemerkt wanneer vast komt te staan dat de overeenkomst niet tot stand zal komen? Of blijft het verrichten van een dergelijke prestatie voor risico komen van degene die heeft gepresteerd in de hoop dat met hem een contract wordt gesloten? Of is een genuanceerde tussenweg mogelijk?

In dit opstel wil ik deze vragen beantwoorden. Ik zal daartoe eerst een schets geven van de het Romeinse contractenrecht en de Romeinsrechtelijke condictio ob rem. Vervolgens zal ik analyseren hoe deze specifieke vordering uit het Nederlandse recht is verdwenen. Daarna zal ik in kaart brengen welke oplossingen het moderne Nederlandse recht geeft voor de problematiek van de onverschuldigde betaling in de precontractuele fase. Blijken zal dat het nieuwe recht een moderne 'condictio sine causa' kent. Voor een goed begrip van de moderne regeling is het ook nodig om bij de oudere rechtsstelsels stil te staan.

2. Romeins contractenrecht

Voor een goed begrip van de condictio ob rem in het Romeinse recht is het belangrijk om eerst te kijken naar de ontwikkeling van het Romeinse contractenrecht met zijn typische regels. Het Romeinse contractenrecht ontwikkelde zich met grote voortvarendheid in de zogenaamde voorklassieke periode van het Romeinse recht.[9] In deze periode breidde het Romeinse rijk zich steeds verder uit en werd Rome tot het centrum van de antieke wereld. De samenleving veranderde van een sterk agrarische maatschappij waarin rituelen heel belangrijk waren tot een samenleving waarin de handel steeds belangrijker werd. Het recht dat tussen de Romeinse burgers gold en tot stand was gekomen door de gewoonte, volksbesluiten, senaatsbesluiten en wetten, het *ius civile*, bleek niet toereikend genoeg. Het stelde te veel vormvereisten.

Zo was het voor een geldige mondeling gesloten eenzijdige overeenkomst, de *stipulatio*, noodzakelijk dat degene die een belofte deed, antwoordde op een vraag. In het

7 PG Boek 6, p. 804.
8 M.v.A. II, PG Boek 6, p. 804.
9 Men kan deze periode grofweg dateren van ca. 250 v. Chr. tot aan het begin van de gewone jaartelling.

antwoord moest hij daarbij exact dezelfde werkwoorden gebruiken als in de vraagstelling.[10] Beide partijen konden over en weer elkaar prestaties beloven. Omdat alleen eisen werden gesteld aan de vorm en niet aan de inhoud, kon over nagenoeg alles door middel van *stipulationes* worden gecontracteerd. Nakoming van een *stipulatio* was gewaarborgd doordat de *stipulatio* van een actie was voorzien.[11] Een veroordeling door de rechter leidde niet tot een veroordeling tot werkelijke nakoming, maar, net als bij alle andere acties, tot schadevergoeding, Men sprak van de *condemnatio pecunia*.

Toch werd dit systeem in de voorklassieke periode als te knellend ervaren. De nodige flexibiliteit van het recht werd verkregen doordat de praetor een bepaald aantal belangrijke contracten (*contractus*) van een actie ging voorzien.

Een proces ving namelijk aan ten overstaan van de praetor. De praetor was de magistraat die ervoor verantwoordelijk was dat er door rechters recht werd gesproken. Hij ontving justitiabelen die over een bepaald twistpunt een rechtszaak wilden voeren. De praetor besloot dan of hij hen zou toelaten tot een rechter, die vaak door de partijen zelf werd uitgekozen. Wanneer de eisende partij bij de toegekende rechter de feiten kon bewijzen die aanleiding gaven tot de actie, werd de eis toegewezen. Het werd gewoonte dat de praetor aankondigde in welke gevallen hij altijd op grond van zijn bevoegdheid een actie zou toekennen.[12]

Voor de overeenkomsten die de praetor met een actie voorzag, was de enkele wilsovereenstemming voldoende; vormen hoefden niet in acht te worden genomen. Zo kon nakoming van onder meer de koopovereenkomst, de overeenkomst van huur, pacht en van lastgeving worden gevorderd. Deze overeenkomsten kenden hun eigen regels voor het geval de wederpartij niet nakwam, of wanpresteerde.[13]

Omdat niet alle overeenkomsten beschermd waren met een actie van de preator moesten alle overige afspraken gegoten worden in de vormelijke *stipulatio* indien men zeker wilde zijn van rechtsbescherming. Daarnaast had de praetor de discretionaire bevoegdheid om een actie toe te kennen, de *actio in factum.* Ook van contracten die niet door de praetor van een actie waren voorzien, kon daardoor soms nakoming worden gevorderd. De praetor maakte van zijn discretionaire bevoegdheid vooral gebruik indien één van beide partijen al had gepresteerd.[14]

Hoewel in de loop van de tijd de vormvereisten van de *stipulatio* steeds soepeler werden gehanteerd, was er toch behoefte aan meer flexibliteit. In de naklassieke periode werd daarom het systeem van de bescherming van onbenoemde contracten (*contracti*

---

10 Kaser 1974, § 7, III, 1. De stipulator vroeg dan bijvoorbeeld: 'Spondesne?', waarop de promissor antwoordde: 'Spondeo'.

11 Kaser 1974, § 7, III, 1. Ook deze actie heette *condictio*. Zie daarover Zimmermann 1992, p. 835-836 en hieronder § 3.

12 De praetor deed dit door aan het begin van zijn ambtsperiode op een wit bord, het *album*, te vermelden wanneer hij een actie zou toekennen. De opsomming van al zijn acties werd het 'Edict' genoemd.

13 Zie daarover Zimmermann 1992.

14 Kaser 1974, § 45, I, 2.

innominati) door de Oost-Romeinse rechtsgeleerden verder ontwikkeld.[15] De aanzet was al gegeven door de praetoren, met hun *actio in factum*.

Een innominaatcontract kwam pas tot stand wanneer een van beide partijen gepresteerd had; enkele wilsovereenstemming was dus niet voldoende. Indien de wederpartij vervolgens niet nakwam, kon nakoming worden gevorderd met de *actio praescriptis verbis*.[16]

Dat in de (voor)klassieke periode niet altijd nakoming kon worden gevorderd, betekende nog niet dat de partij die reeds gepresteerd had met lege handen stond. Hij kon met de condictio ob rem zijn eigen prestatie terugvorderen als zijn wederpartij nog niet had gepresteerd.

Het contractenrecht zoals het vorm had gekregen met de *actio praescriptis verbis* werd gecodificeerd door Justianus. De zojuist beschreven ontwikkeling van het Romeinse contractenrecht heeft haar sporen getrokken in het toepassingsbereik van de vordering uit onverschuldigde betaling in het Justiniaanse recht. Het Justiniaanse recht is op zijn beurt weer bepalend geweest voor de ontwikkeling van latere rechtsstelsels. In de volgende paragrafen wordt daarom geschetst hoe de condictio zich tot aan de Justiniaanse wetgeving heeft ontwikkeld en wordt nader ingegaan op de condictio ob rem naar Justiniaans recht .[17]

3. Enkele opmerkingen over de *condictio* in het algemeen en over het *causa*-begrip

Oorspronkelijk kon alleen geprocedeerd worden indien de wet voorzag in een specifieke actie, de *actio legis.* De exacte bewoordingen die de wet voorschreef moesten worden gebruikt en veel rituelen moesten in acht worden genomen. Later kon ook aan de hand van formulieren worden geprocedeerd. Een formulier gaf veel meer flexibiliteit. Het *formula*-proces ontwikkelde zich sterk onder de praetoren.

De *legis actio per condictionem*, waar de condictio ob rem uit voortgekomen is, was een actie waarmee de gedaagde door de rechter veroordeeld kon worden tot het verrichten van een bepaalde vastomlijnde prestatie (een *certum*), indien vast kwam te staan dat dit behoorde. De vordering moest de gedaagde van oudsher officieel worden aangezegd

---

15 Deze periode begon rond het einde van de tweede eeuw na Chr. Rechtsgeleerden streefden naar het behoud van het privaatrecht en brachten het zeer gedetailleerd in kaart. Onder keizer Hadrianus was ondertussen de bevoegdheid van de praetor om edicten uit te vaardigen (tussen 135-138 n. Chr.) afgeschaft. Het edictenrecht veranderde daardoor niet meer en stond bekend als het *Edictum Perpetuum*. De rechtsgeleerden waren in deze periode in dienst van de keizer en hun opinies waren op grond van een decreet van keizer Hadrianus een belangrijke rechtsbron (zie Gai., Inst. 1.7; D. 1,1,7 (Papinianus) en D. 1,2,2,12 (Pomponius)). Belangrijke rechtsgeleerden uit deze periode, die ook een grote bijdrage hebben geleverd aan de beschrijving van de condictio ob rem, waren Ulpianus, Paulus en Papinianus. Vooral Ulpianus heeft veel geschreven over de condictio ob rem.

16 D. 19,5,2 (Celsus); D. 19,5,3 (Julianus). Zie verder: Kaser 1974 § 45, II, 1 en 2 en Zimmermann 1992, p. 844.

17 De teksten die zijn opgenomen in de Digesten zijn bovendien door de wetgevingsjuristen van Justinianus sterk bewerkt. Door deze zogenaamde interpolaties is niet altijd goed duidelijk hoe het recht vóór de wetgeving van Justinianus precies luidde. Zie daarover in de context van ongerechtvaardigde verrijking uitvoerig Dawson 1951, p. 42 e.v.

(*condicere*). In deze officiële aanzegging werd niet vermeld waarom het behoorlijk was dat de gedaagde moest presteren.[18] Er waren verschillende gevallen waarin het behoorlijk werd gevonden dat een veroordeling plaats zou vinden. Zo achtte men een veroordeling tot nakoming op haar plaats indien in de vorm van een *stipulatio* een belofte was gedaan.[19] Later kon op basis van de condictio de veroordeling worden gevorderd tot het teruggeven van een soortzaak die op grond van een verbruikleenovereenkomst (*mutuum*) aan de gedaagde was gegeven.[20]

Omdat de *condictio* in algemene bewoordingen was gesteld, kon de vordering in de loop van de tijd een steeds ruimer bereik krijgen. Dat vond plaats nadat de oude *actiones legis* waren afgeschaft en men alleen nog maar aan de hand van formulieren procedeerde.[21] Men kon toen op basis van de *condictio* ook vorderen dat iemand die een bepaalde zaak had verkregen werd veroordeeld om deze zaak terug te geven indien dit behoorde.[22] Op deze wijze ontwikkelde de *condictio* zich tot een vordering tot terugbetaling.[23]

In het Justiniaanse recht hadden de verschillende condicties zich ontwikkeld tot zelfstandige vorderingen tot teruggave van een prestatie.

Het is goed om voor ogen te houden dat in tegenstelling tot het moderne recht, dat slechts één vordering uit 'onverschuldigde betaling' kent,[24] in het Justiniaanse recht *verschillende* condictiones bestonden. De Romeinen bekommerden zich niet bijzonder om een dogmatische samenhang tussen de verschillende groepen gevallen waarin een vordering tot terugbetaling kon worden ingesteld. Er was al helemaal geen sprake van een dogmatische benadering van het begrip 'causa' of 'rechtsgrond'. Pas vanaf de middeleeuwen werd de

---

18 Men spreekt daarom ook vaak van een 'abstracte verbintenis'. Zie uitvoeriger: Hallebeek & Schrage 1989, p. 17. Liebs (1986, p. 165 en 1972, p. 98-100) voert als reden aan dat oorspronkelijk de *condictio* alleen ingesteld kon worden wanneer de prestatie door middel van een *stipulatio* was toegezegd. Later werd volgens hem het bereik van de *condictio* groter doordat door middel van een extensieve interpretatie ook de teruggave van een soortzaak op grond van een verbruikleenonvereenkomst (*mutuum*) eronder werd gebracht.

19 Zimmermann 1992, p. 837; Hallebeek & Schrage 1989, p. 18.

20 Kaser 1974, § 39, I, 2; Liebs 1986, p. 166.

21 Dit gebeurde onder Keizer Augustus, zie Gai. Inst. 4.31. Kort gezegd had de afschaffing van het actieproces tot gevolg dat wanneer de eiser een vordering instelde met gebruikmaking van een *formula* hij ermee kon volstaan de gedaagde op informele wijze op de hoogte te stellen van zijn vordering. Zie ook Lenel 1927, § 9 en verder ook D. 2.12.1 (Ulpianus).

22 Zie Lenel 1927, p. 239 e.v.; Kaser 1974, § 83, II, 2; Zimmermann 1992, p. 835-836. De *formula* van de *condictio* luidde als volgt: 'Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio tritici Africi optimi modios centum dare oportere, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium. Aulo Agerio condemnato, si non paret, absolvito'. wat zoveel betekent als: 'Als vast komt te staan dat de Numerius Negidius aan Aulus Agerius honderd schepel uitstekende tarwe uit Afrika behoort te geven, moet u, rechter, Numerius Negidius jegens Aulus Agerius veroordelen de waarde van deze zaak te betalen. Als dit niet komt vast te staan, moet u de eis afwijzen'. De namen Numerius Negedius (de naam komt van *negare,* bestrijden), Aulus Agerius (van *agere*, eisen) en de *certa res* (in dit geval honderd schepel uitstekende tarwe uit Afrika) moesten uiteraard worden vervangen door de namen en de zaken die in het specifieke geval van toepassing waren. Voor geldsommen gold een iets andere formule.

23 Kupisch 1987, p. 2-3; Zimmermann 1992, p. 835-836.

24 Juister is het om te spreken van een betaling zonder rechtsgrond in plaats van 'onverschuldigde betaling'. Zie ook Asser-Hartkamp 4-III 2006, nr. 322**.**

vorming van een onderliggende theorie ter hand genomen.[25] De Romeinse juristen volstonden simpelweg ermee om verschillende gevallen te onderscheiden.

De condictio was een persoonlijke vordering, waarbij de gedaagde slechts kon worden veroordeeld tot het betalen van geld.[26] Men moet zich daarbij bedenken dat de condictio niet kon worden ingesteld indien de eiser de zaak kon revindiceren omdat zijn eigendomsrecht was blijven bestaan. In veel gevallen bestond het eigendomsrecht van de eiser niet meer, omdat in het Romeinse recht de verkrijging van het eigendomsrecht niet afhankelijk was van de geldigheid van de rechtsverhouding op grond waarvan de zaak was overgedragen. Om kort te gaan, het Romeinse recht kende een abstract overdrachtstelsel.

Het gaat het bestek van dit opstel te buiten om de verschillende wijzen van eigendomsoverdracht te behandelen. In dit verband is echter wel van belang dat in sommige gevallen de abstracte wijze van eigendomsoverdracht *causaal* werd *geformuleerd*. [27] Levering ter voldoening aan een vermeende titel, zoals op grond van een vermeende *stipulatio* of een vermeend damnatielegaat, leverde een geldige titel op. Anders gezegd; de ongeldigheid van de onderliggende rechtsverhouding leverde op deze wijze geen titelgebrek op (latere juristen spraken van een *titulus pro soluto*). Dit heeft de middeleeuwse en latere juristen voor het probleem geplaatst dat de term 'causa' kennelijk meerdere betekenissen had. Een bepaalde *causa* kon het rechtsgevolg van de prestatie (de overdracht) rechtvaardigen, terwijl een geldige *causa* die het behoud van de prestatie moest rechtvaardigen daarbij kon ontbreken.[28]

Om de condictio ob rem goed te kunnen begrijpen, is het noodzakelijk kort stil te staan bij verschillende andere gevallen waarin met de *condictio* een prestatie kon worden teruggevorderd. Het gaat daarbij om de *condictio indebiti*, *condictio ob turpem causam* en de *condictio sine causa*.[29]

Met de *condictio indebiti* kon een prestatie worden teruggevorderd die niet verschuldigd was geweest, maar die was verricht omdat degene die had gepresteerd in de onjuiste veronderstelling verkeerde dat hij de prestatie wél verschuldigd was.[30]

De *condictio ob turpem causam* was de condictie die ingesteld kon worden wanneer de ontvanger van de prestatie onzedelijk had gehandeld door de prestatie aan te nemen. Schoolvoorbeeld is de betaling van een geldsom aan iemand om hem af te houden van het

---

25 Zie Söllner 1960**,** p. 189-192; Dawson 1951, p. 63 e.v. (m.n. p. 66); Kupisch 1987, p. 5.

26 Het onderscheid tussen zakelijke *rechten* en persoonlijke *rechten* werd door de Romeinen zelf niet gemaakt. Pas door de middeleeuwse rechtsgeleerden werd dit onderscheid gemaakt. Wel werden de rechts*vorderingen* onderscheiden in zakelijke en persoonlijke acties (bijv. in Inst. 4,6,1, gebaseerd op Gai. Inst. 4,1-3). Bij een zakelijke actie moet men denken aan de *rei vindicatio*, terwijl de *condictio* een persoonlijke actie is. In het Romeinse recht vielen de verschillende rechten derhalve samen met de zakelijke en persoonlijke acties, zie Kaser 1974, § 4, I,1 en 2

27 Zimmermann 1992, p. 841.

28 Kupisch 1987, p. 5-8; Söllner 1960, 189 e.v. zie ook Visser 1992, p. 373-374.

29 Deze benamingen en gevalstypen zijn pas in de naklassieke periode ontwikkeld. Zie daarover uitvoerig Liebs 1986, p. 167-168.

30 Zie: Digestentitel 12,6; Kaser 1974 § 48, II, 1b; Zimmermann 1992, p. 848 e.v.

plegen van een misdrijf.[31] De prestatie was soms zelfs verschuldigd geweest. Wanneer echter degene die de prestatie verrichtte daarmee ook zelf in strijd met de goede zeden handelde, kon hij het betaalde niet terug vorderen.[32] Daarom kon een dief die geld had gegeven om te voorkomen dat hij verraden zou worden geen aanspraak maken op terugbetaling.[33]

De *condictio sine causa* kan grofweg worden gekenschetst als een verzameling bijzondere gevallen waarin teruggave op zijn plaats werd geacht. Zij werd voornamelijk gebruikt wanneer een aanvankelijke rechtsgrond was komen te vervallen.[34] *De condictio sine causa* kan echter niet als een algemene verrijkingsaanspraak worden beschouwd.

4. De condictio ob rem

Omdat de partij die als eerste gepresteerd had ter uitvoering van een onbenoemd contract (*contractus innominatus*) niet altijd nakoming van de tegenprestatie kon vorderen, moest hem wel een ander middel ter beschikking staan. Dit bestond zoals gezegd in de terugvordering van de eigen prestatie. Vereist was dat het een welomschreven prestatie (*certa res*) betrof. Gedacht moet worden aan het geven van een zaak of een geldsom.[35]

Zoals in de vorige paragraaf duidelijk is geworden, kende het Romeinse recht een abstract stelsel van eigendomsoverdracht. Een overdracht die als doel had een tegenprestatie te verkrijgen heette een *datio* (*ob rem*).[36] Wanneer het doel met het oog waarop de prestatie was verricht (*causa data*) zich niet had verwezenlijkt (*causa non secuta*), kon de prestatie worden terug gevorderd. Daarvoor kon de eiser echter niet de *condictio indebiti* in stelling brengen. Met de *condictio indebiti* kon alleen een prestatie worden teruggevorderd door iemand die de prestatie had verricht in de onjuiste

---

31 D. 12,4,9,1 (Paulus)

32 Zie: Digestentitel 12,4; Kaser 1974 § 48, II, 1b; Zimmermann 1992, p. 844.

33 D.12,5,4,1 (Ulpianus).

34 Kaser 1974 § 48, III, 2; Zimmermann 1992, pp. 855 e.v. Later werd naast de als restcategorie beschouwde *condictio sine causa* nog een categorie onderscheiden, nl. de *condictio ob causam finitam.* Daarin werden gevallen van een naderhand weggevallen rechtsgrond ondergebracht. Ulpianus (in D. 12,7,2) wordt vaak aangehaald waar hij het voorbeeld geeft van een schadevergoeding die was betaald door een voller, die de hem ter reiniging gegeven kleren niet meer aan de eigenaar kon terug geven, omdat hij ze was kwijtgeraakt. Wanneer de kleren later weer terug werden gevonden door de eigenaar, kon de voller de betaalde schadevergoeding terugvorderen met een condictie, 'want vanaf het moment dat de kleren zijn teruggevonden, wordt er geacht als het ware zonder rechtsgrond gegeven te zijn.'

35 De waarde van een handeling, een doen (*facere*) kon oorspronkelijk niet worden teruggevorderd. In dat geval kon alleen de *actio praescriptis verbis* worden ingesteld. In het Justiniaanse recht echter kon met de condictio ob rem ook de waarde van een *facere* worden teruggevorderd. Kaser 1974, § 48, III, 2; Zimmermann 1992, p. 844, nt. 69; Chaudet 1973, p. 51 e.v. ; anders: De Vos 1987, p. 16 e.v. In het Rooms-Hollandse recht lijkt de toepasselijkheid van de condictio ob rem weer alleen mogelijk te zijn geweest bij een *datio.* Zie voor een overzicht van de literatuur over deze vraag in het Rooms-Hollandse recht De Vos 1987, p. 66.

36 Sommige Romanisten menen dat voor een een toewijsbare condictie ook vereist was dat de *datio* door beide partijen gewild was. Men spreekt van een *negotium (contractum)*; in deze zin bijv. Kaser 1974, § 48, II, 1. Anderen menen dat dit vereiste niet werd gesteld; zie bijv. Zimmermann 1992, p. 854 en Liebs 1986 p. 171.

veronderstelling daartoe al verplicht te zijn. Pas met het verrichten van de prestatie kwam de overeenkomst tot stand. Degene die presteerde wist dat natuurlijk. Bij het uitblijven van de tegenprestatie moest daarom een beroep worden gedaan op de condictio ob rem, die speciaal voor deze gevallen tot ontwikkeling was gebracht.[37]

Tegen de achtergrond van het Romeinse contractenrecht kan men de volgende belangrijke gevallen onderscheiden waarin de condictio ob rem kon worden ingesteld.[38]

Uitblijven van een overeengekomen tegenprestatie

Een tegenprestatie die verschuldigd was op grond van een tot stand gekomen innominaatcontract kon bestaan in een *facere* of een *dare*. Enkele voorbeelden die door de klassieke schrijvers worden gegeven zijn: het vrijlaten van een slaaf of het ontslaan van een zoon uit de vaderlijke macht,[39] het niet procederen bij de rechter[40] en het maken van een reis naar Capua.[41]

Wanneer een innominaatcontract tot stand was gekomen maar de wederpartij niet presteerde, kon degene die als eerste had gepresteerd zijn prestatie met de condictio terugvorderen. Wij laten Julianus aan het woord:

> 'Als aan een erfgenaam is opgedragen tegen een bepaalde som een grafmonument te bouwen naar het inzicht van een vrijgelatene, en hij het geld aan de vrijgelatene gegeven heeft, maar deze, na het geld aangenomen te hebben, het monument niet bouwt, is deze aansprakelijk met de condictie.'[42]

Uitblijven van verwachte maar niet overeengekomen gebeurtenissen

Soms werd er gepresteerd hoewel daardoor geen innominaatcontract zou ontstaan. Degene die de prestatie verrichtte, had dan de verwachting dat een bepaalde tegenprestatie, hoewel geen contract was ontstaan, toch (onverplicht) zou worden verricht. Wanneer de verwachte tegenprestatie uitbleef, kon een condictie worden ingesteld. In dat geval moest degene die de prestatie in ontvangst had genomen met deze bedoeling waarschijnlijk wel bekend zijn geweest. Bovendien moest de ontvanger deze bedoeling hebben aanvaard.[43]

Weliswaar was een prestatie die niet was overeengekomen onverschuldigd verricht (*indebitus solutum*), maar degene die de prestatie had verricht dwaalde niet over de onverschuldigdheid van zijn prestatie. Daarom kon hij geen beroep doen op de *condictio*

---

37 In *Corpus Iuris Civilis* kreeg de condictio die in dit opstel centraal staat de naam *condictio causa data causa non secuta* mee, doordat Justinanus onder deze naam de verschillende Digestenteksten rubriceerde. Omwille van het lees- en schrijfgemak hanteer ik de kortere naam *condictio ob rem*. Zie over de ontwikkeling van de naam waaronder deze vordering bekend staat uitvoerig: Liebs 1986, p. 173.

38 Zie voor een bespreking van enkele minder vaak voorkomende gevallen: Liebs 1978.

39 D. 12,4,1 (Ulpianus).

40 D. 12,4,3 (Ulpianus)

41 D. 12, 4,5 (Ulpianus)

42 D. 12,4,12 (Julianus). Tenzij anders vermeld zijn de vertalingen van de opgenomen Digestenteksten van Spruit 1993.

43 De Vos 1987, p.11, met verdere verwijzingen.

indebiti; voor een succesvol beroep op de condictie indebit moest degene die de prestatie had verricht immers hebben gedwaald. In dit geval kon echter wel worden teruggevorderd met de condictio ob rem.

Illustratief is de onderstaande, zeer vaak aangehaalde tekst van Celsus.[44] Bij lezing van deze tekst moet worden bedacht dat het consensuele contract van koop en verkoop voorzien was van een speciale actie. Met deze actie uit koop en verkoop kon nakoming van het benoemde koopcontract worden gevorderd, terwijl de condictio ob rem slechts kon worden ingesteld bij de reële innominaatcontracten. In de casus wordt geld gegeven om een slaaf te verkrijgen, hoewel er geen sprake is van een overeenkomst van koop en verkoop. Bovendien dient de casus niet analogisch aan een koop en verkoop behandeld te worden. In plaats daarvan is het alleen mogelijk om het geld dat is gegeven met de bedoeling om de slaaf Stichus te verkrijgen, terug te vorderen met de condictio ob rem. Met andere woorden; er is geen overeenkomst, maar wanneer de verwachte tegenprestatie uitblijft, kan wat is gegeven worden teruggevorderd.

> 'Ik heb u geld gegeven met het doel dat u mij Stichus zou geven. Is dit type contract analoog aan koop en verkoop of is hier geen andere verbintenis aanwezig dan die van hetgeen gegeven is met het oog op een tegenprestatie, waarbij die tegenprestatie is uitgebleven? Tot dat laatste ben ik meer geneigd. Daarom kan ik, als Stichus overleden is, terugvorderen hetgeen ik u gegeven heb met het doel dat u mij Stichus zou geven. Stel dat Stichus aan een ander toebehoort, maar dat u hem desondanks aan mij overgedragen hebt. Ik kan het geld dan van u terugvorderen, omdat u de slaaf niet tot eigendom van de ontvanger gemaakt hebt. En omgekeerd, als Stichus aan u toebehoort, en u geen toezegging wilt doen aangaande zijn uitwinning, zult u niet worden bevrijd van de mogelijkheid dat ik het geld van u zou kunnen terugvorderen.'

Niet alleen kon degene die had gepresteerd zijn prestatie terugvorderen wanneer een beoogde tegen*prestatie* niet werd verricht, maar ook wanneer andere beoogde gebeurtenissen uitbleven. Vaak betrof het schenkingen, die waren verricht met het oog op een bepaalde gebeurtenis of besteding. Deze beoogde tegenprestaties of gebeurtenissen konden vaak niet worden afgedwongen. Degene die met een bepaalde bedoeling een prestatie had verricht, kon dan slechts zijn eigen prestatie terugvorderen. Een goed voorbeeld van de toepassing van de condictio ob rem in dergelijke gevallen is de terugvordering van een bruidschat wanneer het voorgenomen huwelijk niet doorging.[45]

Bedenken voordat de tegenprestatie was verricht

Wanneer de partij die als eerste had gepresteerd zich bedacht en wilde terugtreden uit de overeenkomst, kon hij zijn prestatie terugvorderen indien door de wederpartij de tegenprestatie nog niet was verricht. Dit recht op terugtreden uit de overeenkomst stond

---

44 D. 12,4,16 (Celsus).

45 D. 12,4,10 (Javolenus). Vaak wordt ook genoemd de schenking terzake des doods (*donatio mortis causa*) waarbij de schenker herstelde van zijn kwalen; zie D. 12,4,12 (Paulus).

bekend als het *ius poenitentiae* of *ius poenitendi*.[46] Het *ius poenintentiae* valt dogmatisch te verklaren uit het feit dat degene die het eerst had gepresteerd niet kon worden aangesproken met de *actio praescriptis verbis.* Deze actie was namelijk voorbehouden aan degene die als eerste een prestatie had verricht.[47]

Ook wanneer er geen overeenkomst tot stand was gekomen en de bedoelde tegenprestatie nog niet was verricht of de verwachte gebeurtenis zich nog niet had verwezenlijkt kon worden teruggevorderd. Of er nu sprake was van een overeenkomst of niet, hoogstwaarschijnlijk was slechts van belang dat de ontvanger van de prestatie niet door overmacht was verhinderd de beoogde tegenprestatie te verrichten.[48]

Wanneer iemand zijn prestatie wilde terugvorderen omdat hij zich bij nader inzien bedacht, moest hij tijdig zijn bedenking meedelen. Zijn verklaring dat hij zich bedacht moest de wederpartij hebben bereikt voordat deze zijn verplichtingen nakwam.[49]
Eventuele kosten die reeds gemaakt waren en die nodig waren voor de nog te verrichten prestatie moesten wel worden vergoed. Ter illustratie het volgende citaat waarin geld was gegeven aan iemand om naar Capua te gaan.

> '[I]ndien het zo is dat u, hoewel u nog niet vertrokken bent, toch alles zo geregeld hebt dat u wel moet vertrekken, of dat u al dusdanige voor het vertrek noodzakelijke kosten hebt gemaakt dat het duidelijk is dat u wellicht meer uitgegeven dan ontvangen hebt, is de condictie niet toepasselijk. Maar als er minder uitgegeven is, is de condictie wel toepasselijk, echter met dien verstande dat u schadeloosstelling moet worden verleend voor hetgeen u uitgegeven hebt.'[50]

Overmacht

Indien het uitblijven van de verwachte gebeurtenis kon worden toegerekend aan de eiser verviel zijn recht om zijn prestatie terug te vorderen. Niet helemaal duidelijk is of de ontvanger van de prestatie van de verplichting tot teruggave bevrijd was wanneer hij door overmacht niet in staat was geweest om de tegenprestatie te verrichten.

Deze onduidelijkheid is ontstaan doordat Justinianus bij de codificatie van het Romeinse recht het vereiste van schuld of afwezigheid van overmacht aan de zijde van de ontvanger van de prestatie heeft geïntroduceerd. Justinianus vond het onbillijk dat de ontvanger van een prestatie haar moest teruggeven terwijl hem geen verwijt kon worden gemaakt. De introductie van het schuldvereiste heeft plaatsgevonden door middel van wat tegenwoordig interpolaties worden genoemd. Justinianus heeft echter niet consequent de Digestenteksten en de Codex aangepast. Zo ontbreekt het vereiste van schuld in de bovenstaande tekst van Celsus over de slaaf Stichus,[51] maar vinden we het schuldvereiste

---

46 Zie De Vos 1987, p. 11; Zimmermann 1992, p. 858-860.
47 Zimmermann 1992, p. 844.
48 De Vos 1987, p. 11 -12 met verdere verwijzingen.
49 D. 12,4,5,2 (Ulpianus).
50 D. 12,4,5 (Ulpianus).
51 Deze zeer vaak aangehaalde tekst is waarschijnlijk niet intact overgeleverd; zie Schwartz 1952, pp. 138 e.v., met velerlei tekstreconstructies. De onduidelijkheid betreft echter vooral de vraag of verwijtbaarheid van de ontvanger van de prestatie een rol speelt om de prestatie te kunnen

wel terug in andere teksten.[52] Zoals verderop zal blijken, is deze onduidelijkheid later van belang geweest voor de ontwikkeling van het leerstuk van de ontbinding van overeenkomsten.

Al met al kan men concluderen dat in het Justiniaanse recht het volgende gold. Een prestatie kon worden teruggevorderd als het kenbare doel met het oog waarop was gepresteerd nog niet was gerealiseerd. Wanneer de wederpartij niet meer kòn presteren, terwijl hem daar een verwijt van kon worden gemaakt, moest hij de waarde van de prestatie terugbetalen. Lag de oorzaak van de onmogelijkheid buiten de schuld van de ontvanger, dan was hij bevrijd van de verbintenis tot teruggave. Bij overmacht kon in het Justiniaanse recht dus geen condictie worden ingesteld.

5. De verdere ontwikkeling van het contracten- en verrijkingsrecht in de middeleeuwen en in het Rooms-Hollandse recht

In de vorige paragrafen zagen wij dat het Romeinse procesrecht van wezenlijk belang is geweest voor de ontwikkeling van het materiële recht. Dit geldt in het bijzonder voor de ontwikkeling van de condictiones. In het Justiniaanse recht waren de condictiones tot zelfstandige vorderingsrechten uitgegroeid. In Holland werd in de late middeleeuwen het Romeinse Recht gerecipieerd, maar werd wel een eigen procesrecht gehanteerd. De *condictio* was daardoor niet meer dan een verschijningsvorm van de normale rechtsvordering, de zogenaamde *actio* of *repetitio*.[53] Toch bleven de benaming van de *condictio* en de onderverdeling in de verschillende *condictiones* bestaan. De benamingen van de oude acties vormden een handig etiket om de verschillende feitencomplexen die een vorderingsrecht gaven aan te duiden.[54] In deze paragraaf behandel ik enkele casusposities die een vorderingsrecht opleverden en waarbij werd gesproken van de condictio ob rem.

De verschillende andere *condictiones* zoals de *condictio ob turpem vel iniustam causam, indebiti* en *sine causa* werden door de middeleeuwse rechtsgeleerden gerecipieerd. In deze periode en daarna in het Rooms-Hollandse recht bleven de condicties in grote trekken hetzelfde.[55]

Wel hadden de rechtsgeleerden een dogmatiek ontwikkeld over het begrip ‘causa’. Daarbij was de *condictio sine causa*, die oorspronkelijk een restvordering was, een meeromvattende, algemene condictie geworden.[56] Zo was ook de condictio ob rem een vordering tot terugbetaling van een prestatie *zonder rechtsgrond*. Als rechtsgrond zag men

---

terugvorderen. Deze tekst toont echter wel duidelijk aan dat een niet verwezenlijkte bedoeling (‘*ut mihi Stichum dares’*) in principe voldoende was om de condictie met succes in te kunnen stellen.

52 Bijvoorbeeld in C. 4,6,10; D 12,4,5 (Ulpianus); D 12,4,5,4 (Ulpianus); Zie ook Zimmermann 1992, p. 858-860 en Schwarz 1952, p. 138 e.v.. Deze auteurs menen dat er sprake is van een interpolatie.

53 De Vos 1987, p. 61-62; vgl. ook Hallebeek & Schrage 1989, p. 64-65.

54 De Vos 1987, p. 61.

55 Zie uitvoerig over de receptie van de condicties in het middeleeuwse geleerde recht: Dawson 1951, p. 63 e.v. Hallebeek & Schrage, p. 34 e.v.

56 Söllner 1960, p. 192.

de *causa finalis*, dat wil zeggen het doel waarmee de prestatie was verricht. Het doel was de tegenprestatie, die met de eigen prestatie was beoogd. Wanneer geen tegenprestatie werd verkregen, ontbrak de causa. Door zo te redeneren kon de teleurgestelde eiser zich beroepen op de condictio sine causa naast de condictio ob rem.[57] Ook het ontbreken van een verplichting werd gezien als het ontbreken van een causa. Derhalve kon men in plaats van met de condictio indebiti ook met de condictio sine causa hetgeen onverschuldigd was gegeven terugvorderen.[58] Voor de middeleeuwse rechtsgeleerden was de causa niet het contract of de verbintenis zelf, maar het doel dat met de eigen prestatie werd beoogd: het krijgen van een tegenprestatie of het tenietgaan van een verplichting. Het perspectief van waaruit werd beoordeeld of de causa ontbrak is dat van degene die had gepresteerd.

Het was Grotius die als eerste het perspectief van de ontvanger van de prestatie als uitgangspunt nam. Hij benadrukte dat als causa gezien moest worden het feit dat het *behouden* van de prestatie rechtvaardigde.[59] Hij keerde daarmee terug naar de verklaring die Papinianus reeds had gegeven voor de *condictio (indebiti)*. Papinianus merkte op dat deze condictie op grond van redelijkheid en billijk ingevoerde condictie het gebruikelijke middel is geworden om terug te vorderen wat aan de één toebehoort en bij de ander zonder rechtsgrond aangetroffen wordt.[60] Tijdgenoten van Grotius en latere juristen namen dit over. [61] Grotius heeft waarschijnlijk niet de verschillende condictiones willen onderbrengen in één algemene verrijkingsaanspraak. Door echter het perspectief van de ontvanger als uitgangspunt te nemen, heeft hij naast de condictiones een algemene verrijkingsaanspraak uit de redelijkheid kunnen afleiden. Met deze algemene vordering heeft hij in een groter aantal gevallen een aanspraak tot teruggave of afdracht van voordeel willen creëren.[62] Het heeft er alle schijn van dat in voetsporen van Grotius de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Vriesland in de achttiende eeuw in een aantal zaken aansprakelijkheid heeft aangenomen die louter gebaseerd was op 'baattrekking' of ongerechtvaardigde verrijking.[63]

---

57 Zie nader Söllner 1960, p. 192, 195.

58 Sö llner 1960, p. 192.

59 Grotius, *Inleidinge*, III, XXX, 1 e.v.

60 Vgl. D. 12,6,66 (Papinianus).

61 Huber ("Het laetste oneygentlijk contract is onrechte betalinge, van't geene men niet schuldig is, by verzinninge gedaen, het welke geschiedende, soo wordt de ontvanger verstaen te zijn verbonden tot wedergeevnge van't geene by hem te onrechte ontvangen is"), in: *Heedendaegse Rechtsgeleertheyt*, Boek III, Kap. XXXV, 1); en nog het duidelijkste Voet ("*Condictio sine sausa est actio personalis, qua repeditur res apud alium sine causa existens, licet antea causa subsuerit*", "De condictio sine causa is de persoonlijke actie waarmee wordt teruggevorderd wat bij een ander wordt aangetroffen zonder dat daar een rechtsgrond voor bestaat, hoewel een rechtsgrond oorspronkelijk heeft bestaan), in: *Commentarius ad Pandectas*, Lib. XII, Tit. VII, 1). Zie uitvoerig daarover: Visser 1992, p. 372-373, waar t.a.p. ook nog wordt verwezen naar Van Leeuwen (*Censura Forensis*, Pars I, Lib. IV, Cap. XIV, 2).

62 Visser 1992, p. 374, 380, 415; Feenstra 1971, p. 137 e.v.; Zimmermann 1992, p. 855 e.v.; anders: De Vos 1987, p. 71 e.v.

63 Zie uitvoerig hierover Hallebeek & Schrage 1989, p. 69-74 en Visser 1992, p. 382-383. Een mooie bloemlezing van teksten van auteurs, rechtspraak en (ontwerp)wetgeving waarin de invloed van Grotius te zien is vindt men in Feenstra & De Smidt 1978, p. 137 e.v.

Ook het contractenrecht had zich sterk ontwikkeld. Al in de middeleeuwen was men tot de conclusie gekomen dat bij het sluiten van elke overeenkomst de enkele wilsovereenstemming voldoende was om voor beide contractanten over en weer rechten en verplichtingen te doen ontstaan.[64] De meeste overeenkomsten werden in principe als consensuele contracten behandeld; '*pacta sunt servanda*'.[65] Wanneer men onder het Rooms-Hollandse recht bij naleving van een afspraak een prestatie verrichtte, deed men dit niet om een recht op een tegenprestatie te verkrijgen, maar om uitvoering te geven aan een verplichting die ontstaan was door de enkele afspraak.

Door deze ontwikkeling werd het toepassingsbereik van de condictio ob rem kleiner. Het recht om zich te bedenken en terug te treden uit een overeenkomst had in het Justiniaanse recht kunnen bestaan doordat nakoming slechts kon worden gevorderd door de partij die als eerste had gepresteerd. In het Rooms-Hollandse recht konden echter door de enkele wilsovereenstemming voor beide partijen verplichtingen ontstaan. Niet alleen de partij die als eerste gepresteerd had maar beide partijen konden om die reden nakoming vorderen. Er was daarom geen plaats meer voor het *ius poenitentiae*.[66]

Wel kon de partij die als eerste gepresteerd had zijn prestatie terugvorderen indien zijn wederpartij diens verplichtingen niet nakwam. De condictio ob rem vervulde in het Rooms-Hollandse recht derhalve een beperktere functie. Op grond van een tekortkoming van de wederpartij kon de ongedaanmaking van een verrichte prestatie worden gevorderd; de gelijkenis met wat tegenwoordig onder ontbinding en onvoorziene omstandigheden wordt verstaan springt in het oog.

In dit verband is van groot belang of de tekortkoming ook aan de wederpartij toerekenbaar moet zijn om een condictie in te kunnen stellen. De rechtsgeleerden die het Rooms-Hollandse recht uit hun tijd weergaven, waren het er niet over eens.[67] Zoals wij reeds zagen, was grote onduidelijkheid ontstaan doordat Justinianus niet consequent de Digestenteksten had aangepast. Slechts op enkele plaatsen introduceerde hij het vereiste dat de ontvanger van de prestatie verwijtbaar heeft gehandeld waardoor deze niet zijn tegenprestatie kon terugvorderen.[68] De onduidelijkheid die was ontstaan gaf aanleiding tot discussies, waarna uiteindelijk in beginsel de regel gold dat niet-nakoming door de wederpartij recht gaf op teruggave van de eigen prestatie.[69] De tekst van Celsus over de

---

64 Zie uitvoerig over deze ontwikkeling van de onbenoemde contracten (die in de middeleeuwse literatuur als *pacta* werden aangeduid) Söllner 1960, p. 212 e.v.

65 Visser 1992, p. 385; Zimmermann 1992, p. 537.

66 Visser 1992, p. 385; Zimmermann 1992, p. 861.

67 De Vos 1987, p. 63 e.v.; Visser 1992, p. 386-387.

68 Zo ontbrak het vereiste van schuld in de hierboven geciteerde tekst van Celsus in D. 12,4,16 ('*ut mihi Stichum dares'*).

69 Visser 1992, p. 386-387; zie ook Zimmermann 1992, p. 860, over de bijdrage van de Franse geleerde Donellus aan deze discussie; Zie verder de speech van Lord Birkenhead in de Schotse zaak *Cantiere San Rocco SA* v. *Clyde Shipbuilding and Engineering Co. Ltd*, 1923 SC (HL) 105. In het Schotse recht wordt de *condictio causa data causa non secuta* nog steeds gebruikt wanneer een partij bij een overeenkomst te kort schiet in de nakoming van haar verbintenis. Zie daarover Evans-Jones & Kruse 2002, p. 128 e.v.

slaaf Stichus waarin toerekenbaarheid niet werd vereist, werd daarbij tot hoofdregel verheven. De Vos concludeert na uitvoerig onderzoek dat De Groot de rechts*praktijk* correct weergeeft wanneer deze schrijft:

> 'Wie iets zekers beloofd heeft weder te geven voor een daad of gifte, word bevrydt door den ondergang der beloofde zaak, voor zoo veel de levering, of 't geen den anderen daaraan gelegen was, aangaat, maar die noch niet heeft ontfangen, mag 't geen by hem gegeven is, zulks als gezegd is, wedereisscheen.'[70]

Wanneer de beloofde tegenprestatie uitbleef, omdat de wederpartij door overmacht werd getroffen en niet meer kon nakomen, was de wederpartij bevrijd ten aanzien van zijn verplichting tot het verrichten van deze tegenprestatie. Toerekenbaarheid was echter niet een vereiste voor de teruggaveplicht van de ontvanger op grond van de condictio ob rem. Het risico dat nakoming niet mogelijk was, lag daarmee bij de schuldenaar. Zelfs bij overmacht moest hij teruggeven.[71]

Ook in enkele a-typische gevallen kon in het Rooms-Hollandse recht met succes een beroep worden gedaan op de condictio ob rem. Wanneer een schenking onder last had plaats gevonden waarbij vervolgens de last niet uitgevoerd was, kon de schenking worden teruggevorderd.[72] Waarschijnlijk gold dit – anders dan in het Romeinse recht – ook voor het geval dat nakoming niet mogelijk was door overmacht.[73]

Terugvordering kon verder geschieden wanneer werd gegeven (zelfs op grond van een schenkingsovereenkomst) in de veronderstelling dat een toekomstige gebeurtenis zou plaatsvinden. Indien deze gebeurtenis uitbleef was terugvordering op grond van de condictio mogelijk. Het duidelijkste voorbeeld blijft de bruidschat die teruggevorderd kon worden wanneer het voorgenomen huwelijk niet doorging.

Samenvattend kan men stellen dat in het Rooms-Hollandse recht uit de condictio ob rem grotendeels zich het leerstuk van de ontbinding en van de teruggave van de prestatie na ontbinding heeft ontwikkeld. De praktische betekenis van de condictio ob rem voor terugvordering in gevallen waarin gepresteerd was met het oog op een bepaalde gebeurtenis terwijl die gebeurtenis zich vervolgens niet voordeed, zal vrij beperkt zijn geweest.[74]

---

70 De Vos 1987, p. 63-66, die verwijst naar De Groot, *Inleidinge,* III,XXXI,10. De Vos bespreekt t.a.p. ook enkele schrijvers die het Justiniaanse recht wél volgen. Vgl. ook Visser 1992, p. 387.

71 Een bijzonderheid was dat de condictio ob rem niet kon worden ingesteld wanneer in het Romeinse recht sprake was geweest van een consensuele overeenkomst, zoals bijvoorbeeld de koopovereenkomst. De condictio ob rem kon verder ook niet worden ingesteld wanneer sprake was van een *facio ut des* of een *facio ut facias*. Zie Voet, *Commentarius ad Pandectas,* XII,IV,1 en De Vos 1987, p. 66 met veel verwijzingen. Dit is opmerkelijk omdat veel gezaghebbende schrijvers voor het Romeinse recht hebben geconcludeerd dat bij een *doen* (in plaats van een geven) in het Justiniaanse recht en wellicht reeds in de klassieke periode een condictio ob rem kon worden ingesteld, zie bijv. Zimmermann 1992, p. 844.

72 Visser 1992, p. 386.

73 De Vos 1987, p. 64.

74 Vgl. de opmerking van Stryk (*Usus modernus pandectarum*, Lib. II., Tit. XIV, 4) dat deze condictie tegenwoordig zeldzaam is ('Hodie condictio rara est'), waarover Zimmermann 1992, p. 860-862.

6. De totstandkoming van het verrijkingsrecht onder het OBW

Het Rooms-Hollandse recht was geldend recht in Holland tot aan de invoering van de Code Napoleon in 1809. Na de oprichting van het Koninkrijk der Nederlanden ontstond behoefte aan een eigen wetboek. In het ontwerp van 1820 voor een codificatie van het privaatrecht voor het nieuwe Koninkrijk kwam de condictio ob rem nog wel voor in de artikelen 2984 en 2985, maar zoals bekend heeft dit ontwerp het niet gehaald.[75] Het ontwerp luidde op dit punt:

> '2984. Ook vindt regt van wedereisching plaats, wanneer iets duidelijk of uitdrukkelijk uit zekere oorzaak, of met zeker doel, door het niet volbrengen der bedoelde zaak, vervalt.
> 2985. Hetzelfde regt van wedereisching is ook dan aanwezig, wanneer aan iemand eenige zaak gegeven is, met uitdrukkelijke vermelding eener omstandigheid, terzake waarvan dit plaats heeft, en het naderhand blijkt, dat deze omstandigheid of niet, of geheel anders, als bij de handeling is opgegeven, heeft plaats gehad.'

Dat vervolgens de condictio ob rem in het oude Burgerlijk Wetboek niet is teruggekeerd, heeft een vrij banale oorzaak. Bij het opstellen van de *Code Civil* hebben de commentaren van de rechtsgeleerde Pothier namelijk een grote, richtinggevende rol gespeeld. Van het verrijkingsrecht in de brede zin des woords behandelde Pothier in zijn commentaren slechts de *condictio indebiti* en de zaakwaarneming. Dit heeft er vermoedelijk toe geleid dat slechts deze vorderingen zijn opgenomen in de Franse *Code Civil*.[76] Omdat de *Code Civil* als uitgangspunt heeft gefungeerd bij de codificatie van het Nederlandse privaatrecht, zijn ook alleen de verbintenis uit zaakwaarneming en de *condictio indebiti* opgenomen in het Burgerlijk Wetboek van 1838. De andere condictiones zijn niet gecodificeerd. Ook de algemene verrijkingsvordering is om die reden niet opgenomen in het burgerlijk wetboek.[77] Verschillende verrijkingsvorderingen verdwenen uit het geschreven privaatrecht. Uit geen enkele bron blijkt echter dat de wetgever daarmee beoogde het traditionele recht tot terugvordering in verschillende situaties te beperken of de de algemene verrijkingsaanspraak af te schaffen.[78]

7. Onverschuldigde betaling onder het OBW

In het oude Burgerlijk Wetboek werd de onverschuldigde betaling geregeld in de artikelen 1395 tot en met 1400, waarvan artikel 1395 als volgt luidde:

> -1. Iedere betaling doet eene schuld vooronderstellen; hetgeen zonder verschuldigd te zijn betaald is, kan terug gevorderd worden.

---

75 Zie uitvoerig over dit ontwerp en ook over de eerdere ontwerpen van Van der Linden (1808) en Kemper (1816), waarin ook de condictio ob causam datorum (de condictio ob rem) terug te vinden is: Hallebeek & Schrage 1989, p. 76-81.

76 Zie uitvoeriger daarover Dawson 1951, p. 92-98.

77 Bregstein 1927, pp. 157 e.v.; Hoffman/Drion/Wiersma 1959, p. 17; Van Oven 1928, p. 375.

78 Voorduin V, p. 77.

> -2. Ten opzigte van natuurlijke verbindtenissen, waaraan men vrijwillig voldaan heeft, kan geene terugvordering vallen.

Men herkent in het artikel de *condictio indebiti* uit het Romeinse recht door de bepaling dat een schuld wordt verondersteld wanneer wordt betaald. De *condictio indebiti* kon immers worden ingesteld wanneer men naar aanleiding van een veronderstelde maar niet bestaande schuld had betaald. Omdat de andere condictiones niet waren teruggekeerd, bestond in de literatuur aanvankelijk grote twijfel of artikel 1395 zich beperkte tot de betaling die vanwege een vergissing was verricht.[79] De Hoge Raad heeft in een vaste jurisprudentie uitgemaakt dat het dwalingvereiste niet gesteld werd door artikel 1395.[80] De vraag speelde vooral in gevallen waarin in strijd met de wet betalingen waren aangenomen of gedaan.[81] In het Romeinse en Rooms-Hollandse recht kon in soortgelijke gevallen het betaalde worden teruggevorderd met de condictio ob turpem causam, wanneer het *aannemen* van de prestatie in strijd was met de goede zeden. De prestatie was in het Romeinse recht echter *niet onverschuldigd* verricht. In het recht onder het oude BW was een overeenkomst die tot de prestatie beoogde te verplichten, maar die in strijd was met de goede zeden echter nietig (art. 1371). Degene die de prestatie verrichtte, was vaak van deze nietigheid op de hoogte. Hij wist dus dat zijn prestatie onverschuldigd was. Door het dwalingsvereiste los te laten, zag artikel 1395 ook op deze gevallen.[82]

Het loslaten van het dwalingvereiste werd instemmend ontvangen door de schrijvers. Zij betoogden dat de verschillende condictiones waren samengevloeid in een algemene, moderne condictio indebiti, waarbij het dwalingsvereiste niet langer paste.[83]

Daarbij werd echter een uitzondering gemaakt voor de condictio ob rem. Wanneer de schrijvers de Romeinsrechtelijke oorsprong van art. 1395 bespreken, wordt opgemerkt dat het leerstuk van de ontbinding bij niet-nakoming van overeenkomsten de rol van de condictio ob rem heeft overgenomen.[84] De aanspraak op teruggave van de prestatie

---

79 Zie daarover Hofmann/Drion/Wiersma 1959, pp. 17-18. Diephuis (XI 1888, p. 43 e.v.) gaat in op deze vraag en wijst het vereiste van dwaling af. Zijn leer is richtinggevend geweest.

80 HR 20 april 1917, *NJ* 1917, p. 600; HR 25 februari 1926, p. 361 m.nt. EMM; 10 maart 1944, *NJ* 1944, 267; HR 2 december 1949, *NJ* 1950, 265 m.nt. PhANH; HR 22 juni 1984, *NJ* 1984, 709.

81 Zie daarover uitgebreid Van Kooten 2002, p. 39 e.v.

82 De jurisprudentie van de Hoge Raad was op dit punt enigszins ongenuanceerd. In het Romeinse en Rooms-Hollandse recht gold de regel dat wanneer ook degene die de prestatie verrichtte daarmee in strijd met de goede zeden handelde, voor hem de mogelijkheid verviel om het betaalde terug te vorderen. Onder het OBW kon elke betaling op grond van een nietige overeenkomst worden teruggevorderd, ongeacht wie door te presteren of de betaling te aanvaarden onzedelijk handelde (HR 4 mei 1923, *NJ* 1923, p. 920; HR 10 maart 1933, *NJ* 1933, p. 804, m.nt. PS. Zie Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 20; Van Oven 1933, p. 428; Van Kooten 2002.

83 Bregstein 1927, p. 167-170; Van Oven 1933, p. 428 e.v.; Asser-Rutten 4-III (1983), pp. 19 en 20; Hofmann/Drion/Wiersma 1959, pp. 17-20. Deze laatste twee auteurs, maar vooral ook Hamaker (1971, p. 42) dragen het argument aan dat het anders ook 'onwaarachtig' is een schenking te veronderstellen, zoals de Romeinen deden.

84 Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 20; Asser-Rutten 4-III (1983), p. 20; Bregstein 1927, p. 169. Zie ook Hof Den Haag 25 juni 1920, *NJ* 1920, p. 1000, dat op de stelling dat 'die actie in ons proces nog niet heeft afgedaan en door deze kan worden geëischt, wat ook 'ex contractie' zou zijn te vorderen',

wanneer de overeengekomen tegenprestatie uitblijft, bestond niet zondermeer onder de vigeur van artikel 1395; aan de wettelijke vereisten van artikel 1302 en 1303 OBW voor ontbinding van de overeenkomst moest zijn voldaan.[85] Het leerstuk van de ontbinding was daarmee tot een zelfstandig leerstuk binnen het contractenrecht uitgegroeid. Ik laat het daarom in het vervolg rusten.

Slechts zijdelings werd in de literatuur de vraag behandeld of hetgeen in de precontractuele fase is gepresteerd in de hoop of verwachting dat een overeenkomst tot stand zal komen, kan worden teruggevorderd. De antwoorden zijn verschillend.[86]

Het burgerlijke wetboek bevatte kennelijk één moderne *condictio indebiti*, maar wanneer is er precies onverschuldigd betaald?[87] Het was van belang geworden om de begrippen 'betaling' en 'onverschuldigd' nauwkeurig te omlijnen. De Hoge Raad heeft zich er echter nooit duidelijk over uitgelaten.[88] In de literatuur werd wel een poging ondernomen om tot duidelijkheid te komen.

Onder betaling werd verstaan elke prestatie die tot doel had een schuld teniet te doen gaan.[89] Daarbij kon het gaan om rechtshandelingen én feitelijke handelingen.[90] Wanneer de schuld echter niet teniet kon gaan, omdat de schuld niet bestond, was de betaling onverschuldigd. Het doel dat met de prestatie was nagestreefd, kon zich immers niet verwezenlijken. De prestatie kon dan worden teruggevorderd. Dat een schuld niet bestond en dat er desondanks gepresteerd werd, kon zijn oorzaak hebben in een vergissing ten aanzien van de verschuldigdheid van een prestatie[91] of in de vernietiging of nietigheid van een verbintenis. Ook kon het zijn dat een schuld nog niet bestond. Zo kon een opschortende voorwaarde nog niet zijn vervuld of een wettelijk vereiste voor een bepaalde verbintenis ontbreken.[92] Alleen Hartkamp formuleerde een andere definitie van het begrippenpaar 'onverschuldigde betaling'. Hij betoogde dat een betaling die was gedaan

---

overwoog 'dat al heeft de (…) condictio (causa data causa non secuta) voorheen tot de mogelijk in te stellen acties behoord, en door een *toeval* achterwege bleef, deze actie, zooals die in casu is ingesteld, na de regeling der betrekkelijke materie in artt. 1302 en 1303 BW is uit den tijd en niet-ontvankelijk'; cursivering van het hof. Anders: Hof Den Haag 18 januari 1951, *NJ* 1952, 403.

85 Onder vigeur van het oude BW had de ontbinding van een overeenkomst terugwerkekende kracht. Daarom kon ná ontbinding hetgeen ter uitvoering van de overeenkomst was gepresteerd als onverschuldigd betaald worden teruggevorderd.

86 Bregstein (1927, p. 168-169) meent van wel; Hamaker (1971, p. 55-56) is van mening dat terugvordering alleen mogelijk is indien partijen zich het afsluiten van het contract als zeker hadden voorgesteld. Gezien de latere jurisprudentie van de Hoge Raad (bijv. HR 2 februari 2001, *NJ* 2001, 179) is het de vraag of dan niet reeds een overeenkomst tot stand is gekomen.

87 Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 19 en 20.

88 Vgl. Schoordijk 1970, p. 69.

89 Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 21 en p. 22; Asser-Rutten 4-III (1983), p. 22.

90 De Hoge Raad had wél bepaald dat ook feitelijke handelingen konden worden teruggevorderd; zie HR 7 november 1935, *NJ* 1936, p. 239 m.nt. EMM; HR 25 juni 1937, *NJ* 1937, p. 1128 m.nt. EMM; HR 28 maart 1940, *NJ* 1940, 681 m.nt. EMM; HR 24 april 1957, *NJ* 1957, 523; Instemmend: Asser-Rutten 4-III 1983, p. 22; Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 20-21.

91 In geval van een vergissing ten aanzien van de crediteur van een bestaande schuld gaf artikel 1397 een oplossing.

92 Vgl. HR 2 december 1949, *NJ* 1950, 265, m.nt. PhANH.

zonder dat een toereikende rechtsgrond bestond kon worden teruggevorderd. Hartkamp meende dat daarbij aansluiting moest worden gezocht bij de titel waarop een overdracht van de eigendom van een zaak beruste. Hij herdefinieerde de titel als: het rechtsfeit of de rechtsverhouding die de overgang van de eigendom rechtvaardigt.[93]

In feite hanteerden de schrijvers (met uitzondering van Hartkamp) een subjectief betalingsbegrip waarbij de bedoeling van degene die een prestatie verrichte de prestatie in verband bracht met een bepaalde schuld; degene die een prestatie verrichtte *wilde* daarbij een bepaalde schuld teniet doen gaan. Bregstein meende zelfs dat ook de ontvanger van de prestatie deze bedoeling moest hebben gehad.[94] Het betalingsbegrip van de schrijvers stond daarmee echter op gespannen voet met de gedachte dat dwaling niet vereist was. Hoe kan men immers een schuld willen aflossen, terwijl men weet dat er geen schuld is?[95] Volgens de schrijvers moest de 'moderne condictio indebiti' ook de gevallen omvatten waarbij in de oudere rechtsstelsels niet een dwalingsvereiste werd gesteld. Hun omschrijving van de onverschuldigde betaling zag echter vooral op de klassieke condictio indebiti, waarbij dwaling over de verschuldigdheid van een prestatie wél vereist was.

Een excurs: enkele ontwikkelingen in het contractenrecht

In de twintigste eeuw heeft de Hoge Raad in een groot aantal arresten enkele nietigheids- en vernietigingsgronden die het OBW kende tot verdere ontwikkeling gebracht. Ook regels voor onvoorziene omstandigheden zijn in deze periode door de Hoge Raad aanvaard. Het voert te ver om in dit artikel hier diep op in te gaan. Wat in dit verband wél van belang is, is dat de Hoge Raad de betrokken belangen van beide parijen bij een overeenkomst in het oog heeft gehouden. Wanneer een beroep wordt gedaan op een vernietigingsgrond staan verschillende belangen tegenover elkaar. De ene partij heeft er belang bij dat de overeenkomst in stand blijft; dat is tevens het algemene belang van de rechtszekerheid. De andere partij is echter teleurgesteld doordat de omstandigheden toch niet zo zijn zoals hij meende dat ze waren, of omdat de overeenkomst door een kunstgreep tot stand is gekomen. Hij doet een beroep op de vernietigingsgrond om tot een rechtvaardige uitkomst te komen. Ook deze mogelijkheid is een algemeen belang. De Hoge Raad heeft allerlei vuistregels ontwikkeld om de betrokken belangen tegen elkaar af te wegen en tot een genuanceerde uitkomst te kunnen komen.[96] Ook het leerstuk van de nietigheidsgronden is

---

93 Hartkamp 1974.

94 Bregstein 1927, p. 278; A-G Berger (in zijn conclusie vóór HR 18 april 1969, *NJ* 1969, 336 m.nt. GJS (Katwijkse haven) stemde met Bregstein in.

95 Men zie bijvoorbeeld de worsteling van Rutten (Asser-Rutten 4-III 1983, p. 22). Hij schrijft na te hebben opgemerkt dat dwaling niet is vereist: 'betalen moet (…) worden verstaan in de ruime zin welke daaraan in de art. 1417 e.v. is gehecht, namelijk het verwezenlijken van de ingevolge een – zij het vermeende - verbintenis verschuldigde prestatie'.

96 Te denken valt aan vuistregels over de verhouding van onderzoeksplichten en medelingsplichten. Het arrest Booy/Wisman (HR 21 januari 1966, *NJ* 1966, 183) is een mooi voorbeeld. De Hoge Raad had al eerder bepaald dat door in onderhandeling te treden partijen in een door de redelijkheid beheerste rechtsverhouding tot elkaar komen te staan (HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67). De redelijkheid en billijkheid brengen mee dat beide partijen elkaars gerechtvaardigde belangen zich moeten aantrekken.

in de rechtspraak op genuanceerde wijze ontwikkeld. Deze regels zijn, en daar gaat het om, allemaal ontwikkeld *binnen het contractenrecht*, en niet binnen het verrijkingsrecht in ruime zin of binnen het (engere) leerstuk van de onverschuldigde betaling. Dat paste ook bij de stand van het verrijkingsrecht, dat zich van een leerstuk met eigen regels over de afwikkeling van (teleurstellende) contracten min of meer toevallig had ontwikkeld tot een leerstuk dat slechts bepaalde dát hetgeen onverschuldigd was betaald terug moest worden gegeven. *Wanneer* onverschuldigd was betaald, werd meer en meer door het contractenrecht geregeld. Daardoor kreeg het leerstuk van de onverschuldigde betaling een tamelijk abstract karakter.

8. Het Katwijkse haven-arrest

In 1969 moest de Hoge Raad de vraag beantwoorden of een prestatie die was verricht terwijl een overeenkomst daarover nog gesloten moest worden, als een onverschuldigde betaling kon worden teruggevorderd. Men moet het arrest begrijpen tegen de achtergrond van de hierboven beschreven discussie in de literatuur wat een onverschuldigde betaling precies is. De casus van het arrest is beschreven in de inleiding.

De Hoge Raad oordeelt dat de prestatie van Westdijk niet kan worden aangemerkt als een betaling in de zin van artikel 1395, omdat hij de werkzaamheden had verricht hangende de beslissing of hem het werk zou worden gegund, zonder enige verplichting en slechts in de hoop en verwachting dat zijn offerte zou worden geaccepteerd.[97]

De Hoge Raad geeft geen motivering voor zijn oordeel dat er geen sprake was van een betaling.[98] Het is daarom moeilijk vast te stellen hoe dit oordeel zich verhoudt met de leer van de Hoge Raad dat dwaling ten aanzien van de verschuldigdheid van een prestatie niet vereist is.[99] Omdat volgens de Hoge Raad geen sprake was van een betaling, maakte het kennelijk ook niet uit of er was gedwaald ten aanzien van de verschuldigdheid van de prestatie. Wat dan wel een onverschuldigde betaling is in de opvatting van de Hoge Raad blijft onduidelijk.

De Hoge Raad beperkt zijn oordeel dat geen sprake is van een onverschuldigde betaling tot *werkzaamheden* die zijn verricht in de hoop en verwachting dat een contract

---

Daardoor mag een onderhandelende partij (doorgaans) afgaan op de mededelingen van de wederpartij. Een dwaling die te wijten is aan de wederpartij brengt voor de dwalende de bevoegdheid mee de overeenkomst te vernietigen (indien ook aan enkele andere voorwaarden is voldaan).

97 HR 18 april 1969, *NJ* 1969, 336 m.nt. G.J.S (Katwijkse haven). A-G Berger in zijn conclusie vóór het arrest meende in navolging van Bregstein (1927, p. 278) dat er geen sprake was van een betaling omdat niet ook de ontvanger de prestatie als nakoming van een schuld had aanvaard.

98 Zeer kritisch daarover is Schoordijk (1970, p. 67-68) die schrijft dat 'de argumenten (…) in wezen niet anders [zijn] dan dat alles is zoals het is.'

99 Eerder had de Hoge Raad immers in zeer algemene bewoordingen overwogen dat ook degene die 'willens en wetens onverschuldigd betaalt, bevoegd blijft van degene die de betaling ontving, het betaalde terug te vorderen'. Zie HR 25 februari 1925, *NJ* 1926, p. 362 m.nt. EMM; HR 2 december 1949, *NJ* 1950, 265. Later heeft de Hoge Raad opnieuw duidelijk gemaakt dat de dwalingseis niet wordt gesteld, zodat op grond van het Katwijkse haven-arrest niet kan worden geconcludeerd dat de dwalingeis (weer) moet worden gesteld. Zie HR 22 juni 1984, *NJ* 1984, 709.

zou worden gegund. Ik zou menen dat wèl van een betaling in de zin van artikel 1395 sprake zou zijn indien de gemeente alvast een aanbetaling had gedaan door geld over te maken aan Westdijk omdat zij hoopte dat een contract zou worden gesloten met Westdijk. De beslissing van de Hoge Raad voorkwam dat een uitspraak gedaan moest worden over de hoogte van de vergoeding voor verrichte werkzaamheden. Hierover bestond grote onduidelijkheid.[100] Bovendien waren er nauwelijks juridische middelen om te voorkomen dat iemand een prestatie als onverschuldigd betaald moest vergoeden die hem was opgedrongen.[101] De wet bood namelijk geen aanknopingspunten voor een beperking van de verplichting tot vergoeding van de waarde van de ontvangen prestatie, terwijl het leerstuk van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid nog in de kinderschoenen stond.[102] Wellicht was deze starre regeling aanleiding voor de Hoge Raad om in de casus van het arrest geen betaling aan te nemen.[103]

Al met al blijft het oordeel van de Hoge Raad op gespannen voet staan met zijn eerdere oordelen dat ook feitelijke prestaties moeten worden aangemerkt als een betaling en met zijn oordeel dat dwaling ten aanzien van de verschuldigdheid geen enkele rol speelt. In het oude recht bestonden wellicht onvoldoende mogelijkheden om tot redelijke uitkomsten te komen indien men een vergoedingsplicht zou aanvaarden voor prestaties die niet waren overeengekomen, maar voor het nieuwe recht geldt dat zeker niet.

9. Onverschuldigde betaling in het huidige BW: het betalingsbegrip

Bij de invoering van het BW in 1992 is ook de regeling van de onverschuldigde betaling op de schop genomen. In het nieuwe Burgerlijk Wetboek is de vordering uit onverschuldigde betaling geregeld in artikel 6:203.

Door sommige schrijvers wordt op grond van passages in de parlementaire geschiedenis geconcludeerd dat degene die in de precontractuele fase alvast begon met de werkzaamheden onder het nieuwe recht wél een prestatie heeft verricht die hij op grond van artikel 6:203 kan terugvorderen.[104] Enkele auteurs menen dat ook in het huidige recht een dergelijke prestatie niet kan worden teruggevorderd.[105] In het onderstaande analyseer ik de huidige regeling van de 'onverschuldigde betaling', waarbij ik ook enkele kritische kanteningen plaats bij de houdbaarheid van het (vermeende) betalingsbegrip van artikel 6:203.

---

100 Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 20-21; Hamaker 1971, p. 135-155.

101 Zo meent Vranken (in zijn noot onder HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 700) dat er geen sprake was van een onverschuldigde betaling in de zin van art. 1395 omdat Westdijk de gemeente Katwijk een prestatie opdrong. Met Schoordijk (1970, p. 69) ben ik van mening dat hier geen sprake is van een opgedrongen prestatie. In ieder geval werd de gemeente niet een ongewenst bestedingspatroon opgedrongen. De haven zou sowieso moeten worden uitgediept.

102 De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid was slechts twee jaren vóór de uitspraak van de Hoge Raad in de onderhavige zaak aanvaard in HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 (Saladin/HBU).

103 Schoordijk 1969, p. 61

104 Scheltema 1997, p. 30-31; Schoordijk 1999a, p. 5; Asser-Hartkamp 4-III 2006, nr. 321.

105 Nieskens-Isphording 1999, p. 239; Vriesendorp 2004, nr. 292 noot 4.

'Betaling' in de zin van artikel 6:203 moet worden opgevat als: 'een door de een tot een bepaalde andere persoon gerichte handeling'.[106] In het nieuwe recht is daarbij niet van belang 'wat *degenen* die de betaling verrichtten of ontvingen daarmee *wilden* of *beoogden'*.[107]

Deze passage in de parlementaire geschiedenis is een reactie op een opstel van Schoordijk,[108] die in de ontwerpregeling van de onverschuldigde betaling het vereiste meende te ontwaren dat de presterende partij én de ontvangende partij zich bewust moeten zijn van de prestatie en haar moeten willen. Schoordijk wierp tegen dit (vermeende) vereiste grote bezwaren op. In de Memorie van Antwoord wordt afstand genomen van deze lezing van het ontwerp. Er wordt opgemerkt dat 'het er om gaat of hetgeen in concreto is gebeurd, naar zijn objectieve strekking als een prestatie aangemerkt kan worden'[109] Uit de voorbeelden die in de parlementaire geschiedenis worden genoemd, blijkt dat dit ruim moet worden opgevat.[110] Zo wordt als voorbeeld gegeven het geval dat iemand 'zonder rechtsgrond luchtvervoer geniet' of dat het verkeerde huis wordt geschilderd. [111] De passagier en degene wiens huis is geschilderd hebben allebei een prestatie in ontvangst genomen. Volgens de MvA II kan men daarom niet concluderen 'dat steeds bewustzijn van de vermogensovergang aan de zijde *van zowel* de ontvanger *als* de presterende vereist is'.[112]

De opvatting dat de prestatie ook bewust in ontvangst moet worden genomen wordt terecht verworpen. Een bijschrijving op een girorekening van de begunstigde wordt doorgaans niet bewust in ontvangst genomen. De vordering op de bank die de begunstigde verkrijgt, ontstaat ongeacht of de begunstigde daarvan op de hoogte is. Toch zal niemand ontkennen dat de girale betaling een prestatie is, die onverschuldigd kan zijn verricht en die teruggevorderd moet kunnen worden.

In de literatuur is, met verwijzing naar de hier besproken passages uit de parlementaire geschiedenis, door verschillende schrijvers geconcludeerd dat ook onbewust verrichte prestaties teruggevorderd kunnen worden.[113] Een luchtvaartmaatschappij zou haar prestatie ook van een *verstekeling* kunnen terugvorderen. Het is echter de vraag of dit een juiste lezing van de memorie van antwoord is. In de parlementaire geschiedenis wordt naar mijn mening niet van een verstekeling gesproken. Ook wordt er naar mijn mening niet opgemerkt dat degene die de prestatie verricht zich niet bewust van hoeft te zijn dat hij een prestatie verricht. Verder wordt volgens mij niet opgemerkt dat zijn bedoeling geen rol speelt. Het enige wat wordt opgemerkt is dat niet de presterende én de ontvangende partij het erover eens moeten zijn dat er sprake is van een prestatie.

---

106 PG Boek 6, p. 805.
107 PG Boek 6, p. 804. In de MvA II ontbreekt de cursivering.
108 Schoordijk 1969.
109 PG Boek 6, p. 804.
110 Vgl. PG Boek 6, p. 804.
111 TM, PG Boek 6, p. 818. In de MvA II (PG Boek 6, p. 803) wordt dit voorbeeld herhaald.
112 PG Boek 6, p. 804. Cursivering van mij.
113 Bijv. Van Kooten 2002, p. 29; Bartels 2004, p. 139; Verhagen 2004, p. 141-142.

De vraag dringt zich op of de wil of bedoeling van degene die een prestatie verricht dan toch een rol speelt. Wanneer men een prestatie opvat als een tot een andere persoon *gerichte* handeling, lijkt men vaak niet om de bedoeling van degene die de prestatie verricht heen te kunnen.[114] De volgende voorbeelden tonen dit naar mijn mening aan.

> Om te beginnen een variatie op het thema 'het schilderen van een huis', dat in de parlementaire geschiedenis wordt genoemd. A heeft een bedrijf dat autolak spuit. B, die de auto heeft gehuurd van C, brengt de beschadigde auto bij A. Op grond van een vernietigbare of nietige overeenkomst spuit A de auto. Aan wie heeft hij nu gepresteerd, B of eigenaar C? Maakt het daarbij uit dat A op de hoogte is van het feit dat de auto niet van B maar van C is?

Nu zou men kunnen tegenwerpen dat het in dit voorbeeld gaat om een driepartijenverhouding. Maar een tweede voorbeeld waarin slechts twee partijen figureren maakt volgens mij duidelijk dat men ook in tweepartijenverhoudingen niet zonder de wil kan van degene die heeft gepresteerd.

> A is verhuurder van kantoorruimte, die zijn eigendom is. Alleen vanwege een verzoek van (de al dan niet potentiële) huurder B brengt A kostbare veranderingen, zoals schilderwerk, in het gebouw aan. Heeft A gepresteerd jegens B?

Op zijn minst suggereren deze voorbeelden naar mijn mening dat de bedoeling van de presterende partij weldegelijk van belang is om van een bepaalde verrichting te kunnen zeggen dat zij is gericht tot een ander. In beide gevallen zou ik een prestatie willen aannemen jegens de (potentiële of vermeende) contractspartij omdat uit de kenbare bedoeling van de presterende partij blijkt dat deze persoon als de ontvanger van de prestatie heeft te gelden.[115] Men zou in het tweede voorbeeld geen prestatie kunnen aannemen indien men onverkort zou vasthouden aan een prestatiebegrip waarbij de bedoeling van degene die de prestatie verricht geen rol speelt. Op deze plaats voert het te ver om een dogmatisch-consistent en praktisch hanteerbaar betalingsbegrip te ontwikkelen omdat ingewikkelde meerpartijenverhoudingen daarbij zeer nauwkeurig moeten worden geanalyseerd. Toch denk ik dat gesteld kan worden dat het verrichten van werkzaamheden

---

114 Vgl. ook Scheltema 2004.

115 Daarmee betoog ik echter niet dat een prestatie een doelgerichte vermeerdering van vreemd vermogen is, zoals in Duitsland door de schrijvers en het BGH wordt geleerd en voor Nederlands recht door Scheltema (1997) is verdedigd. Duits recht onderscheidt tussen een *Zuwendung* en de *Leistung*. De *Zuwendung* is een objectieve prestatie, de *Leistung* is doelgericht. Aan de hand van de bedoeling van de presterende partij moet worden bepaald van wie de *Leistung* kan worden teruggevorderd. De ontvanger van de *Leistung* kan een andere persoon zijn dan de ontvanger van een *Zuwendung*. Voor Nederlands recht lijkt te gelden dat de wil en bedoeling van de presterende partij in twijfelgevallen doorslaggevend is voor het antwoord op de vraag óf en aan wie een objectieve prestatie is verricht. De Hoge Raad lijkt ook van mening te zijn dat de bedoeling van de presterende partij bepalend is of en aan wie de vermogensverschuiving lijkt te zijn toegekomen; Zie HR 10 oktober 2003, *JOR* 2003, 290 (ING/Van Horssen q.q.) en HR 19 november 2004, *JOR* 2005, 19 (ING/ Gunning q.q.). Ik kom daar op een andere plaats nog op terug. Zie over het arrest ING/Van Horssen q.q. uitvoerig Scheltema 2004 en Bartels 2004, p. 141-142.

in de precontractuele fase een in beginsel prestatie, dat wil zeggen een betaling in de zin van artikel 6:203, is. Volgens mij maakt het voor de problematiek van de precontractuele verrichtingen niet uit of een betalingsbegrip moet worden gehanteerd waarbij vereist is dat met een bepaalde handeling een doel wordt nagestreefd,[116] of dat een meer objectief betalingsbegrip moet worden gehanteerd waarbij de bedoeling van de presterende partij geen enkele rol speelt. In beide gevallen past het niet om de verrichtingen principieel niet als een betaling in de zin van 6:203 aan te merken op de enkele grond dat deze werkzaamheden zijn verricht in de hoop en verwachting dat een overeenkomst tot stand zou komen. Wel zou men over *een bepaalde* verrichting kunnen oordelen dat zij geen prestatie is. Zo lijkt mij dat berekeningen die een aannemer maakt voor een aanbesteding *geen* prestatie in de zin van artikel 6:203 vormen. Het zelfde geldt voor bestektekeningen en dergelijke.[117] Al deze werkzaamheden worden door de aannemer in het kader van een normale bedrijfsvoering *voor eigen gebruik* verricht. De werkzaamheden zijn dan ook niet 'door de een (aannemer) tot een bepaalde andere persoon gericht'. Gaat de aannemer daarentegen een stapje verder en begint hij alvast met het bouwrijp maken van de grond, dan is er naar mijn mening weldegelijk sprake van een prestatie die is gericht tot een bepaalde andere persoon. Een andere vraag, die ik hieronder behandel, is of deze prestatie al dan niet zonder rechtsgrond is verricht.

Dit alles neemt niet weg dat de aannemer onder omstandigheden een vergoeding van zijn *kosten* kan krijgen op grond van de door de Hoge Raad ontwikkelde Plas/Valburg-doctrine. In enkele arresten heeft de Hoge Raad bepaald dat partijen die met elkaar onderhandelingen voeren in principe deze onderhandelingen mogen afbreken, tenzij dit jegens de andere partij onaanvaardbaar is.[118]

---

116 Zoals bijvoorbeeld in het Duitse recht. In het Duitse recht wordt een handeling die is verricht in de hoop en verwachting dat een contract zal worden gesloten of een andere gebeurtenis zich voor zal doen opgevat als een betaling in de zin van § 812.

117 Vgl. Van den Berg 1991, p. 18-19; Bollen 2004, p. 860**.** Over berekeningen die zijn verricht op verzoek van de aanbesteder kan men twijfelen. In het Engelse recht worden deze (soms) als prestaties (enrichments) aangemerkt; zie bijv. *Wiliam (Hounslow) Ltd* v. *Davis* [1957] 1 WLR. 932 en over deze vraag Goff & Jones 2002, nr. 26-008. Barry J. meende in de genoemde zaak dat omdat er sprake was van een verzoek de ontvanger de berekeningen waardeerde en daarom een vergoeding moest betalen. Een zelfde argument lijkt mij ook de conclusie te rechtvaardigen dat er naar Nederlands recht sprake is van een prestatie. Ook dan spelen de bedoeling van partijen toch weer een rol. Of deze prestatie vergoed moet worden, is een andere vraag.

118 Uit recente rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat niet snel aangenomen zal mogen worden dat het afbreken onaanvaardbaar is. Zie HR 12 augustus, *NJ* 2005, 467, en zie ook Bollen 2004. Bollen baseert een eventuele kostenvergoeding op hetgeen redelijkheid en bilijkheid mee brengen (6:2) en op artikel 6:212 BW. Wanneer echter in zijn een visie sprake zal zijn van een ongerechtvaardigde verrijking, zal men n.m.m. doorgaans ook van een betaling zonder rechtsgrond kunnen spreken. Ik laat het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking en het verband met de onverschuldigde betaling thans rusten.

10. Onverschuldigde betaling in het huidige BW: zonder rechtsgrond

Enkele opmerkingen over het rechtsgrond begrip

De volgende vraag die beantwoord moet worden is of de prestatie wel zonder rechtsgrond is verricht. Volgens artikel 6:203 gaat het erom of een betaling *zonder rechtsgrond* heeft plaatsgevonden. Het artikel is daarmee ruimer geformuleerd dan artikel 1395 OBW; met deze bewoordingen omvat het artikel zoals blijkt uit de parlementaire geschiedenis ook andere gevallen dan de klassieke condictio indebiti.[119] Het vereiste dat degene die presteerde daarbij dwaalde over de verschuldigdheid van zijn prestatie wordt daarom niet gesteld.[120]

Een betaling heeft 'zonder rechtsgrond' plaatsgevonden indien er niet een causa, een feit dat de prestatie rechtvaardigt, aanwezig is.

Het criterium blinkt in zichzelf niet uit in duidelijkheid.[121] Want wanneer ontbreekt de rechtsgrond? De jurist ziet zich genoodzaakt een lijst op te stellen van gevallen waarin de rechtsgrond (doorgaans) ontbreekt.[122] Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om hier een dergelijke opsomming te geven. Ik volsta met enkele opmerkingen over het begrip 'rechtsgrond' van artikel 6:203.

In de Parlementaire Geschiedenis wordt gesproken van 'een causa, een feit dat het *geven* rechtvaardigt'.[123] Ook art. 6:203 spreekt van 'zonder rechtsgrond een goed heeft gegeven'. Het lijkt daarmee volgens de parlementaire geschiedenis te gaan om het perspectief van degene die de prestatie verricht. Hij verricht dus een prestatie, zonder dat hij daar een goede reden voor heeft. Dat hij geen goede reden had, blijkt vaak achteraf; de verbintenis die degene die presteert tot nakoming verplichtte, blijkt niet te hebben bestaan. Anders gezegd, hij kan *niet* terugvorderen wanneer hij met de prestatie een bedoeling heeft gehad die wordt verwezenlijkt, bijvoorbeeld het nakomen van een verbintenis. Deze benadering is uiteraard noodzakelijk. Onderaannemer A die een prestatie verricht op grond van een geldige overeenkomst met hoofdaannemer B moet noch van B, noch van opdrachtgever C kunnen terugvorderen indien de overeenkomst tussen B en C nietig is. De zaak is immers afgehandeld tussen A en B, terwijl B en C hun eigen zaken moeten regelen. A heeft daar niets mee te maken.

Het perspectief van de ontvanger is echter net zo goed van belang. Het voorbeeld van de afgekorte betaling maakt dit duidelijk. A meent schuldenaar te zijn van een niet bestaande schuld aan B. B heeft een even grote schuld aan C. Wanneer A op B's verzoek een bedrag aan C heeft overgemaakt, heeft A vanuit zijn perspectief onverschuldigd

---

119 Niettemin worden de overige gevallen bij wijze van fictie gelijkgesteld met de condictio indebiti; degene die zonder rechtsgrond een goed heeft gegeven, is gerechtigd dit van de ontvanger *als onverschuldigd betaald* terug te vorderen. Zie daarover Asser-Hartkamp 4-III 2006, nr. 322 en Verhagen 2004, p. 137.

120 PG Boek 6, p. 806.

121 Zie ook Hamaker 1971, p. 65 e.v.

122 Zie Asser-Hartkamp 4-III 2006, nr. 322-330a voor een korte schets van gevallen waarin (doorgaans) sprake zal zijn van een prestatie zonder rechtsgrond.

123 PG Boek 6, p. 805. Cursivering van mij.

betaald. C wordt echter beschermd en A kan in bijna geen enkel geval van C terugvorderen.[124]

Wanneer men voor het antwoord op de vraag of een causa aanwezig is uitsluitend het perspectief van degene die presteert centraal stelt, komt bovendien het –vermeende- prestatiebegrip waarbij de bedoeling of het bewustzijn waarmee een prestatie wordt verricht niet van belang zou zijn op gespannen voet te staan met het rechtsgrondbegrip.[125] Het prestatiebegrip loopt dan niet helemaal in de pas met het rechtsgrondbegrip dat een bedoeling met of bewustzijn van de prestatie lijkt te veronderstellen.

Bij een objectief betalingsbegrip lijkt het daarom logisch om het rechtsgrond-begrip tevens op te vatten als 'het feit dat het *behouden* van de prestatie rechtvaardigt'. Het gaat dan ook om het perspectief van de ontvanger. Er moet dus een feit ontbreken dat het verrichten van de prestatie door presterende partij rechtvaardigt, maar bovendien moet een feit ontbreken dat rechtvaardigt dat de ontvanger de prestatie behoudt. Wanneer men het rechtsgrondbegrip van artikel 6:203 op deze wijze opvat is de vordering uit onverschuldigde betaling gebaseerd op het beginsel dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd wordt verrijkt (art. 6:212).

Voor tweepartijenverhoudingen, die in dit artikel centraal staan, maakt een benadering waarbij beide perspectieven van belang zijn, in uitkomst eigenlijk niet zo veel uit. Blijken zal dat tweepartijenverhoudingen waarin een vordering uit onverschuldigde betaling slaagt, gevallen zijn waarin de ontvanger van de prestatie geen recht heeft om de prestatie te behouden. Dat is ook logisch, omdat vaak in het contractenrecht voor tweepartijenverhoudingen een afweging is gemaakt. Dat geldt met name voor gevallen waarin de vraag zich voordoet of een overeenkomst nietig is of kan worden vernietigd. Het is dan van tweeën één; óf de presterende partij mag terugvorderen en de ontvanger heeft geen recht om te behouden, óf de ontvanger heeft een recht om te behouden en de presterende partij kan niet terugvorderen. In feite wordt bij de vraag of een overeenkomst nietig of vernietigbaar is de vraag meegenomen of moet worden teruggegeven.[126] Alleen wanneer er nooit een overeenkomst (of andere verbintenis) is geweest of ontstaan moet de regeling van 6:203 zelf wel een antwoord geven op de vraag of een prestatie zonder rechtsgrond is.

Desondanks kan deze benadering waarin beide perspectieven worden meegewogen (vooral in meerpartijenverhoudigen) wel het een en ander verduidelijken. Bovendien is de

---

124 Zie met name Bartels 2004 voor enkele mogelijke beschermingsconstructies. De enige gevallen waarin n.m.m. een vordering uit onverschuldigde betaling kan slagen is wanneer er ook sprake is van een gebrek in de rechtsverhouding BC (een dubbel manco) of wanneer C te kwader trouw is, vgl. ook Schoordijk 1999, p. 189. In dit opstel wil ik echter niet verder ingaan op meerpartijenverhoudingen. Ik kom daar op een andere plek uitvoerig op terug.

125 Uiteraard kan men redeneren dat de rechtsgrond ontbreekt wanneer 1. er überhaupt geen bedoeling was bij het verrichten van de (dan doorgaans onbewuste) prestatie én 2. wanneer een relevante bedoeling of reden zich niet heeft verwezenlijkt. In het laatste geval zal het echter toch moeten gaan om een prestatie die is verricht met een (relevante en dus ook kenbare) bedoeling.

126 Sieburgh 2004, p. 42 e.v.

invulling van het rechtsgrond-begrip van belang wanneer men de vraag moet beantwoorden of een rechtsgrond aanwezig is voor een prestatie die is verricht in de hoop en verwachting dat een overeenkomst tot stand zal komen. Het is daarom toch nuttig om enkele voorbeelden die in de parlementaire geschiedenis worden genoemd nader te bekijken.

Enkele voorbeelden

Een verstekeling die op de luchthaven wordt aangehouden en later tot betaling wordt aangesproken kan zich er niet op beroepen dat hij een recht heeft om de (waarde van de) prestatie, de gratis vlucht, te behouden. Daarentegen kan de luchtvaartmaatschappij alleen aanvoeren dat hij geen verplichting had om de verstekeling te vervoeren. Maar ook wanneer een verplichting ontbreekt, kan er weldegelijk een rechtvaardiging voor (het behoud van) de prestatie zijn.

Een schenking van hand tot hand geschiedt zonder dat de schenker daartoe verplicht is. Hij overhandigt de zaak of het geld en deelt zijn bedoeling mee, hetgeen door de ontvanger dankbaar wordt aanvaard. De schenking was onverplicht, maar toch is zijn prestatie niet zonder rechtsgrond; de schenkingsovereenkomst is een voldoende rechtvaardiging voor het behoud ervan.[127]

Een ander voorbeeld van een geval waarin niet teruggevorderd kan worden hoewel er onverschuldigd is gepresteerd, is het geval waarin een overeenkomst wordt gesloten waarin de afspraak wordt vast gelegd dat *als* ik een zaak geef aan u, ik een recht verkrijg op een tegenprestatie: *do ut des*.[128] Ook dit voorbeeld laat zien dat het tevens gaat om een feit dat het behouden van de prestatie rechtvaardigt. Het gaat niet alleen om mijn wil om een tegenprestatie te krijgen. De overeenkomst waarin de afspraak is vastgelegd rechtvaardigt voor u het behoud van de prestatie. Zónder overeenkomst kan ik wel terugvorderen als u niet presteert; een schenking van hand tot hand zal in elk geval niet zomaar mogen worden aangenomen.

Over het algemeen zal een verbintenis die de schuldenaar tot de prestatie verplicht en aan de schuldeiser ook een recht geeft een voldoende rechtvaardiging vormen voor (het behoud van) deze prestatie.[129] Een rechtsgrond is dan dus aanwezig. [130]

---

127 PG Boek 6, p. 805.

128 PG Boek 6, p. 805.

129 In de TM (PG Boek 6, p. 805) wordt opgemerkt dat een rechtsgrond ontbreekt, indien de verbintenis niet (meer) bestaat.

130 In de literatuur is door sommigen (m.n. Hartkamp 1974 en 2004) opgemerkt dat het wenselijk is dat het rechtsgrond- en betalingsbegrip uit het verbintenissenrecht parallel lopen aan titel- en leveringsbegrip uit het goederenrecht (vgl. art. 3:84). Dit argument kan in ieder geval niet rechtvaardigen dat het rechtsgrondbegrip van artikel 6:203 uitsluitend wordt gedefinieerd als het feit dat het *geven* rechtvaardigt. De titel wordt doorgaans gedefinieerd als 'het rechtsfeit (of de rechtsverhouding) dat de eigendomsovergang rechtvaardigt'. Ik merk op dat de term 'overgang' in deze zin een rechts*gevolg* is. Een prestatie, een geven, is daarentegen een rechtsfeit dat de *oorzaak* is van een rechtsgevolg (nl. het teniet gaan van een verbintenis doordat deze wordt nagekomen, of juist het ontstaan van een verbintenis doordat zonder rechtsgrond is betaald). De begrippen lopen derhalve niet parallel.

We kunnen dus concluderen dat het ontbreken van een rechtsgrond voor het *verrichten* van de prestatie wel een noodzakelijke voorwaarde voor het slagen van de vordering uit onverschuldigde betaling is, maar niet een voldoende. Een rechtsgrond die het behouden van de prestatie rechtvaardigt moet ook ontbreken.[131]

11. Het arrest Breezand/Veere en enkele vragen die dit arrest oproept

Het arrest Breezand/Veere

In dit verband kan het arrest Breezand/Veere niet onvermeld blijven.[132] In een overeenkomst tussen de gemeente Veere en ondernemer Breezand bedong de gemeente van Breezand een vergoeding voor haar medewerking om een bestemmingsplan aan te passen. Dit was in strijd was met de gemeentelijke verordening. Nadat Breezand de vergoeding had betaald en de gemeente haar medewerking had verleend, vorderde Breezand met succes hetgeen zij had betaald terug. De overeenkomst, die kennelijk bleef bestaan, vormt volgens de Hoge Raad niet een voldoende rechtvaardiging voor het *verrichten* van de prestatie door Breezand. De gemeente had haar aanspraken immers ook niet geldend kunnen maken.[133]

Met dit arrest wordt het rechtsgrond-begrip naar mijn mening onnodig diffuus. Sinds de invoering van het OBW heeft de afweging of een prestatie, die ter uitvoering van een contract wordt verricht, zonder rechtsgrond wordt behouden een plaats gekregen binnen het contractenrecht.[134] Een dergelijke afweging vindt plaats wanneer de rechter oordeelt over de (partiële) nietigheid of vernietigbaarheid van een overeenkomst. Daarbij kunnen alle betrokken belangen worden meegewogen. Deze weg had naar mijn mening ook gevolgd dienen te worden in dit geval.[135] Men kan zich immers afvragen wat het vermogensrechtelijke nut van (een deel van) de overeenkomst is wanneer de gemeente haar aanspraken niet te gelde kan maken en wanneer zij de prestatie moet teruggeven als zij die prestatie desondanks heeft verkregen.[136]

---

131 Ik ben van mening dat de *verbintenisrechtelijke* benadering van de afgekorte betaling er veel eenvoudiger op wordt door voor de vraag of een rechtsgrond ontbreekt als rechtsgrond tevens te zien de rechtsverhouding BC die C het recht geeft om de prestatie te behouden. Het op een andere plaats hoop ik daar nader op in te gaan.

132 HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 580 (Breezand/Veere). Zie uitvoerig over dit arrest Bartels 2004, p. 78 e.v.;Verhagen 2004, p. 136 e.v. ; Sieburgh 2004, p. 42 e.v. Hijma 2002, p. 73.

133 In r.o. 4.3 van het arrest spreekt de Hoge Raad van een onverschuldigde betaling. Uit de eerste regel van de rechtsoverweging blijkt volgens mij echter dat de Hoge Raad de fictie van art. 6:203 overneemt. Als zonder rechtsgrond is gepresteerd is er als het ware onverschuldigd betaald.

134 Men zou voor het nieuwe recht een uitzondering moeten zien in art. 6:211.

135 A-G Hartkamp in zijn conclusie vóór het arrest, Hijma (2002, p. 74) en Sieburgh (2004, p. 43) menen dat de overeenkomst nietig was.

136 Kritisch over dit arrest ook NJ-commentator Hijma, die spreekt van het betreden van 'terra nova', waardoor veel onduidelijkheid ontstaat. Men zou ook kunnen spreken van een stap terug naar een systeem waarin de regels van het (ruime) verrijkingsrecht bepalend zijn voor het antwoord op de vraag wanneer teruggevorderd kan worden. Sieburgh (2002, p. 42) bespreekt uitvoerig de vraag óf de overeenkomst nietig was en waarom dat – gezien de betrokken publiekrechtelijke regelingen en het algemene belang - een wenselijke uitkomst is. Terecht merkt zij daarbij op dat daarbij in het oog moet worden gehouden dat de uitkomst van de vraag of de overeenkomst nietig is met zich brengt dat de

Prestaties verricht ter uitvoering van een geldige overeenkomst

De vraag is hoe flexibel het rechtsgrond begrip is zoals de Hoge Raad het definieert en hanteert. Valt de oude condictio ob rem onder de moderne condictio sine causa?[137] Eerder zagen wij dat in het Romeinse en Rooms-Hollandse recht prestaties konden worden teruggevorderd die waren verricht met de bedoeling een tegenprestatie te verkrijgen. Ook konden prestaties worden teruggevorderd die waren verricht in de verwachting dat een bepaalde gebeurtenis zich zou voordoen.

Ik ben van mening dat wanneer is gepresteerd *op grond van een geldige overeenkomst* naar huidig Nederlands privaatrecht de prestatie in beginsel niet kan worden teruggevorderd. In het klassieke Romeinse recht was het contractenrecht slechts rudimentair ontwikkeld. Wanneer werd gepresteerd om daarmee een geldig contract tot stand te laten komen, kon geen nakoming of ontbinding worden gevorderd indien de tegenprestatie niet werd verkregen. In het Justiniaanse recht bleef de condictio ob rem bestaan, hoewel nakoming met de *actio praescriptis verbis* kon worden gevorderd. Daarnaast bestond de mogelijkheid om de eigen prestatie terug te vorderen. In het Rooms-Hollandse recht ontwikkelde de condictio ob rem zich daardoor tot een vordering tot ongedaanmaking van de verrichte prestatie in gevallen waarin tegenwoordig een overeenkomst kan worden ontbonden.

In het hedendaagse contractenrecht is voorzien in een regeling waarmee de overeenkomst onder omstandigheden kan worden vernietigd wegens dwaling (art. 6:228 lid 1). Vernietiging wegens dwaling over een toekomstige omstandigheid heeft de wetgever heel bewust niet mogelijk gemaakt (art. 6:228 lid 2). Hebben partijen het uitblijven van een bepaalde omstandigheid niet voorzien, dan kan de rechter de overeenkomst wijzigen (art. 6:258).[138] Het contractenrecht zou op onaanvaardbare wijze worden doorkruist indien buiten de leerstukken van de ontbinding, de vernietiging en de wijziging van overeenkomsten zou worden aangenomen dat een prestatie kan worden teruggevorderd omdat zij zonder rechtsgrond is verricht, hoewel het contract geldig was.

De oplossing die de Hoge Raad in het arrest Breezand/Veere bereikte moet naar mijn mening een uitzondering blijven. De rechtszekerheid is niet gediend met de mogelijkheid van terugvordering van prestaties die zijn verricht op basis van geldige contracten. Het arrest kan niet worden losgezien van de publiekrechtelijke context van de casus.[139]

---

prestaties als onverschuldigd betaald kunnen worden teruggevorderd. Of de overeenkomst nietig was is een belangwekkende vraag moet hier echter blijven rusten. Waar het mij om gaat is dat de vraag of terugvordering mogelijk is aan de hand van regels van overeenkomstenrecht en meer specifiek in het kader van art. 3:40 moet worden beantwoord (zoals Sieburgh doet). Het leerstuk van de onverschuldigde betaling is een abstract leerstuk, dat alleen een rol heeft wanneer de overeenkomst (gedeeltelijk) nietig moet worden geacht.

137 In de middeleeuwen zag men de condictio ob rem als een species van de *condictio sine causa*.

138 PG Boek 6, p. 806.

139 Uitvoerig daarover Sieburgh 2002, p. 42. Ook het Duitse en Engelse recht kennen regels over onverschuldigde betaling in publiekrechtelijke zaken die afwijken van de regels uit het algemene leerstuk. Zie uitvoeriger: Krebs 2001, p. 190-198.

Niettemin lag een oplossing binnen het leerstuk van de nietigheden naar mijn mening meer voor de hand.

Wanneer iemand een prestatie met een bepaalde bedoeling verricht terwijl hij over deze prestatie een overeenkomst heeft gesloten met zijn wederpartij, zal hij een ontbindende of een opschortende voorwaarde moeten bedingen als hij zijn prestatie terug wil kunnen vorderen.[140] Wanneer hij dit echter niet doet, zijn zijn motieven in beginsel rechtens niet relevant. Uiteraard kan een voorwaarde stilzwijgend worden overeengekomen. Zo nam het Hof Den Bosch niet lang geleden aan dat een bruidschat onder opschortende voorwaarde was geschonken.[141]

Prestaties in de precontractuele fase

Naar mijn mening ontbreekt wél de rechtsgrond voor een prestatie die is verricht in de precontractuele fase wanneer blijkt dat de overeenkomst niet tot stand komt. Partijen komen door het voeren van onderhandelingen tot elkaar te staan in een rechtsverhouding die door de redelijkheid en de billijkheid wordt beheerst.[142] Deze rechtsverhouding rechtvaardigt naar mijn mening het behoud van de prestatie echter niet.

Indien tijdens de precontractuele fase een voorschot wordt betaald, zal niemand aarzelen om dit voorschot als onverschuldigd of zonder rechtsgrond te zien.[143] Bij het verrichten van een andere prestatie dient dan het zelfde te gelden. De systematiek van de artikelen 6:203 en 6:210 brengt mee dat voor prestaties die naar hun aard niet ongedaan gemaakt kunnen worden een vergoedingsplicht ontstaat *voor zo ver dat redelijk is*.[144] Met andere woorden, het feit dat een prestatie naar haar aard niet ongedaan kan worden gemaakt en in beginsel tot een vergoedingsplicht leidt, mag geen rol spelen bij de beantwoording van de vraag of een prestatie zonder rechtsgrond is verricht (art. 6:203). Dit gegeven dient in overeenstemming met de wetsystematiek bij de *omvang* van de vergoedingsplicht te worden meegewogen (art. 6:210). Neemt men aan dat een voorbarige aanbetaling in geld kan worden teruggevorderd omdat een overeenkomst niet tot stand komt, dan moet men ook aannemen dat het argument dat de presterende partij een risico nam alleen een rol speelt in het kader van artikel 6:210.[145] De tournure ‘voor zo ver dat redelijk is’ in artikel 6:210 geeft mogelijkheden tot nuanceringen. Zo zal een rol kunnen

---

140 Voor het oude recht Hamaker 1971, p. 63.

141 Te kennen uit HR 13 juli 2001, *NJ* 2001, 506.

142 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 (Baris/ Riezenkamp). HR 15 februari 1991, *NJ* 1991, 493.

143 Iets anders is dat het betalen van een voorschot of het doen van een aanbetaling erop kan duiden dat de overeenkomst juist wel reeds tot stand is gekomen.

144 Volledigheidshalve zij vermeld dat in de parlementaire geschiedenis *niet* is ingegaan op gevallen zoals dat uit het Katwijkse haven-arrest.

145 Een uitzondering vormt art. 7:7. Daarin bepaalt de wet dat de ontvanger van een toegezonden zaak haar om niet mag behouden indien de zaak is verzonden om de ontvanger tot het sluiten van een koopovereenkomst te bewegen. De bedoeling van degene die een zaak toezendt is niet principieel anders dan de bedoeling van degene die alvast begint met het bouwrijp maken van de grond. Hier vormt de *wet* een rechtvaardiging voor het *behouden* van de prestatie (en waarschijnlijk ook voor de overgang van de eigendom).

aan wie te wijten is dat er zonder rechtsgrond is gepresteerd. Van belang is bijvoorbeeld of de prestatie zonder rechtsgrond is verricht vanwege een vergissing aan de kant van de presterende partij. In de parlementaire geschiedenis wordt opgemerkt dat de tournure voorkomt dat opgedrongen verrijkingen door de ontvanger moeten worden vergoed indien een dergelijke uitgave hem niet uitkomt.[146] Voor prestaties die zijn verricht in de precontractuele fase kan van belang zijn aan wie te wijten is dat de onderhandelingen zijn afgebroken.

Speelt het risicoargument van de Hoge Raad in het Katwijkse-havenarrest dan geen enkele rol? Men zou immers kunnen aanvoeren dat de presterende partij die het risico neemt dat een overeenkomst niet tot stand komt ook het risico moet dragen dat hij de overeenkomst niet kan terugvorderen als een onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking. Met andere woorden, rechtvaardigt het risico dat de presterende partij neemt het verrichten van de prestatie door de prestant en het behoud ervan door de ontvanger? Ik meen dat deze redenering onjuist is. Het risico dat een partij neemt die alvast begint met het verrichten van de prestaties waar hij van hoopt of verwacht dat hij er een contract over zal sluiten, is het risico dat hij niet de *contractuele* vergoeding zal krijgen. Het risico is níet (perse) dat hij überhaupt geen vergoeding krijgt. Er bestaat dus *niet zondermeer* een rechtvaardiging voor het verrichten en behouden van de prestatie.[147]

Zolang duidelijk is dat er geen sprake is van een bevoordelingsbedoeling, rechtvaardigt de valse hoop dat een overeenkomst tot stand komt ook niet het verrichten van de prestatie. Wanneer de ontvanger de precontractuele prestaties heeft mogen opvatten als het uitwerpen van een spierinkje om een haring te vangen kan er wel sprake van een rechtsgrond. In de volgende paragraaf kom ik daar op terug.

12. Afgrenzing van het rechtsgrondbegrip

Wanneer men een vergoeding van precontractuele prestaties principieel mogelijk acht, roept de regeling van art. 6:203 en 6:210 toch de klassieke vraag op waar de grens ligt. Wanneer is er wél een rechtsgrond voor een prestatie? Is de prestatie dan altijd zonder rechtsgrond en moet dan met behulp van de matigingsmogelijkheid van art. 6:210 een redelijke uitkomst worden bereikt als de wet geen regeling geeft of een overeenkomst ontbreekt?

De Engelse hoogleraar Birks geeft in zijn laatste boek over Engels verrijkingsrecht een voorbeeld, dat ook voor het Nederlandse recht tot van belang is.[148] Een flatbewoner stookt zijn appartement flink warm, waardoor ook het naastgelegen appartement verwarmd

146 PG Boek 6, p. 818.

147 Een dergelijke 'risicoredenering' zou neerkomen op een cirkelredenering. De prestatie zou niet zonder rechtsgrond zijn, omdat een risico is genomen. Het risico dat is genomen is dan dat niet alleen een contractuele vordering niet mogelijk zou zijn, maar ook dat de vordering uit onverschuldigde betaling onmogelijk zou zijn omdat een rechtsgrond ontbreekt.

148 Birks 2005, p. 158-160.

wordt en de bewoner daarvan zich kosten uitspaart. Kan de koukleumige flatbewoner zijn buurman uit onverschuldigde betaling aanspreken? De meeste mensen zouden zich onaangenaam verrast voelen als zij een deel van de gasrekening van hun buurman zouden moeten betalen. Ook de jurist ziet zich genoodzaakt om een ongebreidelde toepassing van het leerstuk van de onverschuldigde betaling te voorkomen. Men kan het probleem op drie manieren oplossen. De eerste mogelijkheid is dat men geen prestatie aanneemt, maar de vraag wordt dan waarom hier geen sprake is van een prestatie.[149] De tweede mogelijkheid is dat men aanneemt dat artikel 6:210 voorkomt dat de buurman moet gaan meebetalen doordat de vergoedingsplicht op nihil wordt gesteld. De meest principiële oplossing is echter te aanvaarden dat wanneer de presterende partij een bevoordelingsbedoeling heeft er sprake is van een rechtsgrond. Birks kiest voor het Engelse recht onomwonden voor deze oplossing.[150] Ook P-G Hartkamp lijkt bereid te zijn een rechtsgrond aan te nemen wanneer met een bevoordelingsbedoeling is gepresteerd.[151] Wel is vereist dat de ontvanger een dergelijke bevoordelingsbedoeling heeft mogen aannemen. Wekt degene die presteert de indruk dat hij onverschillig is ten aanzien van de verwezenlijking van een doel dat hij met de prestatie nastreeft, dan zal de ontvanger een bevoordelingsbedoeling mogen aannemen.[152] Een bevoordelingsbedoeling die gecommuniceerd wordt kan men als een eenzijdige rechtshandeling opvatten.[153] Deze benadering brengt met zich dat een ontvanger die dat wil de bevoordeling mag weigeren; het is immers geen schenkingsovereenkomst. De ontvanger mag echter ook de bevoordeling behouden. Een bevoordeling door een handelingsonbekwame kan door zijn wettelijke vertegenwoordiger worden vernietigd, zodat de handelingsonbekwame niet perse onbeschermd blijft.[154] Vooralsnog heeft de laatste oplossing volgens mij de beste papieren; een noodzakelijke, genuanceerde en principiële afbakening is dan mogelijk.

Deze oplossing sluit naar mijn mening ook goed aan bij de (internationale) onderhandelingspraktijk. Eventuele vergaande voorbereidende werkzaamheden mogen dan worden opgevat als een (riskante) investering om de ontvanger aan boord van een project te krijgen; de presterende partij heeft de bevoordeling van de ontvanger *bedoeld*. Niet in de

---

149 In het Duitse prestatiebegrip is een bevoordelingsbedoeling van de presterende partij vereist. In het Duitse recht wordt in dit geval geen prestatie (Leistung) aangenomen wanneer de ene buurman niet bewust het verwarmen van het appartement van de andere buurman heeft beoogd. Zou het verwarmen wel bewust zijn beoogd, dan is er ook een rechtsgrond omdat de bedoeling is verwezenlijkt. Een dergelijk prestatiebegrip wordt voor het Nederlandse recht doorgaans krachtig afgewezen (al heeft Scheltema (1997) zich er een voorstander van betoont). Bovendien blijft het probleem bestaan, doordat art. 6:212 (ongerechtvaardigde verrijking) nog een aanspraak kan geven.

150 Birks 2005, p. 158 e.v.

151 P-G Hartkamp in zijn conclusie voor het arrest HR 10 december 2004, ng, LJN: AR0309.

152 Een voorbeeld hiervan zou kunnen zijn de berekeningen die een aannemer op verzoek van een aanbesteder maakt. Aanbestedingsregels in een specifiek geval kunnen iets anders met zich brengen.

153 Een dergelijke mededeling kan plaatsvinden door middel van het verrichten van de prestatie. Art. 3:37 lid 1 geeft daarvoor voldoende ruimte.

154 Uiteraard kan toepassing van art. 6:210 toch nog ervoor zorgen dat de handelingsonbekwame met lege handen blijft staan.

zin dat hij uit goedgevigheid allerlei schenkingen heeft willen doen, maar wel dat hij weet dat als de onderhandelingen uiteindelijk worden afgebroken, hij heeft bedoeld dat de ontvanger de prestaties kan behouden. Het is deze bedoeling waaraan men het predikaat 'riskant' kan verbinden. Het is echter niet het risico zelf dat een rechtsgrond vormt of verklaart dat een vordering uit onverschuldigde betaling niet mogelijk is.[155] Helaas is het niet mogelijk om in abstracto aan te geven waar de grens ligt en wanneer de prestaties niet meer als bedoelde bevoordeling mogen worden opgevat. [156] Van een dienst zal waarschijnlijk sneller kunnen worden aangenomen dat zij met een bevoordelingsbedoeling is verricht dan van een aanbetaling in geld.

Soms komt het voor dat partijen aan het begin van het onderhandelingsproces een 'letter of intent' opstellen waarin de voorwaarden van het voeren van onderhandelingen worden vastgelegd. Dat gebeurt vooral bij grote projecten en in de internationale handelspraktijk. Indien de partijen een regeling hebben vastgesteld voor vergoedingen van kosten die zijn gemaakt in de precontractuele fase, zal in de regel er vanuit moeten worden gegaan dat een dergelijke afspraak met zich brengt dat prestaties die worden verricht conform deze kostenregeling moeten worden vergoed.[157]

13. Conclusie

De Romeinsrechtelijke condictio ob rem gaf in het onderontwikkelde Romeinse contractenrecht een aanspraak tot teruggave van een prestatie die was verricht in de hoop dat een bepaalde gebeurtenis zou plaats gaan vinden. Deze gebeurtenis kon het verkrijgen van een tegenprestatie zijn, maar ook het plaatsvinden van een voorgenomen huwelijk. Wanneer de verwachtingen vervolgens niet uitkwamen kon de teleurgestelde presterende partij zijn prestatie terugvorderen. Nakoming kon oorspronkelijk niet gevorderd worden, zodat terugvordering de enige mogelijkheid was. Middeleeuwse rechtsgeleerden hebben getracht de verschillende condictiones van een onderliggende theorie te voorzien. Die vonden zij in de gedachte dat wanneer de bedoeling waarmee een prestatie was verricht niet uitkwam de presterende partij zijn prestatie zonder rechtsgrond (*sine causa*) had verricht. Hij kon dan zijn prestatie terugvorderen.

---

155 In het geval van een financiële aanbetaling wordt net zo goed een risico genomen. Toch zal een bevoordelingsbedoeling niet (snel) mogen worden aangenomen. Daarom kan wel worden teruggevorderd.

156 In het Engelse recht dat voor de internationale onderhandelingspraktijk van groot belang is mogen onderhandelingen zondermeer worden afgebroken met als argument dat partijen moeten weten waar ze aan toe zijn. Toch wordt ook daar grote nadruk gelegd op het feit dat de presterende partij meer heeft gedaan dan wat normaal als een investering wordt gezien om een klant binnen te halen. Ook in het Engelse recht is het niet minder moeilijk om de grens te trekken Zie bijvoorbeeld de worsteling van Rattee J in *Regalian Properties Ltd v London Docklands Development* [1995] 1 WLR 212, waar een vergoeding werd afgewezen, terwijl wel een vergoedingsplicht bestond in *William Lacey (Hounslow) Ltd v Davis* [1957] 1 WLR 932 (QBD) en in *Craven-Ellis v Canons Ltd* [1936] 2 KB 403 (CA).

157 Zie voor een dergelijke casus uit de bouwwereld naar Engels recht: *Harvey Shopfitters Ltd v. ADI Ltd* [2003] EWCA Civ 1757, [2004] C.P. Rep. 26 (CA).

Grotius baseerde de mogelijkheid van terugvordering op de gedachte dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt. Hij stelde voorop dat de ontvanger van een prestatie een reden moest hebben om de prestatie te mogen behouden. Deze gedachte leidde de rechtswetenschap en de praktijk ertoe de algemene verrijkingsaanspraak te erkennen. Door vrij onzorgvuldige wetgeving op gebied van het verrijkingsrecht zijn alleen de *condictio indebiti* en de zaakwaarnemingsvordering opgenomen in de Franse en Nederlandse wetboeken van de negentiende eeuw. De Nederlandse literatuur worstelde daardoor met de vordering uit onverschuldigde betaling. Tamelijk onduidelijk was wat een betaling is en waneer deze onverschuldigd is. De Hoge Raad bepaalde dat dwaling over de verplichting om de prestatie te verrichten niet vereist was en ook dat prestaties die niet bestonden in het betalen van een geldsom teruggevorderd konden worden. Hij bepaalde echter ook dat prestaties (van feitelijke aard) die waren verricht in de hoop en verwachting dat een bepaalde overeenkomst tot stand zou komen geen betaling in de zin van artikel 1395 OBW waren. De reden daarvoor was waarschijnlijk dat daarmee werd voorkomen dat de ontvanger een vergoedingsplicht voor opgedrongen verrijkingen opgelegd kreeg. Onder vigeur van het OBW was met deze beslissing de condictio ob rem geheel verdwenen. Alle functies die zij onder het Rooms-Hollandse recht had vervuld, werden geheel vervuld door leerstukken binnen het contractenrecht. Wanneer een overeenkomst bestond gaven de regels over nakoming, ontbinding, opschortende en ontbindende voorwaarden een oplossing.

Het gegeven dat er maar één *condictio* was gecodificeerd zorgde ervoor dat de redelijkheid en billijkheid een belangrijke rol gespeeld hebben bij de ontwikkeling van het leerstuk van de wilsgebreken. Aan de hand van redelijkheid en billijkheid, en wel binnen het contractenrecht, worden de belangen van beide partijen meegewogen. Anders dan in het Romeinse en Rooms-Hollandse recht wordt de rechtvaardiging voor het behoud van een prestatie gevormd door het bestaan van een overeenkomst waarin het verrichten en behouden van de prestatie wordt geregeld. Alleen wanneer er nooit een overeenkomst (of andere verbintenis) is geweest of ontstaan moet de regeling van de onverschuldigde betaling zelf wel een antwoord geven op de vraag of een prestatie zonder rechtsgrond is.

In het nieuwe burgerlijk wetboek is opnieuw één vordering uit onverschuldigde betaling teruggekeerd. Daarnaast bestaat een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking. In de laatste parafen heb ik mede aan de hand van voorbeelden getracht duidelijk te maken dat artikel 6:203 op de gedachte rust dat de ontvanger van een prestatie haar niet zonder rechtsgrond mag *behouden*. Dat geldt naar mijn mening temeer als men zou aanvaarden dat de wil of bedoeling van degene die heeft gepresteerd geen of slechts een heel marginale rol zou spelen. Dat de bedoeling van de presterende partij geen enkele rol speelt wordt niet in de parlementaire geschiedenis opgemerkt en lijkt ook niet juist te zijn.

Een handeling die is verricht in de hoop en verwachting dat een overeenkomst tot stand komt is naar mijn mening in de opvatting van wat volgens de heersende leer een prestatie is een betaling in de zin van artikel 6:203. Noch in de wet, noch in een overeenkomst wordt een regeling getroffen over het behouden van deze prestatie. Zij kan

daarom worden teruggevorderd. Alleen indien de ontvanger kan hardmaken dat de prestatie met een bevoordelingsbedoeling is verricht kan hij de prestatie behouden. Daarom moet worden aangenomen dat de waarde van deze prestatie door de ontvanger moet worden vergoed indien de onderhandelingen worden afgebroken. Artikel 6:210 geeft mogelijkheid tot nuanceringen.

Stijn Damminga[158], Christ Church, Oxford, januari 2006

[158] Stijn Damminga is als junior onderzoeker verbonden aan het Onderzoekscentrum voor Onderneming en Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen. Hij doet promotieonderzoek naar de onverschuldigde en de girale betaling en de ongerechtvaardigde verrijking. De auteur dankt prof. mr. S.E. Bartels en prof. mr. H.L.E. Verhagen voor hun waardevolle commentaar op eerdere versies van dit artikel.