Misdaad en straf in het verrijksrecht

Strafbaar gedrag voor de civiele rechter

1. Inleidende opmerkingen

In dit artikel onderzoek ik in hoeverre vorderingen uit onverschuldigde betaling kunnen worden toegewezen aan partijen die zich strafbaar hebben gedragen. Deze vraag kan bijvoorbeeld aan de orde komen als een ondernemer smeergeld betaalt aan een ambtenaar, zodat hem lucratieve opdrachten worden gegund.¹ Zowel de omkoper als de omgekochte pleegt een strafbaar feit, maar hoe dient de civiele rechter met vorderingen uit onverschuldigde betaling om te gaan, zoals wanneer de omkoper de steekpenningen terugvordert? In mijn proefschrift heb ik verdedigd dat iemands gedrag niet in ogenschouw moet worden genomen bij eventuele vorderingen uit onverschuldigde betaling en dat de oplossing voor gerezen problemen strafrechtelijk moet zijn.² Dan resteert wel de vraag hoe deze oplossing moet worden verwezenlijkt.

In het Romeinse recht was terugvordering uitgesloten als een partij voor een onzedelijk doel had betaald. Het Nederlandse recht kent als uitgangspunt dat een onverschuldigd verrichte prestatie moet worden gerestitueerd. Als een partij een overeenkomst heeft uitgevoerd die op grond van art. 3:40 BW ongeldig is, heeft zij op grond van art. 6:203 BW dan wel art. 6:210 lid 2 BW recht op teruggave dan wel waardevergoeding van de verrichte prestatie. Een beperking hierop is te vinden in art. 6:211 BW: als sprake is van onbetamelijk gedrag kan terugvordering worden geweigerd. Ook de in art. 6:2 lid 2 BW gecodificeerde beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan worden ingeroepen om iemand een vordering te ontfagen. Aldus kan aan de betrokkene bij een misdrijf een vordering uit onverschuldigde betaling worden geweigerd.

In het Engelse recht stond de *defence of illegality* de laatste jaren in het middelpunt van het juridische debat. Dit verweermiddel kan worden ingeroepen tegen een eiser, die zich onrechtmatig heeft gedragen. Het afgelopen decennium is uitgebreid aandacht besteed aan de vraag wanneer precies een actie moet worden geweigerd aan een wetsovertreder. De *Law Commission* ging in haar rapporten uit 2009 en 2010 onder meer in op de invloed die strafbaar gedrag op iemands civielrechtelijke vorderingen kan uitoefenen.³ Op 20 juli 2016 wees

1 Hierover E.J.H. Schrage, 'Steekpenningen voor het Forum van het Privaatrecht', *NTBR* 2011, p. 33 e.v.

2 T. Jonkers, *Over onwettigheid, onzedelijkheid en terugvordering*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 250-251.

3 Allereerst verscheen in 2009 een verkennend rapport: *The Illegality Defence: A Consultative Report* (Consultation Paper No 189). Een jaar later publiceerde de commissie haar eindrapport: *The Illegality*

de Supreme Court het arrest *Patel v Mirza* waarin de argumenten voor en tegen *restitution* uitgebreid aan de orde kwamen.⁴ In dit artikel worden deze argumenten bekeken en vergeleken met het Nederlandse recht. Zo kunnen de vragen worden beantwoord wanneer en op welke grond een vordering uit onverschuldigde betaling moet worden geweigerd aan een partij die zich strafbaar heeft gedragen. Allereerst ga ik aan de hand van het Romeinse recht in op de beginselen die aan een weigering van terugvordering ten grondslag liggen.

2. De ongeoorloofde oorzaak en de weigering van terugvordering

In het Romeinse recht was de *condictio ob turpem causam* van toepassing als iemand voor een onzedelijk doel had betaald. De condicties waren acties waarmee een ongegronde verrijking ongedaan werd gemaakt.⁵ Normaal gesproken kon iemand die een betaling deed het betaalde terugvorderen met een condictie als de beloofde tegenprestatie uitbleef. Een *condictio ob rem*, in het Justiniaanse recht bekend als *condictio causa data causa non secuta*, was hiertoe aangewezen. Iemand die voor een ongeoorloofd doel betaalde, was zijn geld echter kwijt, ongeacht of de ontvanger van het geld presteerde. Zo kon bijvoorbeeld een omkoper geen condictie instellen. Aldus werd onderscheid gemaakt naar gelang het doel van een betaling:⁶

"Alles wat gegeven wordt, wordt gegeven wegens een verwachte tegenprestatie of een oorzaak. Is het wegens een tegenprestatie, dan betreft het een onzedelijke of een eerbare tegenprestatie; (...)."

Bij de terugvordering na een *datio ob rem inhonestam* was het niet van belang of de beoogde tegenprestatie was verricht, maar ging het erom wie van beide partijen zich onzedelijk had gedragen. De toepasselijke actie was dan de *condictio ob turpem causam* die werd geweigerd aan de 'oneerlijke eiser'.⁷ Uit bovenstaande tekst blijkt dat een tegenstelling bestond tussen de begrippen *turpis* (onzedelijk) en *honestas* (eerbaar).⁸ Het gedrag van een partij die zich aan *turpitude* schuldig maakte, was moreel verwerpelijk.

In de aan de *condictio ob turpem causam* gewijde teksten is een aantal ernstige delicten te

Defence (Law Commission No 320). Ik zal de rapporten in dit artikel aanduiden als Report 2009 en Report 2010.

4 *Patel v Mirza* [2016], UKSC 42.

5 Zie hierover onder meer M. Kaser, *Römisches Privatrecht* I, München: Beck 1971, p. 592 e.v.

6 D. 12,5,1,pr. Paulus libro decimo ad Sabinum. *Omne quod datur aut ob rem datur aut ob causam, et ob rem aut turpem aut honestam: (...).*

7 Deze condictie slaagde alleen als de eiser geen blaam trof en de onzedelijkheid uitsluitend bij de wederpartij lag. De 'eerlijke gever' kon zodoende wel met succes de *condictio ob turpem causam* instellen. Hier was bijvoorbeeld sprake van als iemand betaalde om een ernstig misdrijf te voorkomen, zie D. 12,5,2,pr.

8 Zie ook M. Kaser, 'Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht', *SZ* 1940, p. 103, die in nt. 4 meer voorbeelden geeft waarbij beide begrippen tegenover elkaar staan.

vinden.⁹ Zo was het onzedelijk om te betalen voor heiligschennis, moord, diefstal, ontucht of incest. Het toepassingsgebied van de *condictio ob turpem causam* was beperkt tot vergaande inbreuken op de goede zeden, waaraan ook strafrechtelijke consequenties verbonden konden zijn.¹⁰ Zo waren er voor beide partijen ernstige gevolgen als iemand een rechter had omgekocht om een gunstig vonnis te verkrijgen. De omkoper was strafbaar wegens het beïnvloeden van de rechtsgang.¹¹ Voor de omgekochte waren de gevolgen nog ernstiger, want hij werd 'meestal gestraft met verbanning met ontneming van burgerrecht of nog strenger'.¹²

Er was geen catalogus van vergrijpen die een *turpis causa* inhielden. Keizer Caracalla sprak in een constitutie uit het jaar 215 n.C. van een oorzaak "in strijd met de opvattingen van Mijn tijd".¹³ Hierbij moest het zoals gezegd wel gaan om een grove schending van de goede zeden. Privaatrechtelijk was het gevolg dat terugvordering was uitgesloten voor een partij die zich zodanig immoreel had gedragen. De weigering van een condictie vond uitdrukking in de woorden *in pari causa possessor potior haberi debet*, ofwel bij een gelijke positie moet de bezitter als de sterkere partij worden beschouwd.¹⁴

In het moderne recht kennen vele rechtsstelsels een met het Romeinse recht vergelijkbare uitzondering op het terugvorderingsrecht. Zo luidt par. 817 van het Duitse BGB:

1. War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet.
2. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, dass die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden

Uit het tweede lid van deze bepaling blijkt dat de prestant die een wettelijke of zedelijke norm heeft overtreden, niet kan terugvorderen. Interessant is het rechtsgevolg van de toepassing van een dergelijke 'weigeringsregel': een verrijking wordt in stand gelaten, omdat bepaalde fundamentele normen zijn geschonden. In het Franse en Engelse recht zijn in de rechtspraak regels ontwikkeld om in bepaalde gevallen een actie aan een 'onwaardige eiser' te kunnen ontzeggen. Deze weigering wordt in Frankrijk meestal gebaseerd op de middeleeuwse stelregel *nemo auditur suam turpitudinem allegans*: "niemand wordt gehoord die

9 Voornamelijk in Digestentitel 12,5 en Codextitel 4,7.

10 Hierover Kaser 1940, p. 110 e.v.

11 Zie D. 48,10,1,2; de aansprakelijkheid was gebaseerd op de *Lex Cornelia de falsis* die door Sulla is ingevoerd in 82 v.C.

12 Aldus Macer in D. 48,11,7,3; de bestraffing was gebaseerd op de anti-corruptiewet *Lex Iulia de repetundarum*, die uit 59 v.C. stamt.

13 C. 4,7,2 Imperator Antoninus. *Cum te propter turpem causam contra disciplinam temporum meorum domum* (...).

14 Zie bijv. D. 50,17,128,pr.

zich op zijn onbetamelijkheid beroept".¹⁵ Het Engelse recht gaat uit van een vergelijkbare regel die inhoudt dat iemand geen actie kan baseren op een ongeoorloofde oorzaak. In het Nederlandse recht heeft geen van deze adagia ingang gevonden en is er geen regel die bij voorbaat het recht op terugvordering uitsluit als voor een onzedelijk doel is betaald.

3. De *defence of illegality* in het Engelse recht

Het Engelse recht kent als uitgangspunt dat uit een ongeoorloofde oorzaak geen actie kan voortkomen: *ex turpi causa non oritur actio*, of kortweg de *ex turpi causa*-regel.¹⁶ De *illegality defence* is een hieruit voortvloeiend verweermiddel, inhoudende dat een gedaagde een eiser tegenwerpt dat deze zich onrechtmatig heeft gedragen en daarom niet met succes een vordering kan instellen. Het verweer speelt over de gehele breedte van het privaatrecht een rol: zowel in het contractenrecht als bij verbintenissen, die ontstaan uit een onrechtmatige daad of uit ongerechtvaardigde verrijking. Ook de mogelijke aanspraak die een partij onder een *trust* toekomt, kan aan de begunstigde worden ontzegd als hij de *trust* bijvoorbeeld gebruikt om de criminele herkomst van vermogen te verbergen.¹⁷

De grond om terugvordering te weigeren op grond van de *ex turpi causa*-regel is de openbare orde. Op grond van het algemeen belang heeft een eiser die een vordering baseert op een ongeoorloofde oorzaak geen actie. Lord Mansfield verwoordde het in de klassieke zaak *Holman v Johnson* uit 1775 als volgt:¹⁸

"No Court will lend its aid to a man who founds his cause of action upon an immoral or illegal act. If, from the plaintiff's own stating or otherwise, the cause of action appears to arise *ex turpi causa*, or the transgression of a positive law of this country, there the Court says he has no right to be assisted."

De logische consequentie van de weigering om de eiser te helpen was dat de gedaagde datgene kon behouden wat hij had ontvangen. Aldus had hij een verweermiddel in handen: de *defence of illegality*. Ook een partij die zich zelf schuldig had gemaakt aan een wetsovertreding, zoals een omgekochte ambtenaar, kon een tegen hem gerichte actie hiermee afweeren. Over de werking van dit verweer is in het Engelse recht veel discussie gevoerd.¹⁹ De Court of Appeal hanteerde eind vorige eeuw het criterium dat de rechter aan de hand van de

¹⁵ Hierover uitgebreid mijn proefschrift, p. 99 e.v.

¹⁶ H.J. van Kooten, *Restitutierechtelijke gevolgen van ongeoorloofde overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2002, p. 202 e.v.

¹⁷ Zie *Tinsley v Milligan* [1994] 1 AC 340, waar de *beneficiary* die haar bijstandsfraude had willen verbergen, uiteindelijk wel rechten had in de ontstane *trust*. Hierover W.J. Zwalve, 'De zaak Tinsley v. Milligan. Over schone handen en vuile was', AA 1995, p. 63 e.v.

¹⁸ (1775) 1 Cowp. 341,343 (98 ER 1120,1121).

¹⁹ Voor een kort overzicht hiervan, zie Report 2009, par. 3.50 e.v.

'public conscience' moest beoordelen of een partij die in strijd met de wet had gehandeld, een actie toekwam.²⁰ De Court of Appeal bepaalde in 1990 over de *ex turpi causa*-regel:²¹

"It applies if in all the circumstances it would be an affront to the public conscience to grant the Plaintiff the relief which he seeks because the court would thereby appear to assist or encourage the Plaintiff in his illegal conduct or to encourage others in similar acts."

Een actie diende te worden geweigerd, als toekenning in strijd met de 'public conscience' zou zijn. Problematisch was de vaagheid en onvoorspelbaarheid die deze toetsing ten gevolge had. Bij bijvoorbeeld omkoping kan zowel het toestaan van terugvordering als het behoud van steekpenningen als immoreel worden gezien. Het publieke geweten is dan wel een erg open norm om tot voorspelbare uitkomsten te kunnen komen.

De House of Lords verwierp in 1994 de toetsing aan de hand van het publieke geweten in het arrest *Tinsley v Milligan*.²² In plaats daarvan kwam de *reliance-rule*; als een vordering steunde op het onwettige gedrag van de eiser kon deze niet terugvorderen. Op deze regel bestonden verschillende uitzonderingen, zodat een actie ondanks eerdere onrechtmatigheid toch kon slagen. De ernst van de schending van het recht speelde soms een rol. Zo is in *tort-cases* overwogen dat strafbaar gedrag voldoende ernstig moest zijn om toepassing van het verweer te rechtvaardigen.²³

"In the case of criminal conduct this has to be sufficiently serious to merit the application of the principle. Generally speaking a crime punishable with imprisonment could be expected to qualify. If the offence is criminal, but relatively trivial, it is in any event difficult to see how it could be integral to the claim."

In de *law of restitution* kan de *defence of illegality* worden opgeworpen tegen een partij die voor een onwettig of onzedelijk doel heeft betaald en daarna terugvordert. De ontvanger van het geld kan aanvoeren dat de eiser die hem bijvoorbeeld voor het plegen van een misdrijf heeft betaald, geen recht op terugbetaling heeft.²⁴ De bezwaren tegen het slagen van dit verweer liggen voor de hand: de pot verwijt de ketel en profiteert ondertussen ook nog behoorlijk. Verder blijft door weigering van terugvordering het geld waar het is en wordt aldus juist de onrechtmatige toestand gehandhaafd.

De Engelse rechter stond soms terugvordering toe aan een wetsovertreder die tijdig berouw

20 Van Kooten, p. 243 e.v.

21 *Euro-Diam v Bathurst* [1990] 1 QB 1.

22 *Tinsley v Milligan* [1994] 1 AC 340.

23 Aldus Sir Murray Stuart-Smith in *Vellino v Chief Constable of Greater Manchester* [2002] 1 WLR 218.

24 In dit verband wordt ook soms het adagium *in pari causa potior est positio defendentis* ingeroepen, ofwel bij gelijke onbetamelijkheid is de positie van gedaagde sterker. In dit artikel ga ik uit van de ruimere *ex turpi causa*-regel.

toonde over zijn handelen.²⁵ Deze uitzondering stond bekend als *locus poenitentiae*: iemand die berouw toonde over zijn gedrag, zoals de omkoper uit het voorbeeld, kon terugvorderen, mits nog geen uitvoering was gegeven aan het onrechtmatige plan. Door de vele uitzonderingen en nuances leidde ook deze benadering tot problemen, zodat de regels aangaande *illegality* uiteindelijk als 'complex and confused' werden gezien en aan heroverweging toe waren.²⁶ De *Law Commission* is uiteindelijk niet overgegaan tot ontwerpwetgeving voor de *law of restitution*, maar liet de rechtsontwikkeling over aan de rechter.

4. Een niet-gedane belegging met voorkennis in *Patel v Mirza*

In 2016 besliste de Supreme Court de zaak *Patel v Mirza*, waarin de regels aangaande terugvordering fundamenteel werden besproken.²⁷ Het arrest leidde tot veel reacties in de literatuur en heeft zich in korte tijd tot standaardarrest ontwikkeld.²⁸ De zaak draaide om een plan dat was bekokstoofd aan de vrijdagse pokertafel waar de heren Patel en Mirza elkaar regelmatig ontmoetten. Mirza gokte vaak op aandelenkoersen; hij kon met name de koersen van het aandeel RBS goed voorspellen, omdat hij contacten had met overheidsfunctionarissen die bij belangrijke vergaderingen waren en hem informatie doorspeelden. De vermogende Patel wilde wel investeren op basis van deze *inside information* en maakte £620.000 over op een speciale beleggingsrekening van Mirza.

Later bleek dat er geen speciale informatie te verwachten was over RBS. Mirza beloofde het geld terug te betalen maar slaagde hier om onduidelijke redenen niet in. Hij stelde dat het geld door een fout van zijn bank naar een verkeerde rekening was overgemaakt. Uiteindelijk vorderde Patel het door hem ingelegde bedrag terug. De High Court wees deze vordering in eerste aanleg af, omdat Patel's actie was gebaseerd op zijn eigen onbetamelijkheid. Zowel de Court of Appeal als de Supreme Court stond terugvordering wel toe, maar de rechters streden over de vraag welke benadering te verkiezen was. De meerderheid van de Court of Appeal kende *restitution* toe, omdat het geld niet was ingezet om de koersen van RBS te voorspellen. Weliswaar was geen sprake van werkelijk berouw van Patel, maar de Court of Appeal oordeelde dat Patel het betaalde geld kon terugvorderen, omdat het beoogde doel van de betaling niet was verwezenlijkt.

²⁵ Hierover bijv. Van Kooten, p. 263 e.v.

²⁶ Zie Report 2010, par. 1.3

²⁷ *Patel v Mirza* [2016], UKSC 42.

²⁸ Zie onder meer G. Virgo, '*Patel v Mirza*: one step forward and two steps back', *Trusts and Trustees* 2016/10, p. 1090-1097 en A. Burrows, 'Illegality after *Patel v Mirza*', *Current Legal Problems* 2017/1, p. 55-71; deze en vele andere auteurs hebben meegewerkt aan een volledig aan het arrest gewijd boek, dat in juni 2018 verscheen: S. Green en A. Bogg (red.), *Illegality after Patel v Mirza*, Oxford: Hart Publishing 2018.

De meerderheid van de Supreme Court oordeelde dat meerdere factoren moesten worden betrokken bij de vraag of iemand een actie kon instellen, ondanks zijn onrechtmatige gedrag.²⁹ Rekening moest worden gehouden met:³⁰

1. the purpose of the prohibition which has been transgressed, and whether the purpose would be enhanced by the denial of the claim;
2. any other relevant public policy on which the denial of the claim may have an impact; and
3. whether denial of the claim would be a proportionate response to the illegality, bearing in mind that punishment is a matter for the criminal courts.

Na toetsing aan de hand van deze factoren oordeelde de Supreme Court dat Patel het door hem ingelegde bedrag hoorde terug te krijgen. Het feit dat hij had willen beleggen met voorkennis, was geen reden om een actie te weigeren. Van bovenstaande factoren is vooral de derde interessant: is weigering van terugvordering een juiste reactie op de onrechtmatigheid, gelet op het feit dat bestraffing een zaak is voor strafrechters en niet voor civiele rechters? De vraag is dan wanneer verwerpelijk gedrag van de eiser reden voor weigering van terugbetaling moet zijn.

5. *Restitution* en zware misdaad

De betaling op basis van de voorkennis kan uiteraard voer voor strafrechtelijke vervolging zijn.³¹ Geen van de rechters in hoger beroep of cassatie ging in op de morele vraag of Patel gezien zijn onbetamelijke gedrag terugvordering moest worden geweigerd. Het dubieuze gedrag aan de pokertafel was geen reden om Patel's vordering af te wijzen. De Supreme Court overwoog slechts dat bestraffing een zaak is voor strafrechters, waaraan kan worden toegevoegd dat het opleggen van straffen buiten de taakomschrijving van de civiele rechter valt. Het mogelijk strafbare gedrag van een partij hoeft daarom geenszins te betekenen dat een hiermee verband houdende vordering bij de civiele rechter strandt. Wel komt deze

29 Een minderheid van de Supreme Court overwoog dat bij wijze van hoofdregel terugvordering moest worden toegestaan en dat het meerderheidsstandpunt met zijn 'multi-factorale' benadering leidt tot rechtsonzekerheid. Deze benadering vertoont gelijkenis met art. 15:104 lid 2 jo. 15:102 lid 3 PECL (Principles of European Contract Law).

30 Lord Toulson in *Patel v Mirza* [2016], UKSC 42, par. 120. De Court of Appeal besliste recent aan de hand van deze factoren in de zaak *XX v Whittington Hospital NHS Trust* [2018] EWCA Civ 2832, par. 69 e.v. In deze zaak vorderde een vrouw schadevergoeding van een ziekenhuis wiens nalatigheid tot haar onvruchtbaarheid had geleid. De vraag was in hoeverre het krijgen van kinderen door middel van een buitenlandse draagmoeder als schadevergoeding in aanmerking kwam. Mede op grond van de uitspraak in *Patel v Mirza* kwam het Hof tot een ruimere toekenning van schadevergoeding dan in eerdere zaken het geval was.

31 Het gedrag van partijen is strafbaar op grond van s52 Criminal Justice Act 1993.

rechter voor een dilemma te staan als een partij zich bij hem meldt om bijvoorbeeld geld terug te eisen dat hij aan een crimineel heeft betaald om een klusje uit te laten voeren. Jacques du Plessis omschreef dit dilemma op beeldende wijze: "Justice may be blind, but she can smell."³² De vraag is wat een rechter moet doen als een hem voorgelegde zaak een wel zeer onwelriekende geur verspreidt. Moet er in voldoende ernstige gevallen geen morele barrière tegen *restitution* worden opgeworpen?³³

"Undoubtedly there may be cases where the contract may be of a nature too grossly immoral for the Court to enter into any discussion of it; as where one man has paid money by way of hire to another to murder a third person."

Het hier gegeven voorbeeld zal zich niet snel voordoen in de civiele rechtszaal, maar is wel het prototype voorbeeld van een zeer immorele overeenkomst. Hoe zou de civiele rechter moeten handelen als hij een vordering krijgt voorgelegd, die verband houdt met de meest zware misdaad? Dan blijken de meningen uiteen te lopen. Sommige auteurs gaan ervan uit dat in zaken die worden getroffen door 'extreme onbehoorlijkheid' de rechter terugvordering moet kunnen afwijzen:³⁴

"Some claims should also be prohibited on the grounds of extreme moral turpitude - claims to recover money paid to a defendant to murder a third party would be an example. But a high threshold of turpitude would be needed to trigger this secondary principle and claimants who are guilty of fraud or theft should not be denied recovery on this ground."

Het lijkt logisch om degene die opdracht heeft gegeven tot een huurmoord en daarvoor heeft betaald geen hulp te bieden bij een eventuele poging het geld terug te krijgen. Een dergelijke actie is ontoelaatbaar en hoort niet te slagen. Bij dit ogenschijnlijk heldere voorbeeld wordt ook de tegengestelde opvatting verdedigd. Lord Sumption gaat ervan uit dat de ingeschaalde huurmoordenaar moet terugbetalen:³⁵

"If I pay £10,000 to a hitman to kill my enemy, he should not kill my enemy and should not have £10,000. The fact that when it comes to the point he is unwilling or unable to kill my enemy does not give him any legal or moral entitlement to keep the £10,000. If he does kill him, the rational response is the same. He should be convicted of murder, but he should never have received the money for such a purpose and by the same token should not be allowed to retain it. Of course, in practice, this is all

³² In zijn bespreking van mijn proefschrift in *European Review of Private Law* 2018/3, p. 458.

³³ Overweging ten overvloede van Heath J. in *Tappenden v Randall* (1801) 2 B&P, 467.

³⁴ Zie C. Mitchell, P. Mitchell en S. Watterson, *Goff & Jones: The Law of Unjust Enrichment* (8e dr.), Londen: Sweet & Maxwell 2011, par. 35-36.

³⁵ In *Patel v Mirza* [2016], UKSC 42, par. 254; vgl. zijn collega Neuberger in dezelfde zaak, par. 176.

rather artificial. In a case involving heinous crimes, both parties would be exposed to confiscation orders under the Proceeds of Crime Act 2002. St Thomas Aquinas thought the ideal solution to such a conundrum was that neither party should have the money, which should be paid to charity."³⁶

Lord Sumption benadert het dilemma vanuit het perspectief van de ontvanger van het geld. De huurmoordenaar heeft geen enkel recht op het bedrag van £10.000. De mogelijkheid om het geld te behouden moet daarom worden uitgesloten, want hij zou nooit iets hebben mogen ontvangen. Het probleem kan echter evengoed van de andere kant worden benaderd: had hiervoor ooit moeten worden betaald? Moet een opdrachtgever die een huurmoord heeft willen uitlokken, zijn geld terugkrijgen? Evenals bij de betaling aan een corrupte ambtenaar is het kiezen tussen twee kwaden. Thomas van Aquino schreef in de 13^e eeuw reeds dat het geld aan liefdadigheid moest worden besteed. Tegenwoordig is de overheid belast met de zorg voor het algemeen belang en daarom kan worden betoogd dat het geld aan haar moet toevallen. De mogelijkheid hiertoe is niet privaatrechtelijk, maar strafrechtelijk. Niet zozeer de toe- of afwijzing van vorderingen, maar ontneming door de overheid is daarom geboden in 'cases of extreme moral turpitude'.

6. Strafrechtelijke ontneming door middel van *civil recovery*

Het probleem bij de beoordeling van 'onoirbare vorderingen' is vooral de onhoudbaarheid van beide mogelijke uitkomsten die het civiele recht kan bieden.³⁷ In een strafrechtelijk ingrijpen ligt de beste oplossing. Deze weg biedt de meest rechtvaardige uitkomst: zowel het toestaan van terugvordering aan de opdrachtgever als het behoud van het geld door de huurmoordenaar zijn onacceptabel. Zoals Lord Sumption in zijn overwegingen in *Patel v Mirza* opmerkte, zijn beide partijen bij een moordovereenkomst strafrechtelijk aansprakelijk onder de Proceeds of Crime Act (POCA). De POCA kent verschillende ontnemingsmogelijkheden, waaronder die van *civil recovery*.³⁸ Deze rechtsgang is alleen in naam civiel; zij vindt van overheidswege plaats en maakt het mogelijk om onrechtmatig verkregen vermogen te ontnemen.³⁹

36 Sumption verwijst naar de in 1265 door Thomas van Aquino geschreven *Summa Theologica* (Hoofdzaak van de Theologie), Deel 2.2, Vraag 62, art. 5.

37 Burrows heeft een oplossing tussen de beide uitersten van consequente toe- of afwijzing verdedigd; A. Burrows, *A restatement of the English law of unjust enrichment*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 109. Hij stelt dat op basis van de *locus poenitentiae*-doctrine terugtrekking mogelijk moet zijn. De mogelijkheid om terug te vorderen is aldus gekoppeld aan de vraag of de wederpartij reeds een begin van uitvoering heeft gemaakt. Als de huurmoordenaar nog niet heeft gepresteerd, kan de opdrachtgever nog terugkrabbelen en het betaalde geld terugvorderen.

38 Ook wel *civil forfeiture* of *civil confiscation* genoemd.

39 P. Alldridge, *Money Laundering Law*, Oxford-Portland: Hart Publishing 2003, p. 232.

The process is only civil in the sense that the civil standard of proof (maybe) applies. It still involves an exercise of the full powers of the State against the citizen, something that is in danger of being camouflaged by the expression 'civil' or the naming of a claimant other than the State.

Het is mogelijk om zonder strafrechtelijke veroordeling vermogensbestanddelen in beslag te nemen die mogelijk verband houden met (zwarte) criminaliteit. De maatregel gaat uit van een speciaal bureau, de National Crime Agency (NCA), dat een proces ter ontneming van verdacht vermogen kan voeren voor de High Court.⁴⁰ Omdat de procedure losstaat van een strafrechtelijke veroordeling, rust er geen zware bewijslast op de NCA. Als waarschijnlijk is dat het vermogen op misdadige wijze is verkregen, moet de gedaagde aantonen dat hij het rechtmatig heeft verworven. Deze lage bewijslast is door de Supreme Court in overeenstemming geacht met de eisen van art. 6 lid 1 EVRM waar het recht op een eerlijk proces is vastgelegd.⁴¹ De ontneming van het geldbedrag kan vanzelfsprekend niet door de civiele rechter worden bevolen. De werking van de POCA staat los van diens oordeel.⁴² Daarom is het wel nodig dat de civiele rechter in de hem voorgelegde zaken een beslissing neemt en blijft de vraag welke rol het strafbare gedrag van partijen dan speelt.

Iemand hoort niet van misdrijven te profiteren, maar of dit nu juist door toe- of afwijzing van terugvordering wordt bereikt, valt niet bij voorbaat te zeggen. De *Law Commission* overwoog in 2010 dat criminele organisaties niet door een rechter moeten worden geholpen als zij hebben geprobeerd hun onrechtmatig verkregen vermogen onder te brengen in een *trust*. De positie van *beneficiary* hoort niet te worden beschermd, als het doel was om door middel van een *trust* de herkomst van crimineel vermogen te verbergen. De Commissie hield in het eindrapport bewust open wanneer hiervan sprake was en stelde de discretie van de rechter voorop:⁴³

"We did consider whether we should limit the scope of the discretion to cases where the purpose was a "serious" crime in order to ensure that we did not capture minor technical infringements of the criminal law. However, we found it difficult to ring-fence particular "serious" crimes that might be included here. Short of trawling through all crimes that exist and listing those that appear in some sense worse than others, there is no obvious method of selecting particularly serious ones. Any such demarcation would be controversial."

De *Commission* oordeelde wat mij betreft verstandig door de civielrechtelijke beoordeling van misdaad aan de beoordeling van de rechter over te laten. De ernst van een misdrijf en de gevolgen voor iemands burgerlijke rechten kan niet bij voorbaat worden bepaald. De

40 Op grond van s240 (1)(a) POCA. De in 2013 opgerichte NCA is al het derde bureau dat met de opsporing en ontneming van verdacht vermogen is belast; zijn voorgangers zijn de in 2003 opgerichte ARA (Assets Recovery Agency), die enkele jaren later opging in de SOCA (Serious Organised Crime Agency).

41 *Serious Organised Crime Agency v Gale* [2011] UKSC 49.

42 Zie *Patel v Mirza* [2016], UKSC 42, par. 185.

43 Report 2010, par. 2.28.

neutrale keuze om de zaak aan de discretie van de civiele rechter over te laten, is daarom goed te begrijpen. In algemene zin kan niet worden gezegd wanneer een actie onder een *trust* moet worden geweigerd aan een crimineel. Deze benadering lijkt mij ook zinvol voor andere privaatrechtelijke leerstukken.

In het eerste rapport van de *Law Commission* was bij de bespreking van de *law of restitution* het uitgangspunt eveneens dat de rechter beoordelingsruimte diende te houden in "cases of extreme turpitude".⁴⁴ Met gebruikmaking hiervan kan hij beslissen terugvordering te weigeren. Deze vrije ruimte voor de rechter valt toe te juichen, omdat vaste regels over de privaatrechtelijke gevolgen van zware misdaad niet te geven zijn. Wel is te hopen dat de rechter zijn ruimte niet hoeft te benutten, omdat de ontneming van het verdiende geld het belang van een civiele procedure wegneemt.

7. Aangifte door de civiele rechter in het Nederlandse recht

De Engelse overheid heeft een ruim arsenaal aan instrumenten ter ontneming van crimineel vermogen tot haar beschikking. Ook in Nederland zijn er verschillende manieren om de opbrengsten van misdadig gedrag te confisqueren. Vanouds was verbeurdverklaring mogelijk van verdiensten die van misdrijven afkomstig waren (art. 33 Sr). Hiernaast is er een verruiming van het strafrecht geweest die bekend staat onder de naam 'pluk ze'-wetgeving en die vooral is gericht op de aanpak van criminele organisaties. Art. 33a Sr bepaalt dat baten die door middel van een strafbaar feit zijn verkregen, vatbaar zijn voor een verbeurdverklaring.⁴⁵ Ook bestaat de maatregel van voordeelsontneming. Hierdoor kan wederrechtelijk verkregen voordeel worden ontnomen aan de veroordeelde voor een strafbaar feit.⁴⁶ Verder kan reeds bij een verdenking van een -kortweg- ernstig strafbaar feit conservatoir beslag worden gelegd. De mogelijkheden hiertoe zijn door de 'pluk ze'-wetgeving eveneens vergroot.⁴⁷ De enkele verdenking van een misdrijf waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd, is voldoende. In een vroeg stadium kan deze maatregel worden genomen, mits het om een voldoende ernstig feit gaat. Aldus heeft de wetgever het Openbaar Ministerie voorzien van de mogelijkheid om bij een vermoeden van strafbare feiten tot optreden over te gaan.

De civiele rechter die tijdens een procedure het vermoeden krijgt dat strafbare feiten zijn

44 Report 2009, par. 4.39.

45 Hierdoor kan ook het zogenaamde vervolprofijs worden geconfisqueerd; dit zijn voorwerpen die uit de baten van een strafbaar feit zijn verkregen, zoals een auto die met de opbrengst van een misdrijf is gefinancierd.

46 Zie art. 36e lid 1 sub a Sr: "Op vordering van het openbaar ministerie kan bij een afzonderlijke rechterlijke beslissing aan degene die is veroordeeld wegens een strafbaar feit de verplichting worden opgelegd tot betaling van een geldbedrag aan de staat ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel."

47 Zie art. 94 en 94a Sv.

gepleegd, mag niet zomaar tot aangifte overgaan en als aangever van het Openbaar Ministerie fungeren. In 1997 kwam een zaak aangaande de ontbinding van een arbeidsovereenkomst voor de kantonrechter.⁴⁸ Ter zitting bleek dat de werknemer vijf jaar eerder, bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst, had verzocht om een deel van het loon 'zwart' uit te betalen, omdat hij vreesde voor een loonbeslag. De werkgever was hiermee akkoord gegaan en had het zwart betaalde bedrag buiten de boeken gehouden. Toen de rechter dit ter ore kwam, ging hij tot aangifte over wegens vermoedelijk gepleegde strafbare feiten, te weten onttrekking van gelden aan beslag, belastingfraude en valsheid in geschrifte.

Deze beslissing van de rechter werd aangevochten bij de Ombudskamer van de Hoge Raad:⁴⁹ de werknemer verklaarde dat hij de bewuste gegevens had medegedeeld, omdat er geen publiek bij de zitting aanwezig was en hij geen rekening hield met een aangifte door de rechter. Als hij dat had geweten, had hij de informatie voor zich gehouden. De Hoge Raad verklaarde de klacht gegrond en baseerde deze beslissing het in art. 6 EVRM vervatte recht op een eerlijk proces. Partijen moeten in een civiele zaak alle mogelijk relevante informatie voor de rechter kunnen brengen en zouden hierin worden belemmerd als een rechter onverplicht tot aangifte overgaat. Het belang van de waarheidsvinding in een procedure prevaleert boven het algemeen belang van de mogelijke vervolging en bestraffing van delicten.⁵⁰

In bijzondere gevallen is dat anders en moet het recht op een open proces wijken voor andere belangen: dat is zo als een aangifteplicht bestaat. De misdrijven waar deze plicht voor bestaat, zijn opgesomd in artt. 160 en 162 Sv. Art. 162 Sv bevat een specifieke aangifteplicht voor ambtenaren bij zaken in de ambtelijke sfeer. Art. 160 Sv verplicht eenieder tot het doen van aangifte bij kennis van bepaalde ernstige misdrijven, waaronder misdrijven tegen de staatsveiligheid zoals aanslagen. Ook bestaat deze verplichting bij misdrijven tegen het leven gericht, waaronder moord en doodslag of als er misdrijven zijn gepleegd waardoor levensgevaar voor personen is veroorzaakt, zoals brandstichting. In het oorspronkelijke wetsvoorstel had de aangifteplicht betrekking op 'een misdrijf tegen de openbare rust of veiligheid of tegen iemands leven'.⁵¹ Later ging de wetgever uit van een precieze aanduiding van de delicten waarvoor een aangifteplicht gold. Er werd voor gekozen om inbreuken op iemands eigendom buiten het bereik van de aangifteplicht te laten 'daar het bedenkelijk scheen de verplichting tot elken, wellicht kleine diefstal uit te strekken'.⁵²

Art. 161 Sv kent een algemene aangiftebevoegdheid die eenieder toekomt. Deze bevoegdheid mag echter niet worden uitgeoefend voor feiten die de civiele rechter in een proces ter ore komen. De argumenten hiervoor zijn zeker te billijken. De rechter heeft een speciale

48 Hierover Jonkers, p. 245 e.v.

49 HR 30 maart 1998, NJ 1998, 554.

50 Overigens mag een rechter wel aangifte doen als hij vermoedt dat een partij hem in een procedure heeft geprobeerd te misleiden door bijvoorbeeld valse stukken in het geding te brengen, zie HR 30 oktober 2001, NJ 2003, 200-202.

51 Kamerstukken II 1913/14, 286, nr. 1, p. 28.

52 Kamerstukken II 1913/14, 286, nr. 3, p. 104.

hoedanigheid en informatie moet vrij gedeeld kunnen worden in de zittingszaal. De civiele rechtspleging waar partijen hun belangen mogen behartigen, staat los van het strafrecht waar de bewijsvoering anders is en waar de procedure een ander doel heeft. De scheiding tussen privaatrecht en strafrecht noopt daarom tot terughoudendheid bij de beslissing over te gaan tot aangifte.

Dat elke mogelijkheid tot onverplichte aangifte de rechter wordt ontnomen, gaat echter te ver. Art. 6 EVRM verplicht geenszins tot een rechterlijk verbod om op grond van art. 161 Sv aangifte te doen. Het EVRM laat veel beoordelingsruimte aan de lidstaten om te bepalen welke beperkingen op de verschillende grondrechten toelaatbaar zijn.⁵³ Het in het geding zijnde recht moet worden afgewogen tegen de aard en ernst van de inbreuk hierop. Bij een vermoeden van ernstige feiten zoals diefstal of mishandeling mag een Nederlandse rechter nu geen aangifte doen. Het is onwaarschijnlijk dat de pleger van een dergelijk feit met succes bij het EHRM kan klagen over een oneerlijk proces, als de rechter dit wel zou doen.⁵⁴ Knigge schreef terecht dat niet zozeer de aangiftebevoegdheid voor de civiele rechter een inbreuk vormt op art. 6 EVRM, maar het mogelijke gebruik dat van deze bevoegdheid wordt gemaakt.⁵⁵

De rechter moet mijns inziens een afweging kunnen maken waarbij hij het belang van een 'normale' civiele procesgang afweegt tegen de ernst van de vermoedelijke strafbare feiten en het belang dat bestaat bij direct overheidsingrijpen. In art. 160 Sv is een aantal misdrijven opgenomen waarbij aangifte *moet* worden gedaan, ook door een rechter. Deze lijst zou niet moeten betekenen dat voor andere misdrijven geen aangifte *mag* worden gedaan. Een volledige afbakening van 'aangifte-waardige misdrijven' kan niet worden gegeven. De ernst van de feiten en de betrokken belangen moeten steeds worden afgewogen.

8. Onoirbaarheid in het civiele recht: art. 6:211 BW

Hoe moet de civiele rechter nu oordelen over 'cases of extreme moral turpitude', los van de vraag of hij hiervan aangifte mag of moet doen? De Engelse *Law Commission* heeft de privaatrechtelijke consequenties van extreem immoreel gedrag bewust overgelaten aan de rechter. In Nederland is in 1992 voor dergelijke kwesties een bepaling opgenomen in het wetboek, te weten art. 6:211 BW. Onder het oud BW stond de Hoge Raad op grond van art. 1395 OBW consequent een actie toe, als zonder rechtsgrond was gepresteerd.⁵⁶ Ook als

53 Hierover M.W. Knigge, 'Art. 6 EVRM: een belemmering voor aangifte door de rechter?', *WPNR* 2006, p. 618 e.v.

54 Zie ook W.D.H Asser, noot bij HR 30 maart 1998, *NJ* 1998, 554.

55 Knigge, p. 621.

56 Zie Jonkers, p. 166.

iemand voor een onzedelijk doel had betaald, kon hij het geld met een actie uit onverschuldigde betaling terugvorderen.⁵⁷ Deze opvatting was volgens de rechtsleer niet in alle gevallen houdbaar. Scholten meende dat bij 'bijzondere onbehoorlijkheid' geen actie moest worden toegestaan.⁵⁸ Petit nam de billijkheid als leidraad en schreef dat terugvordering niet in strijd mocht zijn met het rechtsgevoel.⁵⁹

"De rechter moet onderzoeken: of eischer wel redelijkerwijze, billijkheidshalve, volgens normen van maatschappelijke betamelijkheid, het betaalde terugvorderen mag; of toewijzing van den terugvorderingseisch niet in strijd is met het rechtsgevoel."

Het toestaan van terugvordering mocht niet indruisen tegen het rechtsgevoel. Deze opvatting vertoont grote overeenkomsten met de maatstaf die de Court of Appeal hanteerde, waarbij de 'public conscience' centraal stond.⁶⁰ Ook Meijers behoorde tot de critici van een onbegrensde toekenning van vorderingen uit onverschuldigde betaling. Hij zag vooral problemen bij de geldelijke waardering van misdrijven.⁶¹ Iemand hoorde in rechte geen beloning voor gepleegde misdrijven te kunnen vorderen, doordat een rechter overging tot taxatie van een onverschuldigd verrichte prestatie. De rechtsorde verzette zich tegen een dergelijke taxatie van een verboden gedraging.⁶² In het nieuw BW is op basis van deze opvatting een bepaling tot stand gebracht, die vorderingen uit onverschuldigde betaling kan verhinderen. Art. 6:211 lid 1 BW luidt:

"Kan een prestatie die op grond van een nietige overeenkomst is verricht, naar haar aard niet ongedaan worden gemaakt en behoort zij ook niet in rechte op geld te worden gewaardeerd, dan is een tot ongedaanmaking van een tegenprestatie of tot vergoeding van de waarde daarvan strekkende vordering, voor zover deze deswege in strijd met redelijkheid en billijkheid zou zijn, eveneens uitgesloten."

Het artikel neemt in het eerste deel als uitgangspunt dat er een prestatie is verricht die naar haar aard niet ongedaan kan worden gemaakt en die niet op geld hoort te worden gewaardeerd. In het tweede gedeelte wordt een tegenvordering uitgesloten, voor zover deze in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou zijn. Het artikel is alleen van toepassing als een van de prestaties niet op geld behoort te worden gewaardeerd. De reden hiervoor wordt in de

57 Zie uitdrukkelijk HR 4 mei 1923, *NJ* 1923, p. 920 (Lotisico) en HR 10 maart 1933, *NJ* 1933, p. 804 (Gekochte echtscheiding).

58 Noot bij HR 10 maart 1933, *NJ* 1933, p. 812.

59 C.J.J.M. Petit, *Overeenkomsten in strijd met de goede zeden*, Leiden: Eduard IJdo 1920, p. 142-143.

60 Vgl. par. 3.

61 E.M. Meijers, 'De gevolgen der nietigheid eener overeenkomst wegens ongeoorloofde oorzaak', *WPNR* 1937, p. 300.

62 Zie L.C. Hofmann/H. Drion/K. Wiersma, *Het Nederlands Verbintenissenrecht. De algemene leer der verbintenissen*, deel II (8^e dr.), Groningen: Wolters 1959, p. 31.

parlementaire geschiedenis gegeven:⁶³

"Bij sommige prestaties, b.v. die welke bestaan in het plegen van een strafbaar feit of in gedragingen welke in strijd zijn met de goede zeden, zal het niet als onoorbaar kunnen worden beschouwd, wanneer de rechter bij zijn beslissing moet overgaan tot waardering van de prestatie op een geldsbedrag. Heeft iemand krachtens overeenkomst met een ander voor geld een derde gedood of mishandeld, dan zou het stuitend zijn wanneer de rechter poogde vast te stellen welke geldswaarde de dood of de mishandeling van het slachtoffer voor de opdrachtgever heeft vertegenwoordigd."

Hier is sprake van een categorie vorderingen die door de Nederlandse wetgever als 'too obnoxious' is aangemerkt om serieus te beoordelen. Het gaat hierbij niet om onoorbaarheid van het gedrag van de eiser, maar om onoorbaarheid van waardering op geld. Een voorwaarde voor toepassing van art. 6:211 lid 1 BW is immers dat een prestatie naar haar aard niet ongedaan kan worden gemaakt en niet op geld hoort te worden gewaardeerd. Waarschijnlijk is dit 'niet behoren te waarderen' als een vanzelfsprekende grond voor weigering van een actie beschouwd. Het is tenslotte onoorbaar dat de prestatie van bijvoorbeeld een mishandelaar wordt getaxeerd, zodat hij in rechte een beloning kan opeisen. Het tweede deel van art. 6:211 lid 1 BW zorgt ervoor dat de opdrachtgever zijnerzijds niets kan terugvorderen. Iemand die heeft betaald voor een misdrijf dat is gepleegd en dat niet op geld behoort te worden gewaardeerd, kan geen terugbetaling eisen. Het zou stuitend zijn als hij eenzijdig het betaalde zou kunnen terugvorderen. Deze tegenvordering uit onverschuldigde betaling is daarom ook uitgesloten.⁶⁴

9. Problemen rondom art. 6:211 BW

Art. 6:211 BW is zoals gezegd van toepassing als een misdrijf is gepleegd dat naar haar aard niet is ongedaan te maken én dat niet op geld hoort te worden gewaardeerd. Ik betwijfel de wenselijkheid om dit artikel in het BW op te nemen. Het is lastig te bepalen wanneer een prestatie niet op waarde hoort te worden geschat. Een mishandeling blijktens de parlementaire geschiedenis niet.⁶⁵ Corruptie en fraude zijn minder ernstig en vermoedelijk geen reden

⁶³ Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, C.J. van Zeben, J.W. du Pon, M.M. Olthof (red.), Deventer: Kluwer 1981, p. 822.

⁶⁴ Voor zover deze tegenvordering in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Hier is zonder meer sprake van als twee partijen willens en wetens de wet hebben overtreden. Meer over deze tegenvordering in par. 10.

⁶⁵ Zie PG Boek 6, p. 822.

om een vordering uit onverschuldigde betaling te laten stranden.⁶⁶ Een omgekochte ambtenaar zou dus wel recht op waardevergoeding hebben voor bewezen diensten. Het voorbeeld uit de inleiding valt waarschijnlijk niet onder het bereik van art. 6:211 BW: degene die in ruil voor steekpenningen heeft bewerkstelligd dat aan zijn omkoper opdrachten zijn gegund, heeft een vordering tegen zijn omkoper. Hij kan op grond van art. 6:210 lid 2 BW waardevergoeding eisen voor de verleende diensten.

Maar hoe te oordelen over een wapentransporteur die een lading mitrailleurs naar de afgesproken bestemming heeft gebracht of een chemisch bedrijf dat zojuist het giftige afval van de buurman in een rustige bocht van de Maas heeft achtergelaten? Het wettelijke criterium is bij de beoordeling hiervan niet erg behulpzaam en leidt tot lastige afwegingen. Hiertegen kan worden ingebracht dat de rechter in ieder geval de ruimte heeft om bij ernstige misdrijven geen actie toe te staan en in voldoende ernstige gevallen kan ingrijpen. Aan de hand van de open norm van art. 6:211 lid 1 BW kan hij per geval bepalen wanneer een waardering op geld stuitend is en op deze wijze kan hij het rechtsgevoel laten spreken. Hiervoor heeft de wetgever wel een zeer lastig leesbare bepaling in het BW heeft opgenomen.

Door de gekozen formulering heeft art. 6:211 BW een beperkt toepassingsgebied. Iemand die op basis van een onwettige overeenkomst een prestatie heeft verricht, kan 'gewoon' een vordering uit onverschuldigde betaling instellen. Alleen in ernstige gevallen waarbij veelal strafbaar gedrag in het spel is, komt het artikel voor toepassing in aanmerking.⁶⁷ Daarbij komt dat het artikel niet alleen een beperkt toepassingsgebied, maar ook een beperkt probleemoplossend vermogen heeft. Dat heeft te maken met de keuze van de wetgever om niet de onbehoorlijkheid van het gedrag van de eiser centraal te stellen in art. 6:211 BW, maar de onoirbaarheid van waardering op geld. Hierdoor vallen sommige 'schandelijke' kwesties buiten het bereik van het artikel. Over de betaling voor ernstige misdrijven zwijgt art. 6:211 BW zolang het misdrijf nog niet is gepleegd. De vraag of degene die een huurmoordenaar heeft betaald zijn geld kan terugvorderen, blijft onbeantwoord zolang de klus nog niet is uitgevoerd. Een andere beperking is de voorwaarde dat het artikel alleen van toepassing is als het misdrijf naar zijn aard niet ongedaan kan worden gemaakt. Als iemand heeft betaald voor wapens of drugs, die volgens afspraak zijn geleverd, zijn deze prestaties naar hun aard ongedaan te maken. Kunnen beide partijen dan geld respectievelijk wapens terugvorderen? Art. 6:211 BW geeft hier geen antwoord op.

66 Conform de schaarse onder het oud BW gewezen rechtspraak in dergelijke kwesties; hierover Jonkers, p. 175 e.v.

67 Partijen zullen dan bovendien zelden geneigd zijn om een civiele procedure te starten, waarin zij dit gedrag zelf in de rechtszaal moeten openbaren.

10. De rol van de redelijkheid en de billijkheid bij terugvordering

Er is een route om in bovenstaande kwesties terugvordering te weigeren, namelijk door te oordelen dat toewijzing van de vordering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.⁶⁸ De vordering uit onverschuldigde betaling, kan op die grond aan de opdrachtgever van een moord of een wapendealer worden ontzegd. Kan aan de hand van art. 6:2 lid 2 BW 'maatwerk' voor schurken worden geleverd? Op grond van dit artikel kan een partij geen vordering tegen een schuldenaar instellen, "voor zover dit onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn". Hierbij kunnen verschillende gezichtspunten een rol spelen. Art. 3:12 BW bepaalt:

"Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken."

Deze algemene normen spelen een rol bij de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Centraal staat daarbij steeds de verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar.⁶⁹ De rechtsovertuigingen en de overige algemene factoren van art. 3:12 BW dienen er uiteindelijk toe om te helpen bepalen wat tussen partijen redelijk en billijk is. Aldus is het mogelijk dat een rechtsregel buiten toepassing wordt gelaten, om zo tot een rechtvaardige uitkomst te komen.

Om gerechtigheid te bereiken is denkbaar dat een vordering uit onverschuldigde betaling niet wordt toegekend aan iemand die zonder rechtsgrond een betaling heeft gedaan of een prestatie van andere aard heeft verricht. Op grond van zijn gedrag is het mogelijk dat een partij dit recht heeft verwerkt.⁷⁰ Kunnen de redelijkheid en billijkheid ook dienen om een opdrachtgever tot een misdrijf een actie uit onverschuldigde betaling te weigeren wegens zijn wangedrag? Mijns inziens niet: er moeten speciale omstandigheden *tussen partijen* bestaan om te rechtvaardigen dat een vordering niet met succes kan worden ingesteld. De afwijzing van een vordering op grond van de redelijkheid en billijkheid hoeft geenszins te leiden tot een eerlijke uitkomst. Als een opdrachtgever geen geld kan terugvorderen van een ingehuurd misdadiger die niets heeft gedaan, wordt er bepaald geen gerechtigheid gedaan. Een Nederlandse *defence of illegality* dient dan ook niet op grond van de redelijkheid en billijkheid mogelijk te zijn, omdat de ingestelde vordering te onbetamelijk is.

Een verwijzing naar de redelijkheid en billijkheid is te vinden in art. 6:211 lid 1 BW. Dit artikel is van toepassing als taxatie van een prestatie onoirbaar is, zodat een misdadiger geen beloning voor bewezen diensten kan vorderen van zijn opdrachtgever. Hierna moet ook nog

68 Hierover HR 28 juni 1991, *NJ* 1992, 787 (Verkerk/Van der Veen) en W.J. Zwalve, 'Redelijkheid en billijkheid, goede zeden en restitutie', *WPNR* 2002, p. 606 e.v.

69 Vgl. bijv. W.L. Valk in *Rechtshandeling en Overeenkomst* (8^e dr.), Deventer: Kluwer 2016, p. 303.

70 HR 5 november 1982, *NJ* 1984, 125 (Ziekenfondsen/Klijnsen).

een eventuele tegenvordering worden beoordeeld. Deel twee van het artikel zorgt ervoor dat de opdrachtgever in beginsel ook geen vordering uit onverschuldigde betaling kan instellen om zijn geld terug te krijgen. Het is blijkens de parlementaire geschiedenis "stuitend" als hij wel eenzijdig kan terugvorderen. Daarom sluit art. 6:211 lid 1 BW ook zijn vordering uit. De opdrachtgever kan zijn geld niet terugkrijgen, "voor zover dit in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou zijn". In de parlementaire geschiedenis is hierover opgemerkt dat "zo een gelijke behandeling van partijen behouden blijft."⁷¹ De redelijkheid en billijkheid hebben ook hier 'gewoon' betrekking op de onderlinge verhouding tussen partijen. De weigering van terugvordering op morele gronden, met gebruikmaking van de redelijkheid en billijkheid, leidt soms niet bepaald tot eerlijke resultaten. Als slechts één partij heeft gepresteerd, krijgt de ander namelijk een voordeel in de schoot geworpen. Als toewijzing van een actie desondanks ontoelaatbaar is, kan mijns inziens beter een ander criterium te hulp worden geroepen.

11. Afwijzing op grond van de openbare orde

Een goede uitkomst voor onbehoorlijk gedrag is mijns inziens niet in het verrijktingsrecht te vinden. De mogelijkheid om een vordering uit onverschuldigde betaling af te wijzen, lost niets op. Het slagen van een actie van een opdrachtgever van een huurmoordenaar zou tot publieke verontwaardiging leiden, ofwel 'an affront to the public conscience' zijn.⁷² Voor het behoud van het geld door de moordenaar geldt dit echter evenzeer. Het formuleren van algemene criteria om 'bijzonder onbehoorlijke' vorderingen te bestrijken is wat mij betreft tot mislukken gedoemd. De Engelse oplossing om dergelijke zaken aan de discretie van de rechter over te laten zorgt voor een betere afdoening.⁷³ Een schurk die zich bij de civiele kamer van de rechtbank meldt, kan hier een dichte deur treffen, zodat een absurde vordering niet hoeft te worden toegewezen. Hierbij kan het openbare orde-criterium de rechter helpen:⁷⁴

"In art. 25 Rv ligt ook besloten dat de rechter zich niets aan de door partijen zelf getrokken grenzen van hun rechtsstrijd gelegen mag laten liggen indien en voor zover regels van openbare orde in het spel zijn. (...) Als toewijzing van een vordering zou indruisen tegen een regel van openbare orde, *moet* de rechter de vordering afwijzen, ongeacht de vraag of een partij die regel van openbare orde heeft ingeroepen. Hartkamp heeft in dit verband het voorbeeld gegeven van de huurmoordenaar die van zijn

⁷¹ PG Boek 6, p. 822.

⁷² Aldus de formulering van de Court of Appeal in de zaak *Euro-Diam v Bathurst* [1990] 1 QB 1, zie par. 3.

⁷³ Zie par. 6.

⁷⁴ A.C. van Schaick, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 2. Eerste aanleg (2^e dr.), Deventer: Kluwer 2016, nr. 100.

opdrachtgever betaling vordert van zijn loon, en slechts krijgt tegengeworpen dat dit loon al is betaald. Het mag duidelijk zijn dat deze vordering niet toewijsbaar is."⁷⁵

Regels van openbare orde zijn zo fundamenteel dat de rechter deze ambtshalve in een procedure moet toepassen. In het voorbeeld gaat het om een huurmoordenaar die zijn loon niet hoort te kunnen vorderen. Als omgekeerd blijkt dat een opdrachtgever zijn geld terugvordert, lijkt deze vordering mij evengoed niet toewijsbaar omdat zij indruist tegen de openbare orde. Art. 25 Rv bepaalt dat een rechter regels van openbare orde in een procedure moet aanvullen. In noodgevallen is het begrip ook te gebruiken als afwijzingsgrond. Het betreft een open norm, maar duidelijk is dat er een zwaarwegend algemeen belang bij betrokken moet zijn.⁷⁶

"Het moet, globaal gezegd, gaan om dwingend recht, waarbij, afgezien van de belangen van de procespartijen, een algemeen belang is betrokken van zodanig gewicht en bovendien in die mate, dat het tot gelding komen van dat recht niet afhankelijk behoort te zijn van de opstelling van de procespartijen in een procedure."

Beter dan de redelijkheid en billijkheid drukt het openbare orde-begrip uit wat de reden voor de afwijzing is. Het strafrecht is soms van een hogere orde dan het privaatrecht. Wel is terughoudendheid geboden. Ook partijen die hebben gefraudeerd, het milieu hebben vervuild of bedrijfsgeheimen hebben gestolen, hebben in beginsel een civielrechtelijke vordering, omdat zij zonder rechtsgrond hebben gepresteerd. Hun gedrag is verwerpelijk, maar ter bestrijding daarvan is strafrechtelijk ingrijpen vereist en niet de ontneming van een vordering. Alleen als de rechter te maken krijgt met 'cases of extreme moral turpitude', is een eventuele afwijking van de 'gewone' regels op grond van de openbare orde geboden. Hierbij zou als criterium kunnen gelden dat partijen gevaar voor anderen in het leven hebben geroepen. Deze afwijzing wegens de ontoelaatbaarheid van een actie kan worden uitgesproken, niet omdat het recht zou doen tussen partijen, maar omdat toewijzing van een vordering op grond van fundamentele belangen ontoelaatbaar is.

12. Conclusie: geen bijzondere regels voor 'bijzondere onbehoorlijkheid'

De eventuele afwijzing van een vordering uit onverschuldigde betaling zorgt bepaald niet voor een voldaan rechtsgevoel. Integendeel: zij kan ertoe leiden dat een misdadiger zonder

⁷⁵ A.S. Hartkamp, *Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden naar Europees en naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 15-16.

⁷⁶ Conclusie A-G Wuisman bij HR 11 september 2009, NJ 2010, 369, nr. 3.3.3; zie verder over de openbare orde E. Korthals Altes & H.A. Groen, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 7. Cassatie in burgerlijke zaken (5^e dr.), Deventer: Kluwer 2015, nr. 205.

rechtsgrond een som geld kan behouden. Toewijzing van elke vordering kan echter tot absurde resultaten leiden, zoals wanneer een huurmoordenaar zijn loon komt opeisen. Het is het beste dat een civiele rechter dan de zaak aanhoudt en tot aangifte overgaat. Dan is het afwachten wat er zal gebeuren: het Openbaar Ministerie heeft beleidsvrijheid om tot vervolging over te gaan. Te verwachten is dat een rechterlijke aangifte in een dergelijke zaak serieus wordt genomen. Hierbij kan aansluiting worden gezocht bij de procesrechtelijke regeling rondom meened. Een rechter kan op grond van art. 295 Sv een onderzoek bevelen, als hij vermoedt dat een getuige meened heeft gepleegd. Dit bevel is een zogenaamde tussenbeslissing waarna de getuige wordt afgevoerd. Vervolgens wordt in het algemeen een beslissing in de hoofdprocedure aangehouden, zeker als de uitkomst van de meened-procedure hiervoor van belang is.⁷⁷

Hetzelfde procedé kan worden gevolgd als de civiele rechter een vermoeden van andere ernstige strafbare feiten heeft. De rechter moet ook dan de zaak in handen van de officier kunnen geven. Over het algemeen zal daarna de beslissing in de civiele procedure moeten worden aangehouden, omdat zij irrelevant is in het licht van de vermoede strafbare feiten.⁷⁸ Wel moet deze mogelijkheid terughoudend worden toegepast. Iemands burgerlijke rechten zijn zoals gezegd niet direct afhankelijk van strafrechtelijke vervolging. Als er echter gevaar voor personen is, dient een civiele rechter op grond van de openbare orde tot aangifte over te gaan en de zaak aan te houden.⁷⁹

Het is moeilijk om criteria te geven bij de vraag wanneer een rechter aangifte moet doen. De terughoudendheid van de Hoge Raad in zijn beschikking van 1998 is verstandig geweest.⁸⁰ De civiele rechter moet niet als hulpofficier van justitie gaan functioneren en elk strafbaar handelen doorgeven dat hem ten ore komt. Aan de andere kant moet hem althans de mogelijkheid tot aangifte worden geboden. De rechter is geen verlengstuk van het Openbaar Ministerie, maar moet wel kunnen handelen bij bijvoorbeeld ernstig gevaar voor lijf en leden. Daarom hoort hij, ook buiten de ernstige delicten waarvoor een aangifteplicht bestaat, aangifte te kunnen doen. Het Openbaar Ministerie kan dan optreden en conservatoir beslag leggen. De civiele rechter kan de zaak aanhouden en hoeft de ingestelde 'criminele' vorderingen uit onverschuldigde betaling niet eens te beoordelen. Op deze wijze wordt het beste recht gedaan in zaken van extreme onbetamelijkheid. Deze oplossing is bovendien ook praktisch. Als de openbare orde de civiele rechter hiertoe noodzaakt, hoeft hij zelf geen oordeel te vellen en wordt de procedure strafrechtelijk. In alle andere gevallen kan hij vorderingen uit onverschuldigde betaling 'gewoon' toewijzen, voor zover partijen hebben gepresteerd.

⁷⁷ G.H. Meijer, A. Seuters & R. ter Haar, *Leerstukken Strafrecht* (3^e dr.), Deventer: Kluwer 2013, par. 7.10.

⁷⁸ Op deze wijze kan de civiele zaak weer worden opgenomen, als niet tot vervolging wordt overgegaan of de verdachte niet wordt veroordeeld.

⁷⁹ Hiernaast komt ander strafbaar gedrag mogelijk ook in aanmerking voor aangifte. Als sprake is van forse milieuschade of als een rechter vermoedt dat een partij op het punt staat grote geldbedragen van verdachte herkomst weg te sluizen, moet hij wat mij betreft de mogelijkheid hebben om aangifte te doen.

⁸⁰ HR 30 maart 1998, *NJ* 1998, 554; hierover par. 7.

Zowel een omkoper als een omgekochte hoort mijns inziens met succes een dergelijke vordering in te kunnen stellen.⁸¹ Vanzelfsprekend horen zij uiteindelijk niet te worden beloond voor hun gedrag: hun bestraffing moet echter in een aparte procedure plaatsvinden.

De wetgever kan wat mij betreft volstaan met de constatering dat de prestaties zonder rechtsgrond zijn verricht en op grond van art. 6:203 of 6:210 BW voor terugvordering dan wel waardevergoeding in aanmerking komen. Het verrijgingsrecht kan geen oplossing bieden voor 'bijzondere onbehoorlijkheid'. In de kwesties die thans door art. 6:211 BW worden bestreken, kan de wetgever beter geen inkt verspillen aan een onvindbare oplossing. De civiele rechter kan hier beter geen tijd aan verdoen. Het gepuzzel met onderlinge vorderingen is ondergeschikt aan de werking van het strafrecht. Het privaatrecht kan daarom beter afzien van een uitspraak bij voorbaat in geval van 'extreme onbehoorlijkheid'. Een morele bepaling zoals art. 6:211 BW dat de privaatrechtelijke consequenties van onbetamelijk gedrag beoogt te reguleren, kan geen doel treffen. De 'public conscience' ofwel het rechtsgevoel eist bovenal een bestraffing van de betrokkenen. Bij werkelijk onoirbaar gedrag is de strafkamer van de rechtbank de enige juiste plek om hun gedrag te beoordelen.

T. Jonkers⁸²

Maastricht

81 Als zij over en weer een vordering tot betaling van een geldsom hebben, kan op grond van art. 6:127 BW verrekening plaatsvinden.

82 Tobias Jonkers is als universitair docent Privaatrecht verbonden aan de Universiteit van Maastricht.