

REVINDICATIE EN CONDICTIE VAN GELD

Over het insolventierisico bij onverschuldigde betaling

1 *Een wonderlijke vanzelfsprekendheid*

In zijn op 25 juni jongstleden gehouden afscheidscollege wees Chris Brunner op de tijd- en plaatsgebondenheid van het vermogensrecht. De uitkomst van een belangenafweging die in het ene land of tijdvak in het voordeel van een schuldeiser uitvalt, blijkt dikwijls in een ander in diens nadeel uit te vallen. De allocatie van het risico voor verstoringen in de normale afwikkeling van rechtsbetrekkingen, het object van het privaatrecht, blijkt al naar gelang de plaats en de tijd verschillend te geschieden. Nu is deze vaststelling (die in wezen neerkomt op de constatering van de historiciteit van het recht) natuurlijk niet nieuw: Savigny heeft de juridische wereld daarvan al meer dan anderhalve eeuw geleden doordrongen, maar tijdens het aanhoren van zijn beschouwingen werd ik mij bewust van de actualiteitswaarde van een vraag die mij nu reeds geruime tijd bezighoudt. Het gaat om het volgende.

Het is in ons Nederlandse recht volstrekt vanzelfsprekend dat de crediteur van een onverschuldigd betaald geldsbedrag het risico draagt voor de insolventie van de debiteur daarvan.¹ Bij insolventie van de ontvanger is de crediteur immers gelijkgesteld aan de overige concurrente crediteuren van de ontvanger en zal daarom in de meeste gevallen zijn geld geheel of gedeeltelijk verliezen. Die vanzelfsprekendheid bevreemdt mij al enige tijd, temeer daar daarover in andere rechtssystemen geheel anders wordt gedacht. Waarom leggen wij eigenlijk dat risico bij de solvent en waarom gebeurt dat elders niet?

2 *Correctie van onverschuldigde betalingen*

Wanneer iemand een onverschuldigde betaling heeft verricht, wordt door het vermogensrecht op twee verschillende niveaus op dat rechtsfeit gereageerd: het ene is goederenrechtelijk, het andere verbintenissenrechtelijk. Vanuit een goederenrechtelijk perspectief bezien, heeft er geen geldige titel aan de betaling ten grondslag gelegen zodat die derhalve niet kan uitmonden in een vermogensverschuiving uit het vermogen van de solvent in dat van de accipient. Het causaliteitsvereiste dat wij aan de overdracht van vermogensbestanddelen stellen, staat daaraan in de weg. Vanuit een verbintenissenrechtelijk perspectief verplicht de onverschuldigde betaling de ontvanger tot restitutie van het onverschuldigd betaalde. Het goederenrecht kent de solvent de revindicatie toe, het verbintenissenrecht de vordering uit onverschuldigde betaling, de *condictio indebiti*.

1. Ik laat in het navolgende de bekende problematiek rondom de staande faillissement aan de curator gedane onverschuldigde betaling (zie daarover Hamm in *Tijdschrift voor Insolventierecht*, 1996, p. 96 e.v.) buiten beschouwing. Zie overigens hieronder noot 39.

Gaius leert ons dat de *condictio* en de *rei vindicatio* elkander naar het klassieke Romeinse recht uitsloten² en wel omdat de eiser door middel van een *condictio* iets geheel anders vorderde dan door middel van een *rei vindicatio*. Met de eerstgenoemde actie namelijk vorderde de eiser van de gedaagde dat deze hem een bepaalde zaak of een bepaalde hoeveelheid soortzaken *in eigendom* overdroeg.³ De *condictio* was daarmee een rechtsvordering die per definitie niet toekwam aan een eigenaar, want, zegt Gaius, een eigenaar kan niet vorderen dat hem de eigendom wordt verschafte van iets waarvan hij reeds de eigenaar is.⁴ De vordering uit onverschuldigde betaling veronderstelt derhalve een daadwerkelijke vermogensverschuiving tussen solvent en accipient; de revindicatie is gebaseerd op de afwezigheid daarvan. Er lijkt dus een goede grond te bestaan voor de wederzijdse onverenigbaarheid van beide rechtsvorderingen. Het opmerkelijke verschijnsel doet zich echter voor dat wij tegenwoordig van mening zijn dat de revindicatie en de vordering uit onverschuldigde betaling elkander *niet* meer noodzakelijkerwijze uitsluiten. Zo merkt, bijvoorbeeld, Hartkamp in zijn bewerking van Asser's *Handleiding* op dat degene die onverschuldigd een zaak heeft overgedragen 'veelal de keuze <zal> hebben tussen het persoonlijke terugvorderingsrecht van art. 1395 [OBW] c.q. art. [6:] 203 en de revindicatie' en wel omdat, zo constateert hij, de betaler rechthebbende blijft aangezien de voor de overdracht vereiste geldige titel ontbreekt.⁵ Wie onverschuldigd heeft betaald, beschikt dus naar de tegenwoordig gangbare voorstellingen zowel over een goederenrechtelijk rechtsmiddel (de revindicatie), als over een obligatoire rechtsvordering (de vordering uit onverschuldigde betaling). De oorzaak hiervan is enerzijds het feit dat de romeinsrechtelijke formele actiëdwang in het moderne recht ontbreekt: tegenwoordig geldt het adagium *da mihi factum, dabo tibi ius*. Anderzijds lijkt zij mij voornamelijk te zijn gelegen in het gegeven dat het moderne Franse⁶ en Nederlandse recht, anders dan het oude recht, een strikt causale eigendomsoverdracht kennen, hetgeen ten gevolge heeft dat *iedere* onverschuldigde betaling in goederenrechtelijke zin dient te worden opgevat als een overdracht die niet is gebaseerd op een geldige titel en derhalve ieder zakenrechtelijk effect ontbeert. Waarom zou dit eigenlijk ook niet gelden voor de onverschuldigde betaling van *geld*?

Het is een wonderlijk verschijnsel dat, alhoewel in het moderne betalingsverkeer geldvorderingen van enige betekenis (buiten het criminele milieu) nog slechts zelden plegen

2. Ik laat de uitzondering der zogenaamde *condictio furtiva* hier verder buiten beschouwing.

3. Zie Gaius 4,18: '(...) tegenwoordig noemen wij *condictio* de persoonlijke rechtsvordering waarmede wij eisen dat aan ons iets in eigendom behoort te worden overgedragen' (Nunc (...) conditionem dicimus actionem in personam, < qua > intendimus dari nobis oportere).

4. Gaius 4,4: '(...) het is zeker dat wij een zaak die van ons is niet als volgt kunnen opeisen: INDIEN BLIJKT DAT HIJ < dwz. de gedaagde > IN EIGENDOM BEHOORT OVER TE DRAGEN; want wat van ons is kan niet aan ons in eigendom worden overgedragen' ((...) certum est non posse nos rem nostram ab alio ita petere: SI PARET EUM DARE OPORTERE; nec enim quod nostrum est nobis dari potest).

5. Asser-Hartkamp III, 1994, n° 338.

6. Zie over de samenloop van revindicatie en actie uit onverschuldigde betaling in het moderne Franse recht Planiol/Ripert, *Traité pratique* VII, n° 736.

te worden voldaan door de overgifte van chartaal geld, maar door middel van een girale betaling, onze theorie nog steeds wordt beheerst door het Romeinse recht dat de betaling van geld opvatte als de levering (*traditio*) van een bepaalde hoeveelheid zaken, te weten van zakken gemunt geld. Nog steeds plegen de basisbeginselen die hier aan de orde zijn aan studenten te worden verhelderd aan de hand van gevallen zoals dat van D. 46,3,78:

In de boeken van Gaius staat geschreven dat wanneer andermans geld zonder medeweten of tegen de wil van de eigenaar is betaald, dat geld de eigendom blijft van degene van wie het was: indien het echter is vermengd en wel dusdanig dat het niet meer geïdentificeerd kan worden, dan wordt het de eigendom van degene die het in ontvangst heeft genomen.⁷

De revindicatie van geld is, zo wilde het de traditionele 19^e-eeuwse gemeenrechtelijke leer⁸, uitgesloten zodra dat geld door middel van een *originaire* wijze van eigendomsverkrijging (vermenging, *commixtio*) eigendom is geworden van de ontvanger.⁹ Het verdient echter te worden opgemerkt dat in een tekst als de bovenstaande niet zozeer gewicht wordt gehecht aan het leerstellige argument dat de betaalde geldsbedragen langs de weg van een originaire wijze van eigendomsverkrijging (vermenging, *commixtio*) eigendom zijn geworden van de accipient, als wel aan het feit dat de revindicatie is uitgesloten omdat het betaalde geld niet meer als zodanig *geïdentificeerd* kan worden, hetgeen niet helemaal hetzelfde is. Dit is de reden waarom de klassieke Romeinse juristen enigszins anders dachten over de mogelijkheid van revindicatie van geld dan wij tegenwoordig doen. Terwijl naar de moderne voorstellingen de vermenging met de eigen fondsen van de ontvanger het nagenoeg automatische gevolg is van een betaling, achtten de klassiek-Romeinse juristen de revindicatie van geld mogelijk zolang het betaalde bedrag nog als zodanig identificeerbaar bij de ontvanger viel aan te wijzen.¹⁰ Ik denk dat een Romeinse jurist daarom weinig moeilijkheden zal hebben gehad met een uitspraak als die van de Hoge Raad in het bekende arrest van 3 februari 1984, NJ 1984, 752: wanneer een betaling heeft plaatsgevonden op een bijzondere, geormerkte

7. (Iavolenus) Si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent eius cuius fuerunt: si mixti essent, ita ut discerni non possent, eius fieri qui accepit in libris Gaii scriptum est.

8. Zie, in plaats van anderen, Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts* I, § 189, n. 8. Zie daarbij nog Girard-Senn, *Manuel élémentaire de droit romain*, Parijs 1929, p. 352, n. 1 en Kaser, *Das römische Privatrecht I (RP)*, München 1971, 430-431.

9. De regel dat bij vermenging van geldsbedragen de bezitter daarvan (de accipient) de eigendom van het geheel verwerft, is een *uitzondering* op de romeinsrechtelijke regeling dat bij vermenging van vloeistoffen of vaste stoffen *medeïgendom* (naar rato van de 'inbreng') ontstaat. Zie D. 41,1,7,8 (Gaius). Naar de ratio van die uitzondering kan slechts worden gegist. Over het algemeen (zie Kaser, 'Das Geld im römischen Sachenrecht', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 29 (1961), p. 184 e.v., maar zie ook reeds Dernburg, *Pandekten* I, Berlijn 1894, § 210 (p. 496)) neemt men aan dat de mogelijkheid van revindicatie van (chartaal) geld zoveel mogelijk werd tegengegaan omdat die zich niet verdroeg met de bestemming van het geld als algemeen geaccepteerd ruilmiddel. Benzelfde gedachte ligt ten grondslag aan de in art. 3:86, lid 3 sub b gemaakte uitzondering op de revindicatie van gestolen zaken onder derden. Wellicht is dit ook de reden dat de onverschuldigde betaling van geldsbedragen door het Romeinse recht in goederenrechtelijke zin werd opgevat als een abstracte rechtshandeling; zie daarover aanstonds nader in de tekst.

10. Zie hierover Kaser, t.a.p., p. 169 e.v.

bankrekening, is het aldus betaalde geldsbedrag nog steeds identificeerbaar en valt de vordering tot terugbetaling daarvan buiten het faillissement van de ontvanger. Zo een geval verschilt niet van de Romeinse praktijk waarbij gemunt geld werd overgedragen in verzegelde zakken die waren voorzien van de naam van de solvent en als zodanig bij de accipient, bijvoorbeeld een bank, bewaard werden.¹¹ De aldus betaalde geldsbedragen konden in beginsel worden gerevindiceerd. Het is echter alleszins opmerkelijk dat dezelfde Romeinse juristen de mogelijkheid tot revindicatie van geld nimmer ter sprake brengen bij de onverschuldigde betaling van geldsbedragen¹²: in zulke gevallen werd slechts gedacht aan de (persoonlijke) actie uit onverschuldigde betaling (*condictio indebiti*) die, naar wij hierboven vaststelden, is gebaseerd op het feit dat door de betaling, ondanks het ontbreken van een daartoe verplichtende rechtsgrond, een daadwerkelijke vermogensverschuiving tussen solvent en accipient heeft plaatsgevonden. Waarom was dat zo?

De romanist Kaser¹³ oppert de mogelijkheid dat de betaling van geldsbedragen werd gezien als een in goederenrechtelijke zin abstracte rechtshandeling¹⁴, zodat de eigendom van onverschuldigd betaalde geldsbedragen, zelfs wanneer die nog op de hierboven geschetste wijze identificeerbaar aanwezig waren onder de ontvanger daarvan, ondanks het ontbreken van een daartoe verplichtend obligatoir rechtsfeit overging op de ontvanger.¹⁵ Of dit inderdaad de zienswijze der klassieke Romeinse juristen is geweest, weet ik niet, maar ik durf met zekerheid te stellen dat het de zienswijze is geweest van de *maior pars* der gemeenrechtelijke juristen. Voor ons recht (en het Franse en Belgische) is van belang dat met name Pothier *iedere* betaling (en in het bijzonder ook de onverschuldigde) beschouwde als

11. Zie hierover Kaser, t.a.p. en in het bijzonder Herzog, *Aus der Geschichte des Bankwesens im Altertum*, Gießen 1919, alsmede Pringsheim, 'Zum römischen Bankwesen' in *Gesammelte Abhandlungen* II, Heidelberg 1961, p. 114 e.v.

12. Kaser, t.a.p., blz. 223, noot 183. De tekst die traditioneel wordt aangehaald ter ondersteuning van de stelling dat na een onverschuldigde betaling het aldus betaald geld niet meer kan worden gerevindiceerd nadat het is vermengd met de fondsen van de accipient is het hierboven in de tekst aangehaalde fragment uit D. 46,3,78. Daarin is echter, opmerkelijk genoeg, geen sprake van een onverschuldigde betaling maar van een (al of niet verschuldigde) betaling met andermans geld.

13. T.a.p. blz. 223 en 228.

14. Zo ook voor de girale betaling in het moderne Nederlandse recht Mijnsen, *Geld in het vermogensrecht*, Monografieën NBW A-serie, Deventer 1984, p. 67 e.v. Als ik hem goed begrijp, koppelt hij daar aan de klassieke vermengingsleer de consequentie dat ook bij de betaling van chartaal geld *de facto* sprake zou zijn van een abstracte rechtshandeling. Het zij Mijnsen toegegeven dat door de constructie van de geldbetaling als een in goederenrechtelijke zin abstracte rechtshandeling duidelijkheid wordt geschapen, maar ik zie nergens in de wet een aanwijzing waarom voor deze overdracht van vermogensrechten niet de regel van art. 3:84 BW zou moeten gelden.

15. De achtergrond van die zienswijze kan zijn geweest dat de Romeinse juristen de ongehinderde geldcirculatie zoveel mogelijk wilden bevorderen (zie ook hierboven noot 9). Zij moesten daartoe concessies doen aan hun opvatting dat de 'waarde' van het geld bestond uit de intrinsieke waarde van het eigendomsrecht aan het gemunte geld. Zie daarover aanstonds nader in de tekst. Er zij tevens gewezen op het feit dat als grootste voordeel van het abstracte stelsel van eigendomsoverdracht *in het algemeen* pleegt te worden gerefereerd aan de verre gaande mate van derdenbescherming die daarvan het gevolg is, zodat de ongeremde waren circulatie daardoor zoveel mogelijk wordt bevorderd. Beschermingsbepalingen als die van art. 3:88 BW zijn in een abstract stelsel van eigendomsoverdracht overbodig.

een in goederenrechtelijke zin abstracte rechtshandeling¹⁶, zodat de solvent slechts beschikte over een *persoonlijke* vordering uit onverschuldigde betaling. Dit is de reden waarom art. 1395, lid 1 O(ud)BW de (vanuit een goederenrechtelijk perspectief beschouwd) nogal wonderlijke bepaling bevatte dat 'iedere betaling een schuld <doet> veronderstellen' en dat daarom 'hetgeen zonder verschuldigd te zijn betaald is, kan terug gevorderd worden'¹⁷: betaling was naar de zienswijze van Pothier, op wiens geschriften deze bepaling teruggaat, een abstracte rechtshandeling zodat voor de terugvordering van het onverschuldigd betaalde niet kon worden teruggegrepen op het goederenrechtelijke rechtsmiddel (de revindicatie), maar slechts op de persoonlijke vordering uit onverschuldigde betaling. De revindicatie en de vordering uit onverschuldigde betaling werden dus door Pothier (en de samenstellers van de Code civil en het O(ude)BW) opgevat als twee rechtsvorderingen die elkander wederzijds uitsluiten, evenals dat in het Romeinse recht nog het geval was geweest. Door de onverschuldigde betaling was, nog weer anders gezegd, ondanks het ontbreken van een daartoe strekkende onderliggende obligatoire rechtsbetrekking, een daadwerkelijke vermogensverschuiving tot stand gebracht die *daarom*, naar de traditionele door het Romeinse recht ingegeven voorstellingswijze, slechts langs de weg van een vordering uit onverschuldigde betaling (de *condictio indebiti*) ongedaan kon worden gemaakt. De samenstellers van de Code en het O(ude)BW hadden daarbij echter uit het oog verloren dat in het goederenrecht, in afwijking van het traditioneel gemeenrechtelijke systeem¹⁸, was gekozen voor een strikt causaal stelsel zodat de terugvordering van onverschuldigd betaalde prestaties veelal reeds kon worden bewerkstelligd langs goederenrechtelijke weg. De vordering uit onverschuldigde betaling van art. 1395, lid 1 O(ud)BW kreeg dientengevolge het karakter van een subsidiaire rechtsvordering¹⁹ die de solvent ten dienste stond wanneer

16. Zie in het bijzonder Pothier, *Traité de l' action 'Condictio Indebiti'*, n° 174 (*Oeuvres de Pothier* VI, Parijs 1819, p. 253): 'Celui qui paie à quelqu' un par erreur une chose qu'il croit lui devoir, a la volonté de lui en transférer le domaine par la tradition qu'il lui en fait; celui à qui elle est payée a pareillement la volonté d' en acquérir le domaine: ce concours de leurs volontés suffit avec la tradition pour la translation de la propriété (...) Celui qui l' a payée cesse donc d' en être le propriétaire; il ne peut donc avoir la revendication de cette chose, cette action étant attachée à la propriété de la chose qu'il n' a plus; il n' a que l' action *condictio indebiti* qui naît de l' obligation personnelle, que celui à qui la chose a été payée, a, par le paiement, contracté de la lui rendre'.

17. Vgl. art. 1235 Cc.

18. Zie daarover mijn *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht* I, Groningen 1993, p. 149 e.v. Het is niet zonder belang er hier op te wijzen dat die leer voornamelijk was gebaseerd op het feit dat de eigenaar die had geleverd zonder dat er een geldige daartoe verplichtende titel bestond de vordering uit onverschuldigde betaling had. Hij moest dus, zo vond men, zijn eigendom hebben verloren, want, zo schrijft bijvoorbeeld de grote Friese jurist Huber (*Praelectiones juris Romani et hodierni*, Pars II, XII, 6, § 2 (ik gebruikte de editie Leipzig 1725), 'cui datur condictio, ille non est dominus'. Opzoomer gebruikte hetzelfde argument nog in de vorige eeuw teneinde voor een abstract stelsel van eigendomsoverdracht te pleiten.

19. Toch is aan het bestaan van de vordering uit onverschuldigde betaling naast de zakelijke revindicatie een eminent praktisch belang verbonden; teneinde immers met de revindicatie te kunnen slagen, dient men het eigendomsrecht aan de onverschuldigd betaalde zaken te kunnen bewijzen en indien men in dit bewijs niet slaagt, wordt de vordering afgewezen. Bij de vordering uit onverschuldigde betaling evenwel kan men volstaan met het bewijs van de onverschuldigheid der betaling, dat wil (in zakenrechtelijke termen uitgedrukt) zeggen het bewijs van de nietigheid van de aan de levering ten grondslag liggende titel, zonder dat de eiser kan worden genoopt tot het bewijs van zijn eigendom op de geleverde zaken. Zo zal dus iemand die onverschuldigd goederen heeft betaald

de door hem geleverde goederen niet meer traceerbaar waren, bijvoorbeeld doordat de geleverde roerende zaken waren vervreemd aan een derde te goeder trouw; doordat de accipient de (onverschuldigd) aan hem geleverde zaken inmiddels had verwerkt tot nieuwe zaken waarvan hij door zaaksvorming eigenaar was geworden, of doordat zij om andere redenen niet meer identificeerbaar waren. Dit laatste nu is, zo pleegt men althans aan te nemen, in de regel het geval met onverschuldigd betaalde geldsbedragen. Aan die persoonlijke rechtsvordering nu is, anders dan aan het (primaire) zakenrechtelijke rechtsmiddel, naar de traditionele voorstellingen géén preferentie verbonden zodat de crediteur het risico draagt voor de insolventie van zijn debiteur.

Tot zover de romeinsrechtelijk geïnspireerde voorstelling van zaken die, zo vrees ik, in grote lijnen nog steeds de gangbare is.²⁰ Het lijkt mij geboden die van enige kritische kanttekeningen te voorzien.

3 Een andere zienswijze

Het Romeinse recht ging uit van een beschouwingwijze waarbij 'geld' (*pecunia* (van *pecus*, 'vee')) werd opgevat als een lichamelijke zaak die niet alleen een bepaalde ruilwaarde representeerde, maar vooral ook een intrinsieke waarde had. Dit was het bestaansrecht van de zogenaamde *nummularii*, de 'geldproevers' die voor betaling bestemde munten op hun echtheid controleerden.²¹ Zo zien wij tegenwoordig het geld niet meer. Als lichamelijke zaak stelt de waarde van een bankbiljet van f 1.000 niets voor. Men kan echter met dat 'waardeloze' moderne geld waardevolle zaken kopen. De waarde van het moderne geld schuilt uitsluitend en alleen in zijn ruilwaarde: het wordt, alhoewel intrinsiek waardeloos, geaccepteerd in ruil voor goederen en diensten. In deze zin zijn niet alleen munten en bankbiljetten 'geld', maar ook bankrekeningen zijn dat en wel omdat er betalingen uit kunnen worden gedaan. Ons geldebegrip staat dus ver van het Romeinse, zover zelfs dat naar mijn

waarvan hij weet géén eigenaar te zijn deze slechts middels de vordering uit onverschuldigde betaling en niet middels de revindicatie kunnen opeisen. De eiser heeft zich door het instellen van deze *persoonlijke* rechtsvordering verzekerd van het feit dat de gedaagde zijn (dwz. des eisers) processuele positie niet nadelig kan beïnvloeden door het eventuele bestaan van het recht van een derde aan de onverschuldigd betaalde zaken in het geding te brengen.

20. Door sommige schrijvers (H. Drion in zijn noot onder HR 12 januari 1968, NJ 1968, 274, alsmede Van der Grinten in zijn noot onder hetzelfde arrest in *Ars Aequi* 1968, 400 en in aansluiting aan deze ook Rank, *Geld, geldschuld en betaling*, Deventer 1996, p. 96) wordt aangenomen dat de bezitter van niet aan hem toebehorende geldstukken niet ten gevolge van het klassiek-romeinsrechtelijke mechanisme van vermenging (zie nu art. 5:15 BW) eigenaar zou zijn geworden van die muntstukken, maar op grond van een combinatie van de bewijsrechtelijke regels van art. 3:109 en 3:119 BW. Ik acht die verklaring nog minder overtuigend dan de klassiek-romeinsrechtelijke. Nog geheel afgezien van het feit dat geen rekening wordt gehouden met de effecten van art. 3:111 BW, komt zij, in wezen, neer op een materieelrechtelijke duiding van het oude bewijsrechtelijke adagium 'en fait de meubles, possession vaut titre' dat slechts voor verkrijgers in de derde hand in het moderne recht materieelrechtelijke betekenis heeft gekregen (art. 2014, lid 1 OBW), maar niet voor degenen die hun bezit rechtstreeks ontleen aan de eigenaar.

21. Zie daarover Herzog in 'Pauly's Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft', s.v. 'Nummularius'. Ter zijde zij, curiositeitshalve, opgemerkt dat de grootvader van keizer Augustus zo een 'geldproever' is geweest.

inzicht de bescherming van het eigendomsrecht op geld, dat wil dus zeggen de eigendom van afzonderlijke muntstukken, waaraan het Romeinse recht grote waarde hechtte, in het huidige recht geen enkele betekenis meer heeft. 'Geld' in de moderne zin heeft een van de intrinsieke waarde van de munt of het bankbiljet geabstraheerde vermogenswaarde.²² Daarmede ontvalt de bestaansgrond aan op de hierboven geschetste vermengingsgedachte gebaseerde uiteenzettingen omtrent de mogelijkheid of onmogelijkheid van de revindicatie van geld: zij is te zeer verbonden met de oude, romeinsrechtelijke voorstelling als zou het 'geld' zijn op te vatten als een lichamelijke zaak die *daarom* kan worden gerevindiceerd. Het enige dat van belang is, is de vraag of de vordering tot terugverschaffing van de feitelijke beschikking over 'geld' dat een vermogenswaarde representeert die overeenkomt met dat van het onverschuldigd betaalde, preferent is of niet. Keren wij nu, dit vastgesteld zijnde, terug naar de onverschuldigde betaling.

Wij stelden in het vorengaande vast dat het recht met betrekking tot de betaling is gebaseerd op een traditie die ofwel de betaling van geldsbedragen (het klassiek-Romeinse recht), ofwel elke betaling (de traditioneel-gemeenrechtelijke visie) beschouwde als een in goederenrechtelijke zin abstracte rechshandeling. De consequentie van die zienswijze is dat het door de betaling beoogde rechtsgevolg (een vermogensverschuiving van solvent naar accipient) ondanks het ontbreken van een daartoe strekkende verplichting intrad. Naar de voorstelling van het moderne Nederlandse recht echter dient *iedere* onverschuldigde betaling (en dus ook die van geld) in goederenrechtelijke zin te worden opgevat als de overdracht van een vermogenswaarde waaraan de geldige titel ontbreekt. Zij kan dus ook nimmer leiden tot een vermogensverschuiving tussen solvent en accipient. In verband met hetgeen nog volgt, is het van belang hierbij goed vast te houden dat de bij wijze van betaling geleverde zaken weliswaar in fysieke zin ten gevolge van de levering (de betaling) van de solvent op de accipient overgaan, maar het recht op die zaken blijft zich bij de solvent bevinden. Dit is het geval wanneer de solvent beoogt het eigendomsrecht op één of meer bepaalde lichamelijke zaken over te dragen en het is bij de betaling van geld niet anders. In de steeds zeldzamer wordende gevallen waarin betalingen nog plaatsvinden door middel van de overgifte van chartaal geld, heeft de solvent weliswaar het bezit van bankbiljetten of munten overgedragen aan de accipient, maar de vermogenswaarde daarvan bevindt zich nog in het vermogen van de solvent. Dit is zelfs naar de traditionele, romeinsrechtelijke, voorstelling van zaken niet anders. De vermogenswaarde van het onverschuldigd betaalde (chartale) geld vloeit binnen die zienswijze eerst in het vermogen van de accipient wanneer hij dat met zijn eigen fondsen dusdanig heeft vermengd dat het niet meer identificeerbaar is. Nu viel daarvoor oudtijds, dat

22. Met de hier in de tekst gedane voorstellen vergelijkbare gedachten vond ik in Duitsland verdedigd door Westermann, *Sachenrecht I* (Grundlagen), Heidelberg 1990, § 30 V (p. 191-195). De in Duitsland heersende leer luidt echter anders. Zie, in plaats van anderen, Staudinger, *Kommentar zum BGB* (12^e druk, Berlijn 1989) ad § 985, Randnummer 48 en de daar verder geciteerde literatuur. Men dient echter te bedenken dat de Duitse discussie is geplaatst binnen de context van een *abstract* stelsel van overdracht, hetgeen ten gevolge heeft dat die zich niet toespitst op de effecten van een onverschuldigde betaling.

wil zeggen in de de Romeinse oudheid, nog wel iets te zeggen en wel omdat toentertijd de vermogenswaarde van het geld vrij aardig correspondeerde met de intrinsieke waarde van de muntstukken welke die waarde representeerden.²³ Naar moderne verhoudingen is dat minder vanzelfsprekend. De intrinsieke waarde van moderne munten en zeker die van bankbiljetten is uitermate gering. De 'regel' derhalve dat de vermogenswaarde die door dat geld wordt gerepresenteerd over zou gaan op degene die het vermengt met zijn eigen geld mist daarom naar de huidige verhoudingen de rechtsvaardigingsgrond die daarvoor oudtijds wel degelijk aanwezig was en die was gebaseerd op het verlies van het eigendomsrecht op de individuele muntstukken. Naar moderne voorstellingen evenwel wordt geen waarde meer gehecht aan het eigendomsrecht daarvan, maar aan de vermogenswaarde die ze vertegenwoordigen. Dit wordt aanstonds duidelijk wanneer men bedenkt dat iemand die per abuis onverschuldigd *f* 1000 heeft betaald met één bankbiljet van die waarde, genoeg zal nemen met de terugbetaling van die waarde door middel van de overhandiging van 10 biljetten van *f* 100.²⁴ De traditionele zienswijze moet hier de meest ingewikkelde constructies bedenken (ik zie daar van af) teneinde te verklaren op welke wijze de solvent de eigendom van zijn biljet van *f* 1000 heeft verloren en op welke wijze de accipient dat heeft verkregen. Ik geef de voorkeur aan een zienswijze waarbij wordt uitgegaan van de gedachte dat in zo een geval een solvent precies datgene terugkrijgt wat hij onverschuldigd had betaald, namelijk de feitelijke beschikking over chartaal geld dat een vermogenswaarde van *f* 1000 vertegenwoordigt. Hij heeft een recht om dat uit de fondsen van de accipient terug te ontvangen *en zolang nu de accipient over dergelijke fondsen beschikt, is het onverschuldigd betaalde geld ook in goederenrechtelijke zin traceerbaar*.²⁵ De stelling dat onverschuldigd betaald geld niet meer identificeerbaar zou zijn zodra dat zich heeft vermengd met de fondsen van de accipient en derhalve niet meer in goederenrechtelijke zin opeisbaar zou zijn, verliest zijn kracht wanneer men bedenkt dat de vermogenswaarde die door dat geld wordt gerepresenteerd altijd aanwijsbaar aanwezig is zolang de accipient over fondsen beschikt.²⁶

Bij girale betalingen vindt de daardoor bedoelde overdracht van vermogenswaarden plaats via het proces van debitering en creditering van bankrekeningen. De analogie met de overdracht van lichamelijke zaken, zoals die wel aanwezig is bij de betaling van chartaal geld, is hier niet op haar plaats. Men kan een dergelijke vorm van betaling evenwel zeer goed vergelijken met de cessie van vorderingen. In wezen draagt de solvent een (deel van

23. Dit is de reden waarom talloze bepalingen in het Corpus Iuris waken tegen de opzettelijke beschadiging van munten.

24. Naar Romeinse begrippen is dat geenszins vanzelfsprekend: de solvent zal er prijs op stellen *zijn* zak met al door de 'geldproever' goedgekeurde muntstukken terug te ontvangen.

25. Zie voor een nadere uitwerking hiervan hieronder.

26. In de jaren dertig werden in een debat omtrent de verduistering van geld door Langemeijer vergelijkbare voorstellen gedaan (*NJB* 1933, p. 549 e.v.; 1942, p. 1 e.v. & 177 e.v.; conclusie bij HR 9 september 1949, *NJ* 1950, 595 en in zijn artikel, 'Geld, dat aan een ander toebehoort' in de Meijers-bundel (*Rechtskundige opstellen*, Zwolle 1935, p. 541 e.v.). Zie daartegen Van Oven, *NJB* 1934, p. 769 e.v. en 785 e.v.; Asser-Mijnssen-De Haan, n° 165 en nu ook Rank, *Geld, geldschuld en*betaling*, p. 97.

een) vordering die hij op zijn bank heeft over aan de accipient. Cessie nu is naar het huidige recht een causale rechtshandeling zodat een vordering niet overgaat wanneer de daarvoor vereiste titel ontbreekt. De onverschuldigde girale betaling komt derhalve neer op een cessie welke is geschied op grond van een nietige titel. In het laatste geval bereikt de vermogenswaarde van de vordering het vermogen van de cessionaris niet en zo bereikt ook de vermogenswaarde van een geldsbedrag dat langs girale weg onverschuldigd is betaald het vermogen van de accipient niet. Zijn banksaldo is weliswaar door die 'betaling' verhoogd, maar zijn vermogen is er niet door vermeerderd, evenmin als een dief (vóór het verstrijken van de termijn van art. 3:105, lid 1 BW) kan zeggen dat zijn vermogen is vermeerderd met de door hem gestolen zaken.²⁷

Wanneer men een lichamelijke zaak op grond van een nietige titel heeft overgedragen, kan de tradent die zaak revindiceren: de accipient moet hem het bezit daarvan verschaffen. Hoe 'revindiceert' men nu een vordering die op grond van een nietige titel is gecedeerd? Het antwoord op deze vraag is eigenlijk vrij eenvoudig. De feitelijke 'levering' van een vordering geschiedt door middel van een mededeling aan de debiteur daarvan. In het normale geval vindt die plaats door de cedent²⁸ van wie de debiteur immers weet dat hij 'de bezitter van de inschuld' is. Het feitelijk bezit van een vordering wordt daarom terugverschafft aan de cedent doordat de cessionaris mededeling doet aan de debiteur dat hij niet meer aan hem, maar aan zijn oude schuldeiser moet betalen. Een onverschuldigde girale betaling wordt ongedaan gemaakt doordat de accipient aan zijn bank mededeling doet dat het aan hem door de solvent betaalde bedrag weer op de rekening van de solvent dient te worden bijgeschreven. De uitvoering daarvan impliceert geen vermogensverschuiving tussen accipient en solvent (die heeft immers nimmer plaatsgevonden): er is geen sprake van een (retro) cessie, maar van een administratieve correctie, een puur feitelijke handeling, waardoor de solvent weer in het bezit komt van de vermogenswaarde die hij in juridische zin nimmer heeft verloren. Zolang de accipient over een banktegoed beschikt, is hij in staat die correctie uit te voeren *en zolang en voorzover hij over een banktegoed beschikt is het onverschuldigd betaalde geld in goederenrechtelijke zin daarin traceerbaar*.²⁹ Het faillissement van de accipient brengt daarin geen verandering. Het onverschuldigd betaalde 'geld' behoort niet tot het vermogen van de failliet en dient daarom bij voorrang vóór de echte, dat wil zeggen de concurrente crediteuren door de curator aan de solvent te worden uitgekeerd.

De vraag rijst nu waarom de solvent een dergelijke preferente behandeling verdient? Ik acht het, ter beantwoording van deze vraag, raadzaam de aandacht te vestigen op het Amerikaanse en - sinds kort - het Engelse recht waarin aan de solvent van een

27. Ik moge er, terzijde, nog op wijzen dat naar Romeins recht degene die te kwader trouw, dat wil zeggen wetende dat het betaalde hem niet is verschuldigd, een onverschuldigde betaling in ontvangst neemt, werd beschouwd als een dief van het ontvangen geld: D. 13,1,18 (Scaevola).

28. Er zij hier gewezen op het feit dat Meijers de mededeling van de cessie slechts door de cedent mogelijk achtte (vgl. OM art. 3.4.2.7, lid 2). Om louter pragmatische redenen is uiteindelijk gekozen voor een stelsel waarbij de mededeling ook kan geschieden door de cessionaris. Zie hierbij *Parlementaire Geschiedenis* Boek 3, p. 394 e.v.

29. Zie voor een nadere uitwerking hiervan hieronder.

onverschuldigd geldsbedrag inderdaad een preferente positie wordt toegekend. Het gaat daarbij, zo moge ik reeds aanstonds benadrukken, niet zozeer om de juridische constructie waarin die preferente positie is gegoten (die van de 'constructive trust'), als wel om de motieven die daaraan ten grondslag hebben gelegen.

4 *De ratio van de preferentie*

Er bestaat een wezenlijk verschil tussen iemand die (bijvoorbeeld) een geldlening verricht en iemand die onverschuldigd een geldsbedrag betaalt. Dat verschil is gelegen in het oogmerk, de beweegreden, die aan de verstrekking van het geld ten grondslag ligt. In het eerste geval is dat gelegen in het *ontstaan* van een verbintenis tot terugbetaling, in het andere in de *kwijting* van een schuld. Een geldschietter dient rekening te houden met de insolventie van zijn debiteur; de zakelijke en persoonlijke zekerheidsrechten dienen ter verzekering van dat risico en wanneer hij geen daarvan in het leven roept, accepteert hij daardoor het insolventierisico.³⁰ Er is in zo een geval geen reden hem een voorrang te geven waarvan hij bewust heeft afgezien. Iemand die onverschuldigd betaalt, heeft geen mogelijkheid zich te verzekeren tegen datzelfde insolventierisico en wel omdat hij niet beoogt een verbintenis in het leven te roepen waaraan dat risico is verbonden. Wanneer men het een en ander tot zich laat doordringen, moet het opvallen dat de 'crediteur' van een 'vordering uit onverschuldigde betaling' naar de traditionele voorstellingswijze nogal stiefmoederlijk door ons recht wordt bedeed: hij wordt behandeld als concurrent crediteur, maar anders dan andere concurrente crediteuren heeft hij feitelijk niet de mogelijkheid zijn positie door middel van de vestiging van zakelijke of persoonlijke zekerheidsrechten te versterken.³¹ Dit is één van de redenen waarom het anglo-amerikaanse recht aan degene die een geldsbedrag onverschuldigd heeft betaald een preferentie toekent. Ik moge die ontwikkeling aan de hand van een drietal gevallen nader verduidelijken.³²

*a. Chase Manhattan Bank v. Israel-British Bank*³³

De Chase Manhattan Bank te New York had via het bank-verrekeningsysteem in opdracht van een client een bedrag van \$ 2.000.687,50 overgemaakt naar een andere bank in New York (de Mellon Bank Int.) en wel voor rekening van de in Londen gevestigde Israel-British Bank.

30. Dit geldt, *mutatis mutandis*, óók voor iemand die bewust geld aan iemand, bijvoorbeeld ter bewaring, toevertrouwt. Zo iemand zoekt zijn debiteur en draagt daarom ook het risico voor diens onbetrouwbaarheid of insolventie. Dit is de enige reden waarom ik, anders dan Langemeijer (zie hierboven noot 26), in dit soort gevallen ook geen preferentie zou willen toekennen aan de bedrogen eigenaar.

31. Dit essentiële punt werd veronachtzaamd door Van Oven in zijn debat met Langemeijer (zie daarover hierboven noot 25 en hieronder noot 35): van de solvent van een onverschuldigd betaald geldsbedrag kan niet worden gezegd dat hij *crediet* heeft gegeven.

32. Ik maakte voor het onderstaande gebruik van het materiaal, bijeengebracht door mevr. mr F. Heus, die een uitstekende scriptie schreef over de onverschuldigde betaling in het Engelse en Amerikaanse recht.

33. [1981] Ch. 105; [1979] 3 ALLER 1025.

Nog diezelfde dag werd ten gevolge van een vergissing van één harer employés diezelfde betaling nog eens uitgevoerd. De eerste betaling was een (al dan niet verschuldigde) betaling door de client, maar het tweede per abuis betaalde bedrag is een onverschuldigde betaling door de Chase Manhattan Bank aan de Israel-British Bank. De Chase Manhattan Bank wilde het door haar per abuis betaalde bedrag terugvorderen, maar de Israel-British Bank was inmiddels failliet verklaard.

De zaak lijkt, wanneer men haar beoordeelt naar de beginselen van het traditionele Nederlandse recht eenvoudig. De Chase Manhattan Bank is concurrent crediteur in het faillissement van de Israel-British Bank en wel omdat de vordering uit onverschuldigde betaling een persoonlijke rechtsvordering is waaraan geen goederenrechtelijke preferentie is verbonden. Inderdaad lag de zaak ook zo eenvoudig naar de beginselen van de traditionele Engelse 'common law': de Chase Manhattan Bank heeft een vordering uit onverschuldigde betaling van geld, in de 'common law' bekend staande als de 'action for money had and received'. Dit is, evenals de romeinsrechtelijke *condictio indebiti*, een persoonlijke rechtsvordering waaraan geen goederenrechtelijke preferentie is verbonden, zodat het insolventierisico op de Chase Manhattan Bank leek te rusten. De juristen die de Amerikaanse bank vertegenwoordigden begrepen dat het tamelijk zinloos was die vordering in te stellen en beriepen zich daarom niet op een persoonlijk rechtsmiddel (de 'action for money had and received'), maar op een *goederenrechtelijk* rechtsmiddel waaraan wel degelijk preferentie was verbonden. Dit rechtsmiddel nu behoeft enige nadere toelichting.

In verschillende Amerikaanse jurisdicties, met name het toonaangevende New York, beschikt de onverschuldigd betaald hebbende solvent reeds geruime tijd naast het traditionele rechtsmiddel, de 'action for money had and received', over een goederenrechtelijk rechtsmiddel ter correctie van een onverschuldigde betaling. Dat rechtsmiddel is gebaseerd op de anglo-amerikaanse 'trust'-constructie. Door het in ontvangst nemen van een onverschuldigde betaling, zo luidt in het kort de redenering, ontstaat tussen solvent en accipient een zogeheten 'constructive trust' krachtens dewelke de accipient verplicht is het onverschuldigd betaalde aan de solvent te restitueren. De 'constructive trust' die op deze wijze tot stand komt wordt als volgt in de Amerikaanse 'Restatement of Restitution' omschreven:

§ 160: 'Where a person holding title to property is subject to an equitable duty to convey it to another on the ground that he would be unjustly enriched if he were permitted to retain it, a constructive trust arises'.

Aan dit bijzonderlijk op de onverschuldigde betaling toegesneden gebruik van de rechtsfiguur van de 'constructive trust', die teruggaat op een beroemd dictum van Cardozo in de zaak

*Beatty v. Guggenheim Exploration Co.*³⁴, zijn belangrijke voordelen verbonden. De 'beneficiary' van deze 'trust' namelijk (dat is de solvent) beschikt over rechtsmiddelen die wij (en overigens ook de Engelsen en Amerikanen) zouden aanmerken als 'goederenrechtelijk'. In het bijzonder heeft de 'beneficiary' een preferente positie in het faillissement van de 'trustee' (dat is de accipient).³⁵ De vraag rijst nu hoe dit rechtsmiddel zich verhoudt tot het traditionele rechtsmiddel van de 'common law', de 'action for money had and received', waaraan die goederenrechtelijke preferentie niet is verbonden.

*b. In re Berry*³⁶

De zaak *In re Berry* vermag de hier aan de orde zijnde vragen op buitengewoon heldere wijze te verduidelijken, niet in de laatste plaats vanwege de eenvoud van de feiten die aardig overeenkomen met die van de Chase Manhattan Bank-zaak. De effectenhandelaar Raborg & Manice had \$ 1500 betaald aan Berry, in de onjuiste mening verkerend dit bedrag aan Berry verschuldigd te zijn. Een dag na de ontvangst van dit onverschuldigd aan hem betaalde bedrag werd Berry failliet verklaard. De vraag rees nu welke de positie van Raborg & Manice was in het faillissement van Berry. Van de zijde van de curatoren (de 'trustees in bankruptcy') werd naar voren gebracht dat Raborg & Manice beschikten over een rechtsmiddel naar 'common law' (de 'action for money had and received') waaraan geen preferentie was verbonden en dat het bovendien onbillijk zou zijn ten opzichte van de overige crediteuren³⁷ van Berry om een preferente positie toe te kennen aan Raborg & Manice op basis van een 'constructive trust'. Rechter Coxe wees dit betoog van de hand: 'this contention loses sight of the fact that the money in dispute never belonged to the bankrupts, and their creditors, upon broad principles of equity, have no more right than if the transaction ... had never taken place. If the trustees < dwz. de curatoren in het faillissement > succeed on this appeal *the creditors will receive \$ 1.500, the equitable title to which was never in the bankrupts*'.³⁸ Wanneer Berry niet failliet zou zijn geweest, zouden Raborg & Manice hebben kunnen volstaan met het rechtsmiddel dat hen naar de beginselen van de 'common law' toekwam (de gewone 'action for money had and received'), maar nu aan dat rechtsmiddel geen preferentie was verbonden in het faillissement van de accipient, werd het niet toereikend ('adequate') geacht en diende 'equity' corrigerend in te grijpen middels de constructie van

34. (1919) 122 N.E. 378, op p. 380: 'A constructive trust is the formula through which the conscience of equity finds expression. When property has been acquired in such circumstances that the holder of the legal title may not in good conscience retain the beneficial interest, equity converts him into a trustee'.

35. Zie hierover in het algemeen C.Æ. Uniken Venema, *Law en Equity*, Zwolle 1990, p. 114-116, alsmede mijn *Hoofdstukken*, p.137-143 en in het bijzonder Pallandt, *Constructive trust*, Deventer 1992.

36. (1906) 147 F. 208.

37. Zo ook Van Oven, NJB 1934 p. 788: 'Zoo gaarne is men geneigd, om, door de belangen van bepaalde crediteuren scherp in het oog te nemen en niet te denken aan de grauwe massa der andere schuldeischers, die eene groep te bevoordeelen, wier belangen door de gelijkstelling met anderen pijnlijk getroffen worden. Maar tegen zulke opwellingen van het goede hart moet men zeer wantrouwend wezen'.

38. *In re Berry*, 147 F. 208, op p. 210.

de 'constructive trust', waaraan die preferentie wel was verbonden. De conclusie is daarom dat de 'equitable remedy' van de 'constructive trust' ter correctie van een onverschuldigde betaling in het bijzonder op zijn plaats is bij insolventie van de accipient; buiten faillissement immers is het rechtsmiddel van de 'common law', de 'action for money had and received', in de meeste gevallen toereikend en behoeft daarom niet te worden teruggegrepen op een 'constructive trust'. De ratio van deze beslissing is gelegen in de rechtsoverweging van rechter Coxe dat de gewone concurrente crediteuren geen aanspraak konden doen gelden op fondsen die zonder recht of titel in het bezit van de failliet waren gekomen.³⁹ Deze dienden daarom aan de solvent te worden gerestitueerd zonder dat de gewone concurrente crediteuren zich daartegen konden verzetten.

*c. In re Mahan*⁴⁰

De vraag rijst nu op welke wijze de solvent het door hem onverschuldigd betaalde bedrag uit de boedel van de failliet kan separeren.

In de zaak betreffende het faillissement van de heer Mahan was door Turley een bedrag van \$ 42.000 onverschuldigd aan Mahan betaald. Het bedrag was op twee verschillende bankrekeningen terecht gekomen. Op het tijdstip van zijn faillietverklaring stond er een bedrag van \$ 11.000 op de beide rekeningen van Mahan. Het probleem was echter dat de saldi tussentijds veel lager waren geweest. De 'United States Court of Appeal' wees daarom de preferentie van Turley slechts toe voor wat betreft het laagste saldo in de tussentijd en voor het overige verwees dat Hof hem naar zijn mogelijkheid om middels de 'normale' vordering uit onverschuldigde betaling die hem 'at law' toekwam als concurrent schuldeiser in het faillissement op te treden. De zaak is bijzonder illustratief voor de toepassing van het mechanisme van 'tracing', dat wil zeggen het achterhalen van de fondsen waarop de 'beneficiary' een preferente aanspraak kan doen gelden. Zolang de accipient beschikt over fondsen, is het onverschuldigd betaalde geld traceerbaar, maar zodra die fondsen in hun totale waarde zakken onder het bedrag dat onverschuldigd is betaald, verliest de solvent zijn preferentie voor dat bedrag, zodat hij zijn preferentie alleen maar kan uitoefenen ten belope van het laagste saldo. Het betreft hier de uitwerking van beginselen die in Engeland tot ontwikkeling zijn gebracht⁴¹ en die teruggaan op een fraai dictum van Vice-Chancellor Wood in de zaak *Frith v. Cartland*⁴²:

'If a man has £ 1000 of his own in a box on one side and £ 1000 of trust property

39. Dit geldt in nog versterkte mate wanneer de onverschuldigde betaling staande faillissement is gedaan. Naar ik heb begrepen, plegen ten onzent zelfs curatoren zulke betalingen integraal terug te storten. Ik begrijp daarom Kortmann niet die (met Hamm, zie hierboven noot 1) meent (*WPNR* 6171) dat ook zulke betalingen ten goede van de boedel zouden dienen te komen.

40. (1987) 817 F. 2d 682 (Tenth Circuit).

41. Zie in het bijzonder *Re Hallett's estate*, [1880] 13 Ch. 696; [1874-1880] All ER Rep. 793.

42. (1865) 2 Hem. & M. 417 op p. 421; 71 E(nglish) R(eports) 525, op p. 527.

in the same box on the other side, and then takes out £ 500 and applies it to his own purposes, the court will not allow him to say that that money was taken from the trust fund. The trust must have its £ 1000 so long as a sufficient sum remains in the box'.

Nadat het banksaldo van de accipient is gedaald onder het bedrag dat hem onverschuldigd is betaald, mag worden aangenomen dat de 'trustee' (de accipient) is gaan gebruik maken van de onverschuldigd betaalde fondsen zodat die zijn geconsumeerd⁴³; pas dan is (een deel van) het onverschuldigd betaalde geld niet meer traceerbaar. Ik acht deze visie op de traceerbaarheid van onverschuldigd betaald geld aanzienlijk realistischer dan de te onzent gangbare.⁴⁴

Het Engelse recht heeft zich in de zaak *Chase Manhattan Bank v. Israel-British Bank* voor wat betreft de onverschuldigde betaling aangesloten bij deze in Amerika ontwikkelde behandelingswijze van de terugvordering van onverschuldigd betaald geld: de Chase Manhattan Bank slaagde in haar eis.⁴⁵ Haar werd een goederenrechtelijk rechtsmiddel toegekend teneinde het door haar onverschuldigd betaalde geld bij voorrang voor de gewone schuldeisers van de Israel-British Bank uit de boedel te lichten.

Er is in Engeland door sommige schrijvers enigszins gereserveerd gereageerd op de uitspraak van rechter Goulding in de 'Chase Manhattan'-zaak. Men wijst er op dat de introductie van in wezen goederenrechtelijke instrumenten ter correctie van een onverschuldigde betaling ten koste kan gaan van de rechten van derden en in het bijzonder van die van de overige, concurrente crediteuren.⁴⁶ Soortgelijke geluiden worden ook in de Verenigde Staten gehoord⁴⁷, maar zij lijken, althans daar, weinig kans te maken. Toen ik onlangs de gelegenheid had met een bekend Amerikaans insolventie-specialist over dit onderwerp te spreken, gaf die als zijn mening te kennen dat, althans in de Verenigde Staten⁴⁸, vastgehouden zal blijven worden aan de daar ontwikkelde goederenrechtelijke correctie van

43. Zie voor een recente toepassing van het een en ander in Engeland *In re Goldcorp Exchange* [1994] 3 W.L.R. 199.

44. Het is mogelijk dat meerdere personen onverschuldigd hebben betaald en de accipient nadien insolvent blijkt. In zo een geval is er geen probleem, wanneer er toereikend fondsen zijn om de solventen bij voorrang voor de overige crediteuren uitkering te doen. Wat echter, wanneer die fondsen niet toereikend zijn? Naar mijn opvatting dienen hier de beginselen van art. 5:14, lid 2 en 5:15 BW te worden toegepast, zodat de (onverschuldigd betaalde hebbende) solventen naar rato van ieders inbreng medeëigenaar zijn van de aanwezige fondsen.

45. Er bestaan, niettemin, subtiele verschillen tussen de Engelse benadering en die van een groot aantal Amerikaanse jurisdicties (zoals die van New York). In Engeland wordt nog steeds gewicht gehecht aan het vereiste dat van het ontstaan van een 'constructive trust' slechts sprake kan zijn in rechtsbetrekkingen die als een 'fiduciary relationship' kunnen worden aangemerkt, zodat de enkele verwijzing naar een 'unjust enrichment' middels een onverschuldigde betaling niet voldoende is teneinde een 'constructive trust' in het leven te roepen. Ik zal daar hier verder niet bij stilstaan.

46. Zie, bijvoorbeeld, enerzijds Parker & Mellows, *The Modern Law of Trusts*, zesde druk (Oakley), Londen 1994, p. 224 en anderzijds Goff & Jones, *The Law of Restitution*, Londen 1993, p. 83-102.

47. Pallandt verwijst (t.a.p. p. 72) naar een artikel van prof. Sherwin, 'Constructive Trust in Bankruptcy', *University of Illinois Law Review*, 2 (1989) p. 297-365. Het artikel was mij, helaas, niet toegankelijk.

48. Goff & Jones stellen zich, voor wat het Engelse recht betreft, op hetzelfde standpunt.

onverschuldigde betaling van geldsbedragen die natuurlijk in het bijzonder in het faillissement van de accipient van belang is. De kern van de zaak, zo zei hij, ligt in het dictum van rechter Coxe in de 'Berry'-zaak. Indien men de solvent van een onverschuldigd betaald geldsbedrag behandelt als concurrent crediteur, betekent dit dat het vermogen van de accipient (de failliet) wordt vermeerderd met een vermogenswaarde waarop deze recht noch titel heeft en uiteindelijk dat de andere crediteuren daardoor worden bevoordeeld.⁴⁹ Waarom zou men de solvent van een onverschuldigd betaald geldsbedrag een insolventierisico opdringen dat hij niet heeft gezocht⁵⁰ en dat hij bovendien niet draagt wanneer hij met andere vermogensbestanddelen dan geld betaalt? De tijd lijkt mij daar deze oude vanzelfsprekendheid, die haar oorsprong vindt in het Romeinse recht dat in dezen door geheel andere voorstellingen werd beheerst, eens in heroverweging te nemen.⁵¹ De oude stelling, inhoudende dat 'hetgeen billyk was voor den Romein, ook billyk is voor mijnen medeburger' is - soms - voor tegenspraak vatbaar.

W.J. ZWALVE

LEIDEN

49. Wanneer men mocht denken dat aan de solvent, vanwege die bevoordeling, een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking (6:212 BW) toekomt tegen de concurrente schuldeisers aan wie uitkering uit de door hem onverschuldigd betaalde fondsen is gedaan, ziet men over het hoofd dat de concurrente schuldeisers door die uitkering slechts ontvangen wat hen toekomt. Er is, anders gezegd, in hun geval geen sprake van een ongegronde vermogensvermeerdering (een aanduiding die verre de voorkeur verdient boven het misleidende begrip 'ongerechtvaardigde verrijking'). Naar de traditionele voorstelling omtrent het effect van de onverschuldigde betaling is voor die gedachte zeker geen ruimte: de concurrente crediteuren hebben uit de boedel van de failliet ontvangen wat hen toekomt. Naar mijn visie is daarvoor ook geen ruimte en wel omdat de vermogenswaarde van het onverschuldigd betaalde slechts valt te traceren onder degene aan wie de betaling is gedaan. Indien men evenwel (onverhoopt) toch mocht aannemen dat er in gevallen als dit wel degelijk ruimte is voor een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking door de solvent van een onverschuldigd geldsbedrag tegen de concurrente crediteuren aan wie uit de door hem onverschuldigd betaalde fondsen uitkering is gedaan, verwijst men die solvent naar een onnodige omweg teneinde een resultaat te bereiken dat eenvoudiger te bereiken is door hem bij voorrang voor die concurrente crediteuren het door hem onverschuldigd betaalde uit de boedel te laten uitkeren.

50. Het ligt voor de hand de vraag op te werpen wat rechtens is wanneer het rechtsfeit van de onverschuldigde betaling niet het gevolg is van een vergissing (zoals in alle door mij tot uitgangspunt genomen gevallen), maar van de vernietiging van de aan de betaling ten grondslag liggende overeenkomst. Ik zou zeggen dat in zo een geval geen ruimte is voor een preferente behandeling van de solvent en wel omdat hij in zo een geval zijn wederpartij heeft gekozen en zich dus had kunnen indekken tegen het insolventierisico van die wederpartij door de (toekomstige en voorwaardelijke) vordering uit onverschuldigde betaling die het rechtsgevolg is van de (eventuele) vernietiging van de aan de betaling ten grondslag liggende overeenkomst te versterken middels de vestiging van een zekerheidsrecht. Dergelijke voorzieningen zijn, zo meen ik te weten, in de scheepsbouw niet ongebruikelijk: de zogenaamde 'letters of credit' die door scheepswerven aan opdrachtgevers worden verstrekt dienen ter garantie van dit soort vorderingen.

51. Ter vermijding van misverstanden zij er op gewezen dat het verre van mij is te pleiten voor de introductie van een met de anglo-amerikaanse 'constructive trust' vergelijkbare constructie ter correctie van een onverschuldigde betaling. Het Nederlandse recht heeft die constructie niet nodig en wel omdat het bestaande goederenrecht daarvoor toereikend is zodra men heeft beseft dat iedere onverschuldigde betaling een mislukte overdracht van vermogensbestanddelen behelst die langs goederenrechtelijke weg kan worden gecorrigeerd zolang en voor zover de accipient de feitelijke beschikking heeft over fondsen die het object vormen van de revindicatie van de solvent.