

# 482. Profiteren van fraude: de glijdende schaal van onrechtmatig naar ongerechtvaardigd

MR. W.A. VADER EN MR. DRS. T.S. JANSEN

Om derden die profiteren van fraude met succes aansprakelijk te houden, is het van belang om de van oudsher bestaande grondslagen voor aansprakelijkheid efficiënt in te zetten. In dit artikel zal worden onderzocht of de leerstukken (1) onrechtmatig profiteren van fraude, (2) onrechtmatige groepsdaad en (3) indirecte ongerechtvaardigde verrijking, ook wel 'derdenverrijking', uitkomst bieden voor een succesvolle schadevergoedingsactie tegen die derden. Door juist gebruik van één of meer van deze grondslagen, die als een glijdende schaal van onrechtmatig naar ongerechtvaardigd kunnen worden ingezet, zal een van fraude profiterende derde, met de meeste kans op succes kunnen worden aangesproken.

## Inleiding – de toename van fraudebestrijding in het civiele domein

Fraude is *hot*. Niet alleen de media staat bol van nieuws over fraude, ook in rechtspraak heeft het begrip 'fraude' een grote vlucht genomen. Uit onderzoek blijkt inderdaad ook sprake te zijn van een toename van 'fraude'.<sup>1</sup> In de praktijk zien wij eveneens deze toename van fraudekwes- ties, die steeds vaker civielrechtelijk worden bestreden. In deze fraudekwes- ties is het veelal niet lastig om de fraudeur zelf veroordeeld te krijgen, maar wel de (rechts)personen om de fraudeur heen die op enigerlei wijze bij de fraude betrokken zijn (geraakt) en daarvan profiteren. Te denken valt aan echtgenotes, kinderen of andere familieleden, maar ook de rechtspersonen waarin (onttrokken) ver- mogen verborgen wordt gehouden.

Om deze profiteurs van fraude met succes in rechte aan te kunnen spreken tot verhaal van schade, zullen naar onze mening de van oudsher bestaande grondslagen voor aansprakelijkheid anders moeten worden ingezet. Hierna zal daarom worden onderzocht of de leerstukken (1) onrechtmatig profiteren van fraude, (2) onrechtmatige groepsdaad en (3) indirecte ongerechtvaardigde verrij- king, ook wel 'derdenverrijking', uitkomst bieden voor een succesvolle schadevergoedingsactie tegen die derden. Niet alleen wordt stil gestaan bij de vereisten voor toewijzing van dergelijke vorderingen en de verschillen daartussen, maar met name aan de hand van rechtspraak zal worden

bepleit dat deze mogelijk meer en anders kunnen worden ingezet om fraude optimaal te redresseren. In rechtspraak en literatuur wordt namelijk nog wel eens aangenomen dat beide vormen van regres (onrechtmatige daad en onge- rechtvaardigde verrijking) inhoudelijk dicht tegen elkaar liggen en in het algemeen tot hetzelfde resultaat leiden.<sup>2</sup> Hierna zal blijken dat deze stelling naar onze mening geen standhoudt.

## Onrechtmatig profiteren

Profiteren, wat niet anders is dan het genieten van voor- deel, is op zichzelf niet onrechtmatig. Toch kan het – naar algemeen wordt aangenomen – onder omstandigheden onrechtmatig zijn wanneer een derde profiteert van door een ander gepleegde fraude.

In het in voetnoot 2 aangehaalde arrest inzake *Maple Leaf/ Resort of the World* was dit leerstuk (naast een actie uit ongerechtvaardigde verrijking) aan de orde. In het kort ging het erom dat M., die twaalf jaar lang de *financial controller* was bij *Resort of the World*, zichzelf in de positie manoeuvreerde dat hij tegen 'gunstige voorwaarden' (lees: om niet) een villa kon verwerven in een project dat werd gerealiseerd door een aan *Resort of the World* gelieerde partij. Wegens fraude is M. bij *Resort of the World* ontslagen. *Resort of the World* vorderde daarop betaling van schadevergoeding door M. en *Maple Leaf*, een door M. (feitelijk) beheerste stichting particulier fonds naar het recht van Sint Maarten, waarin hij de villa had onderge-

1 Zie bijvoorbeeld een studie van Crowe Clark Whitehill en het *Centre for Counter Fraud Studies at University of Portsmouth* (CCFS) uit 2017. Deze studie is gebaseerd op 557 andere studies over fraude die een periode bestrijken van negentien jaar en zijn uitgevoerd in tien landen, waaron- der Nederland. Daaruit blijkt bijvoorbeeld dat sprake is van een toename van fraude gemeten naar de gemiddelde verliezen van bedrijven. Sinds 2008 zijn deze verliezen met 43% toegenomen.

2 A-G Hartlief stelt in r.o. 4.57-4.62 van zijn conclusie voor HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285, *NJ 2017/124*, m.nt. Van Schilfgaarde (*Maple Leaf/Resort of the World*) dat de meerwaarde van een actie uit ongerech- vaardigde verrijking beperkt is ten opzichte van een onrechtmatigedaad- actie.

bracht. Kort gezegd werd Maple Leaf verweten te hebben meegewerkt aan het frustreren van verhaal op M., hetgeen kwalificeerde als, onder andere, onrechtmatig profiteren van fraude en ongerechtvaardigde verrijking. Het gerecht in eerste aanleg en het hof hebben de vorderingen op de fraudeur, M., toegewezen, maar de vorderingen op de derde in deze casus, Maple Leaf, afgewezen omdat: (1) de kennis van M. niet aan Maple Leaf zou kunnen worden toegerekend en (2) de overdracht van de villa (om niet) binnen de grenzen van haar doelomschrijving viel. De Hoge Raad heeft deze oordelen echter niet in stand gelaten. Met betrekking tot de grondslag dat Maple Leaf door de inbreng en het beheer van de villa welbewust ten koste van Resort of the World heeft geprofiteerd van de fraude, oordeelde de Hoge Raad dat het hof ten onrechte niet heeft onderzocht of ‘de inbreng en het beheer’ van de villa door Maple Leaf onrechtmatig is jegens Resort of the World. Daarnaast overwoog de Hoge Raad dat de enkele omstandigheid dat de handelwijze binnen de doelomschrijving van Maple Leaf valt op zichzelf niet onverenigbaar is met het oordeel dat sprake kan zijn van ongerechtvaardigde verrijking.

### Fraude is hot. Ook in de praktijk worden fraudekwesaties steeds vaker civielrechtelijk bestreden

Dit voor de civiele fraudepraktijk belangrijke arrest is niet alleen zeer lezenswaardig, in het bijzonder zijn ook de (meer algemene) beschouwingen van Hartlief in zijn conclusie voor dat arrest interessant. Deze conclusie bevat een helder en bruikbaar overzicht van de civielrechtelijke leerstukken van onrechtmatig profiteren en ongerechtvaardigde verrijking in fraudezaken. Voor het in rechtspraak en literatuur vrij onontgonnen leerstuk van onrechtmatig profiteren van fraude zoekt Hartlief aansluiting bij het bekendere leerstuk over profiteren van wanprestatie en onrechtmatige daad. Zoals bekend is naar vaste rechtspraak het handelen met iemand terwijl men weet dat deze door dat handelen een door hem met een andere partij gesloten overeenkomst schendt, op zichzelf jegens die ander niet onrechtmatig. Van onrechtmatigheid is pas sprake indien die aangesproken derde partij weet of behoort te weten dat zijn wederpartij door het sluiten van de desbetreffende overeenkomst, tekortschiet jegens de ander en bovendien sprake is van bijkomende omstandigheden. Diezelfde normen hebben te gelden wanneer op de wederpartij niet een verbintenis uit overeenkomst rust maar uit de wet.<sup>3</sup> Enkel profiteren van wanprestatie of onrechtmatig handelen is dus onvoldoende om aansprakelijkheid van de profiterende derde aan te nemen. ‘Bijkomende omstandigheden’ zijn vereist. Uit rechtspraak kunnen wij echter (nog) geen eenduidige en hanteerbare maatstaf ontlenen om te beoordelen wanneer

die vereiste bijkomende omstandigheden zich nu voordoen in geval van fraude.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest Franekeradeel/B geoordeeld dat, wil het profiteren van bijstandsfraude door een samenwonende partner onrechtmatig zijn, bijkomende door de gemeente te bewijzen omstandigheden vereist zijn, zoals bijvoorbeeld dat de partner ‘*bewust en stelselmatig*’ van de uitkering heeft geprofiteerd.<sup>4</sup> In onderdeel 5 van het in die zaak genomen cassatiemiddel wordt het hof verweten een te strenge maatstaf te hebben aangelegd met het vereiste van ‘*bewust profiteren*’. Voldoende zou zijn dat de partner ‘*wist althans redelijkerwijs had kunnen en moeten weten dat hij profiteerde van een onrechtmatige gedraging*’. De Hoge Raad verwerpt dit deel van het middel wegens gebrek aan feitelijke grondslag: waar het hof spreekt van bewust (mee)profiteren heeft het klaarblijkelijk bedoeld om kort de door het onderdeel verdedigde maatstaf aan te duiden.<sup>5</sup> Hiermee lijkt de door ons gezochte hanteerbare maatstaf om te beoordelen wanneer sprake is van ‘bijkomende omstandigheden’ in geval van fraude zich te hebben aangediend: ‘*wanneer een derde weet, althans redelijkerwijs kan en moet weten, dat hij profiteert van fraude, handelt die derde onrechtmatig jegens de door de fraude gedupeerde (rechts)persoon*’.

### In rechtspraak en literatuur wordt nog wel eens aangenomen dat onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking inhoudelijk dicht tegen elkaar liggen en tot hetzelfde resultaat leiden. Hierna zal blijken dat deze stelling geen standhoudt

Het vereiste van ‘stelselmatig’ profiteren uit het arrest Franekeradeel/B komt in deze maatstaf niet terug omdat dit vereiste ons inziens een te grote en onnodige beperking van de reikwijdte van onrechtmatig profiteren van fraude met zich zou brengen. Het is immers heel wel denkbaar dat eenmalig van fraude wordt geprofiteerd, bijvoorbeeld in geval van subsidiefraude of verzekeringsfraude. Stelselmatigheid als vereiste zou dergelijke gevallen ten onrechte uitsluiten. Ons inziens *kan* dit vereiste ook in de algemene maatstaf achterwege blijven omdat de Hoge Raad ‘*bewust en stelselmatig van de uitkering*’ profiteren bij wijze van voorbeelden van bijkomende omstandigheden noemde die het profijt onrechtmatig maken. Bovendien is dit voorbeeld bepaald casuïstisch. In de door de Hoge Raad berechte zaak vorderde de gemeente Franekeradeel namelijk vergoeding van alle, gedurende een periode van negen maanden in het jaar 1987, uitgekeerde bijstand door de profiterende

3 HR 8 januari 2010, ECLI:NL:HR:BJ9352, NJ 2010/187, m.nt. Mok (ARN/Multicar); HR 26 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1084, NJ 2007/78 (Van de Ven Neunen BV/Sleegers e.a.); en HR 17 mei 1985, NJ 1986/760.

4 HR 8 december 1995, r.o. 3.4, ECLI:NL:HR:ZC1913, NJ 1996/285 (Frankeradeel/B.).

5 HR 8 december 1995, r.o. 3.6, ECLI:NL:HR:ZC1913, NJ 1996/285 (Frankeradeel/B.).

levenspartner. Het hof oordeelde dat toewijzing van deze ‘gehele vordering’ vereist dat sprake is geweest van (bewust en) stelselmatig profiteren, welk oordeel door de Hoge Raad werd gesauveerd. Het hof lijkt met het gebruik van het woord ‘stelselmatig’ dus niets anders te hebben willen uitdrukken dan dat de levenspartner, gedurende de gehele periode van negen maanden dat de bijstandsfraude heeft geduurd, van die fraude heeft geprofiteerd. Zo bezien heeft een vereiste van stelselmatigheid dus weinig zelfstandige betekenis boven het door ons bepleite vereiste van (objectieve) wetenschap van fraude (welke fraude zich in deze casus over negen maanden uitstrekte).

Op het eerste gezicht lijkt de bepleite ‘objectieve wetenschap’ maatstaf strijdig met de hiervoor genoemde vaste rechtspraak over onrechtmatig profiteren in algemene zin. De portee van die jurisprudentie is immers dat de enkele wetenschap onvoldoende is. Onrechtmatigheid vereist bijkomende omstandigheden. Wij menen echter dat die rechtspraak op een andere categorie gevallen ziet dan de fraudegevallen waar de door ons bepleite maatstaf op ziet. Die jurisprudentie ziet immers primair op rechtsverhoudingen uit overeenkomst, waarin op de derde geen rechtsplicht rust jegens de ander om zich van zijn profiteren te onthouden. In de regel betreft het immers kwesties als de doorbreking van een selectief distributiestelsel<sup>6</sup>, het al dan niet opnemen van een kettingbeding<sup>7</sup> of voorkeursrechten op onroerende zaken.<sup>8</sup> De zaak waarin de Hoge Raad overwoog dat de norm van bijkomende omstandigheden ook geldt wanneer op de wederpartij niet een verbintenis uit overeenkomst rust maar een uit de wet voortvloeiende verbintenis<sup>9</sup>, betrof niet een verbintenis op grond van artikel 6:162 BW maar een voorkeursrecht, voortvloeiend uit artikel 56b Pachtwet. In dergelijke gevallen brengt het beperkte obligatoire karakter van die onderliggende rechtsverhouding met zich dat sprake moet zijn van bijzondere omstandigheden die het profiteren van tekortschieten onrechtmatig maakt.

Onze maatstaf ziet evenwel op fraudegevallen. Wanneer een derde er wetenschap van heeft dat hij profiteert van fraude, rust op die derde een uit de maatschappelijke betamelijkheid voortvloeiende rechtsplicht jegens de door de fraude gedupeerde om zich van dat profiteren te onthouden. Doet de derde dat niet, dan is zijn onrechtmatig profiteren gegeven. Anders bezien: het feit, dat de derde weet, of behoort te begrijpen, dat hij in een fraudecontext profiteert, heeft te gelden als de bijzondere omstandigheid die zijn handelen onrechtmatig maakt.

Wanneer de door ons bepleite maatstaf voor aansprakelijkheid in geval van profiteren van fraude zich voordoet, en de derde er dus objectieve wetenschap van heeft dat hij profiteert van een onrechtmatige gedraging, verdient het

aanbeveling om te beoordelen of dit onrechtmatig profiteren niet ook kwalificeert als een groepsonrechtmatige daad in de zin van artikel 6:166 BW. Het voordeel van aansprakelijkheid op die grondslag is immers dat de groepsleden hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de onrechtmatig toegebrachte fraudeschade, terwijl aansprakelijkheid voor profiteren van fraude op de grondslag van artikel 6:162 BW enkel aansprakelijkheid oplevert voor schade die in causaal verband staat met dat profiteren en daar in redelijkheid aan kan worden toegerekend. Het is dus nog maar de vraag in hoeverre deze grondslag de gedupeerde daadwerkelijk redres biedt.

Voor een actie op de grondslag van artikel 6:166 BW is vereist dat de kans dat één van de tot een groep behorende personen onrechtmatig schade toebrengt, de overige personen van hun gedragingen in groepsverband had behoren te weerhouden. Kunnen deze gedragingen aan de groepsdeelnemers worden toegerekend, dan zijn zij hoofdelijk aansprakelijk voor de onrechtmatig toegebrachte schade. De gedragingen moeten wel in een bewuste samenhang hebben plaatsgevonden, waarvoor op zijn minst nodig is dat blijkt van bewustzijn bij de individuele deelnemers dat anderen naast hen met hetzelfde bewustzijn van gemeenschappelijk optreden betrokken zijn bij de onrechtmatige gedragingen in groepsverband.<sup>10</sup> In HR 2 oktober 2015, NJ 2016/194 is overwogen dat deze regeling voorziet in een individuele aansprakelijkheid van tot een groep behorende personen (deelnemers) voor onrechtmatig vanuit de groep toegebrachte schade. In deze door de Hoge Raad berechte zaak spraken vervoerders en hun verzekeraar in een civiele procedure een achttal leden aan die (zo bleek dwingend uit een strafvonnis) deel uitmaakten van een criminele organisatie in de zin van artikel 140 Sr. De organisatie had tot oogmerk het plegen van misdrijven, zoals diefstallen, opzet- en schuldhealing. Vervoerders en verzekeraars hielden de afzonderlijke leden van de organisatie op grond van artikel 6:166 BW aansprakelijk voor schade die het gevolg was van zeven ladingsdiefstallen uit vrachtwagens. De Hoge Raad kwam tot het oordeel dat enkel de in de strafzaak bewezen deelname aan een organisatie of groep onvoldoende is om aansprakelijkheid op grond van artikel 6:166 BW aan te nemen voor alle vanuit de groep gepleegde onrechtmatige daden. De gedragingen in groepsverband, waarop artikel 6:166 BW ziet, betreffen, aldus de Hoge Raad, niet het *deelnemen* aan een dergelijke organisatie als zodanig, maar concrete in groepsverband verrichte onrechtmatige *handelingen* die schade hebben veroorzaakt. Hier wringt ook het onderscheid tussen het strafrecht, dat het algemeen belang dient en met name gedragingen sanctioneert, en het civiele (aansprakelijkheids)recht dat is geënt op de bescherming van individuele belangen. Dat laatste komt in het bijzonder tot uiting in het relativiteitsvereiste (art. 6:163 BW): geen verplichting tot schadevergoeding bestaat wanneer de geschonden norm niet strekt tot

6 HR 12 januari 1962, NJ 1962/246 en HR 8 januari 2010, ECLI:NL:HR:BJ9352, NJ 2010/187, m.nt. Mok (ARN/Multicar).

7 HR 17 mei 1985, NJ 1986/760.

8 HR 26 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1084, NJ 2007/78 (Van de Ven Neunen BV/Sleegers e.a.).

9 HR 26 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1084, NJ 2007/78 (Van de Ven Neunen BV/Sleegers e.a.).

10 Boonekamp, R.J.B., *Onrechtmatige daad in groepsverband volgens NBW* (proefschrift), Leiden, 1990, p. 81 e.v. en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/127.

bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. De strafrechtelijke norm, dat het verboden is om deel te nemen aan een criminele organisatie, strekt dan ook niet tot bescherming van de (individuele) belangen van de vervoerders en verzekeraars, zoals aan de orde in genoemde uitspraak van de Hoge Raad. Voor groepsaansprakelijkheid ex artikel 6:166 BW is meer nodig dan enkele deelname. Nodig is dat de aangesprokene ‘wist of behoorde te weten’ dat het groepsoptreden de kans schiep op de in het concrete geval geleden schade, met dien verstande dat de mate van betrokkenheid van de afzonderlijke deelnemers bij het onrechtmatig handelen, aldus de Hoge Raad, niet van belang is. Als ondergrens voor aansprakelijkheid heeft dus te gelden dat de kans op het toebrengen van schade de groepsleden had behoren te weerhouden van hun gedragingen in groepsverband, aldus nog steeds de Hoge Raad.<sup>11</sup> Het enkele feit dat sprake is van een groep en dat één daarvan onrechtmatig handelt is niet voldoende om de groep in zijn geheel aansprakelijk te houden, in het bijzonder als die ene (handelende) persoon zijn gedragingen voor de groep verborgen houdt.<sup>12</sup>

Tegen deze achtergrond bepleiten wij dat een derde die weet, of behoort te begrijpen, dat hij van fraude profiteert, niet enkel met aansprakelijkheid op de grondslag van artikel 6:162 BW wordt bedreigd maar ook moet die op de grondslag van artikel 6:166 BW. Namelijk in geval de profiterende derde, gelet op de kans op het toebrengen van schade, zich had moeten onthouden van de gedragingen in groepsverband.

In de casus van het arrest Resort of the World/Maple Leaf is ons inziens te bepleiten dat de derde, de stichting particulier fonds Maple Leaf, zich had moeten onthouden van aanvaarding van de eigendom en het beheer van de villa. Het ongeoorloofde oogmerk van M. en zijn kennis dat Resorts of the World verhaal zou willen nemen wegens de door hem gepleegde fraude, moeten omdat M. degene was die Maple Leaf *de facto* beheerste, rechtens worden aangemerkt als oogmerk en kennis Van Maple Leaf zelf<sup>13</sup>, althans moeten naar verkeersopvattingen aan Maple Leaf worden toegerekend.<sup>14</sup> Wij zien steun voor dit standpunt in het oordeel van de Hoge Raad dat het hof had moeten onderzoeken of de – op zichzelf, bij een stichting particulier fonds in het bijzonder, toelaatbare – inbreng en het beheer van de villa onrechtmatig zijn geweest jegens Resort of the World doordat Maple Leaf door de inbreng en het beheer van de villa ‘*welbewust*’ ten koste van Resort of the World heeft geprofiteerd van de door M. gepleegde fraude.<sup>15</sup>

De casus uit het besproken Resort of the World/Maple Leaf-arrest illustreert ons inziens goed welke rechtsgronden inzetbaar zijn om tot aansprakelijkheid van de profiterende derde – (lees: Maple Leaf) naast M. – te komen. In dat geval kan ons inziens bewustzijn van het (groeps)handelen door M. en Maple Leaf door middel van toerekening van kennis worden gecreëerd. Ook de Hoge Raad plaats dat bewustzijn echter enkel in de sleutel van bewust *profiteren*, wat ons inziens onnodig beperkend is. In het onderhavige geval frustrerde Maple Leaf namelijk verhaal door Resort of the World op de villa, wat ons inziens kwalificeert als een onrechtmatige (groeps)daad jegens Resort of the World.<sup>16</sup> Door de vordering tot schadevergoeding (louter) te gronden op onrechtmatig *profiteren* is ons inziens dan ook een te beperkte insteek voor aansprakelijkheid gekozen. Daarmee had de actie uit onrechtmatige daad mogelijk onbedoeld, zoals Hartlief in zijn conclusie onder het arrest constateerde, per saldo inderdaad te weinig zelfstandige betekenis naast een actie uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking welke grondslag hierna aan de orde zal komen.

In een bij fraudekwesities niet zelden voorkomende situatie dat het onttrokken vermogen wordt ondergebracht, lees verhuuld, bij een derde, niet zelden een (buitenlandse) rechtspersoon, kan ons inziens een vordering op grond van groepsaansprakelijkheid ex artikel 6:166 BW uitkomst bieden. De onrechtmatige daad kan in dergelijke gevallen dan beter worden ingekleurd met het verwijt dat verhaal wordt gefrustreerd dan *sec* op grond van onrechtmatig profiteren. Aantekening daarbij verdient dat de drempel voor een onrechtmatige groepsdaad (terecht) hoog is, met name omdat een uitzondering wordt gemaakt op in het aansprakelijkheidsrecht geldende uitgangspunt dat eenieder in beginsel alleen voor zijn eigen daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden. Echter als deze drempel kan worden genomen, is daarmee ook de hoofdelijke aansprakelijkheid van de derde tegenover de benadeelde gegeven. Daarmee biedt een vordering uit hoofde van groepsaansprakelijkheid een voordeel boven een vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, dat namelijk een wettelijke beperking in de hoogte kent.

### Ongerechtvaardigde (indirecte) verrijking

Een actie tot schadevergoeding op de grondslag dat de één ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander kent ons recht nog niet bijzonder lang. Eerst in het arrest Quint/Te Poel<sup>17</sup> uit 1959 heeft de Hoge Raad een actie uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking aanvaard. Uit de wetgeschiedenis van artikel 6:212 BW, dat pas ten tijde van de invoering van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1992 zijn intrede deed, blijkt de ratio van deze grondslag voor aansprakelijkheid. De ingevoerde verrijkingssactie dient als

11 HR 2 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2914, NJ 2016/194, m.nt. Hartlief.

12 Zie bijvoorbeeld: Hof Den Bosch 27 maart 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW0314.

13 HR 13 oktober 2000, NJ 2000/698 (Rainbow).

14 HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595, NJ 1980/34, m.nt. Brunner (Kleuterschool Babel). Vgl. ook HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, NJ 2007/231, m.nt. Vranken (Ontvanger/Voorstuijs) en Tjittes, R.P.J.L., Toerekening van kennis, Deventer, Kluwer 2001, p. 39.

15 Vgl. HR 7 oktober 2016, r.o. 3.7.3, ECLI:NL:HR:2016:2285, NJ 2017/124, m.nt. Van Schilfgaarde (Maple Leaf/Resort of the World).

16 Zie naar analogie de rechtspraak over bestuurdersaansprakelijkheid, zoals het standaard arrest: HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen).

17 HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:A11600, m.nt. Veegens (Quint-Te Poel).



‘veiligheidsklep’<sup>18</sup> in het recht waarmee een ‘afronding van het systeem’<sup>19</sup> werd beoogd. Daarnaast is het middel, aldus de wetgever, bedoeld om ‘lacunes’ in het recht en ‘juristerij’ te voorkomen. Daarmee is het rechtsmiddel ons inziens bij uitstek geschikt om te dienen in situaties waarin een derde van fraude profiteert, zeker in gevallen dat deze derde daarbij geen kenbare bemoeienis heeft gehad of diens objectieve wetenschap daarvan niet kan worden aangetoond wat doorgaans een obstakel is voor eisers in een civiele procedure. De wetgever heeft niet zonder reden de ontwikkeling van de verrijksactie overgelaten aan de rechtspraak en literatuur. Wij pogen daaraan bij te dragen.

Hiervoor, bij de behandeling van de onrechtmatige groepsdaad, zagen wij dat om tot aansprakelijkheid van een derde te komen een zekere mate van juristerij onontkoombaar is. Met name de vaststelling van (objectieve) wetenschap aan een derde is weerbarstig. Een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking is tegen die achtergrond eenvoudiger succesvol in rechte te winnen. Toch moet niet lichtvaardig over deze grondslag worden gedacht. Uit de wetsgeschiedenis van artikel 6:212 BW blijkt namelijk dat ‘de moeilijkheid van de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking [is] nu juist dat het daarbij veelal gaat om verschuivingen van vermogensbestanddelen van de een naar de ander op grond van een wetbepaling of stelsel van de wet, waaraan men niet de werking kan ontzeggen, maar waarin men wel aanleiding ziet om degene die daardoor verarmd is een vordering tegen de verrijkte te geven’.<sup>20</sup> Hieruit volgt reeds dat de actie uit ongerechtvaardigde verrijking van een andere orde is dan een vordering op grond van onrechtmatige daad.<sup>21</sup> Het is ook geen ‘billijkheidsvordering’ en net zo min geldt dat de ‘redelijkheid’ als maatstaf voor de vordering kan dienen, zoals wel eens wordt aangenomen.<sup>22</sup> De verrijksactie heeft veeleer betrekking op vermogensverschuivingen die ongerechtvaardigd worden geacht en waarvan uitsluitend het door de verrijkte genoten voordeel moet worden terugbetaald. Van vergoeding van volledige schade van de benadeelde, het brengen in de toestand waarin de benadeelde zonder fraude zou hebben verkeerd, is (en kan) derhalve geen sprake (zijn). Behalve dan in het uitzonderingsgeval dat de geleden schade gelijk is aan de ongerechtvaardigde verrijking. Een actie op grond van artikel 6:212 BW heeft naar zijn aard echter een beperkter strekking dan een schadevergoedingsvordering op grond van (groeps) onrechtmatige daad. Dat wordt ons inziens ook gerechtvaardigd door de lagere aansprakelijkheidsdrempel voor

een verrijksactie ten opzichte van een vordering ex artikel 6:162 BW of 6:166 BW.

In het ondertussen veelbesproken arrest van de Hoge Raad inzake de door R. van den Berg gepleegde *Ponzi-scheme*<sup>23</sup> werd de verrijksactie ook ingezet in een fraudekwesitie. Interessant is dat in die uitspraak is bevestigd dat een verrijking van een partij bij een overeenkomst ten koste van een derde niet steeds en zonder meer wordt gerechtvaardigd door die overeenkomst, ook al zal dat doorgaans wel het geval zijn.<sup>24</sup> Echter wanneer tussen de prestaties waartoe de overeenkomst verplicht enerzijds en de verrijking anderzijds een wanverhouding bestaat, zal de overeenkomst minder snel als rechtvaardiging voor de verrijking worden aanvaard. Bij een Ponzi-scheme is van een wanverhouding bij uitstek sprake en bood de vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking (dus) ook uitkomst. Ook in het arrest Setz/Bruning<sup>25</sup> was sprake van een zekere wanverhouding. In de casus die tot dat arrest leidde kon een tweede koper (Setz) van een perceel, dat in eigendom was van verkoper, dat perceel verkrijgen voor een prijs waarop het reeds door de eerste koper (Bruning) aanbetaalde deel in mindering werd gebracht. Daarmee had de eerste koper een directe actie ex artikel 6:212 BW verkregen tegen de tweede koper ter hoogte van zijn aanbetaling. De hoogte van die aanbetaling was namelijk de verrijking van de tweede koper die ten koste was gegaan van de eerste koper die zijn recht op levering van het perceel niet meer te gelde kon maken. Uit deze uitspraak volgt dus expliciet dat ook een actie uit hoofde van *indirecte* verrijking, ook wel ‘derdenverrijking’, mogelijk is onder artikel 6:212 BW. De verrijking kan als het ware via het vermogen van een andere persoon plaatsvinden. Vereist is namelijk dat er voldoende verband bestaat tussen de verrijking en de verarming. Ook blijkt uit deze uitspraak dat een verrijksactie geen subsidiair karakter – ten opzichte van een andere aansprakelijkheidsgrond – heeft. Deze grondslag kan dus ook primair en uitsluitend als aansprakelijkheidsgrondslag worden ingezet.

In fraudegevallen menen wij dat sprake is van de vereiste bijkomende omstandigheden wanneer de derde weet, althans redelijkerwijs kan en moet weten, dat hij profiteert van de als onrechtmatige daad kwalificerende ‘fraude’

De verrijksactie kan gelet op het voorgaande vaker worden ingezet dan wellicht op het eerste oog gedacht. Zeker in gevallen waarin een derde profiteert van fraude

18 Zeben, C.J. van c.s., *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer, Kluwer 1981, p. 826.

19 Parl. Gesch, Boek 6, t.a.p. p. 828.

20 Parl. Gesch, Boek 6, t.a.p. p. 832.

21 Zie in gelijke zin: Schoordijk, H.C.F./Naschrift, *WPNR* 2009/6796, p. 352 e.v. in reactie op Janssen, J.F.W., ‘Het causaliteitsvereiste blokkeert de aansprakelijkheid van de indirecte verrijkte’, *WPNR* 2009/6787.

22 Zie Parl. Gesch, Boek 6, t.a.p. p. 835 en de noot van Vranken onder HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928, *NJ* 2007/154 (*Koker/Corneilius*).

23 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, *NJ* 2012/496 (*Ponzi-scheme*).

24 HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3363, *NJ* 2004/458 m.nt Hijma (*Caribbean Bistros c.s./Club Caraïbeën*).

25 HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7249, *NJ* 1997/719 m.nt Hijma (*Setz/Brunings*).

kan de actie ons inziens uitkomst bieden om iemand in ieder geval het genoten profijt daarvan in vermogensrechtelijke zin weg te nemen. Ter illustratie daarvan verwijzen wij naar een uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden waarin de partner van een frauderende werknemer het aanzienlijk deel van het onttrokken vermogen dat op de en/of-rekening was doorgeboekt aan de werkgever moest vergoeden.<sup>26</sup> Deze uitspraak bevestigt dat moeilijkheden omtrent te stellen en, bij gemotiveerde betwisting, te bewijzen wetenschap en toerekening daarvan kan worden vermeden om toch (een deel van de) schade vergoed te krijgen van een tweede debiteur waardoor de verhaalsmogelijkheden kunnen toenemen.

### Samenvatting en conclusies

Door de toename van fraude en het complexer worden van de verschijningsvormen daarvan, moeten bestaande grondslagen voor aansprakelijkheid soms anders of juist meer worden ingezet om fraude effectief te kunnen bestrijden. Omdat vaak derden betrokken zijn bij de fraude, en daar in meer of mindere mate van profiteren, kan het lonen om ook verhaal op hen proberen te nemen. De daadwerkelijk actor van de fraude zal het onttrokken vermogen vaak namelijk niet onder zichzelf houden. Een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad en/of ongerechtvaardigde verrijking ligt dan voor de hand. Om een derde, die profiteert van fraude, met succes op één of meer van deze gronden aansprakelijk te houden, zal goed moeten worden bedacht wat daarvoor zal moeten worden aangevoerd. De in rechtspraak vereiste ‘bijkomende omstandigheden’ voor een onrechtmatige daadsactie biedt namelijk weinig houvast. In fraudegevallen menen wij dat sprake is van deze vereiste bijkomende omstandigheden wanneer de derde weet, althans redelijkerwijs kan en moet weten, dat hij profiteert van de als onrechtmatige daad kwalificerende ‘fraude’. Wanneer bijvoorbeeld een fraudeur gebruik maakt van een door hem (volledig) beheerste rechtspersoon, om daarin aan een ander onttrokken vermogen te verhullen, kan zijn wetenschap van de onrechtmatige opzet naar onze

mening aan de door hem beheerste rechtspersoon worden toegerekend. Die rechtspersoon handelt daarmee dan ook jegens die derde onrechtmatig. Dat brengt de in acht te nemen maatschappelijke betamelijkheid naar onze mening met zich. In aanvulling daarop verdient het aanbeveling om te onderzoeken of (tevens) is voldaan aan de vereisten voor een onrechtmatige groepsdaad ex artikel 6:166 BW. Als minimumgrens heeft dan te gelden dat de kans op het intreden van de schade de ‘derde’ van de gedragingen in groepsverband had moeten weerhouden. Daarbij speelt de geobjectiverde kennis van die derde van de fraude ook een belangrijke rol, die onder bepaalde omstandigheden aan hem zou kunnen worden toegerekend. Indien aan de (hoge) eisen wordt voldaan, is de derde ook in dezelfde mate als de actor jegens de schuldeiser aansprakelijk. Een grondslag die minder ‘juristerij’ oplevert is een (indirecte) verrijksactie op grond van artikel 6:212 BW. De vereisten voor aansprakelijkheid op die grondslag zijn lager, maar de (potentiële) reikwijdte daarvan is ook minder. Die vordering heeft namelijk ten doel om een ongerechtvaardigde vermogensverschuiving in rechte te corrigeren. De aard en de uitkomst van een dergelijke vordering verschilt dus wezenlijk van aard van de onrechtmatige daadactie. Bij een succesvolle claim ex artikel 6:162 BW en/of 6:166 BW kan de derde namelijk (hoofdelijk) worden aangesproken voor de volledige schade van de benadeelde, terwijl het bij een claim ex artikel 6:212 BW gaat om vergoeding van de netto verrijking van de derde. Door juist gebruik van één of meer van genoemde grondslagen, die als een glijdende schaal van onrechtmatig naar ongerechtvaardigd kunnen worden ingezet, zal een van fraude profiterende derde, met de meeste kans op succes kunnen worden aangesproken.

#### Over de auteurs

**Mr. Wesley A. Vader**

Advocaat bij Lexence N.V.

**Mr. Timo S. Jansen**

Advocaat bij Lexence N.V.

<sup>26</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1548.