

JIN 2013/13

Hoge Raad

14 december 2012, 11/02926; LJN
BY1884.

(mr. Bakels

mr. Loth

mr. Drion

mr. Snijders

mr. Polak)

(Concl. (concl. A-G mr. Rank-Berenschot)
)

Gemeente Leiden, zetelende te Leiden,
eiseres tot cassatie,
advocaat: mr. P.S. Kamminga,
tegen
[Verweerster], wonende te [woonplaats],
verweerster in cassatie,
advocaat: mr. M. de Boorder.

Niet-ontvankelijkheid cassatieberoep,
Arrest bij verstek gewezen

[RV - 401b; lid 1]

» **Samenvatting**

Tegen een bij verstek gewezen uitspraak kan de niet-verschenen partij geen beroep in cassatie instellen.

De gemeente Leiden heeft per abuis aan een minderjarige een bedrag van € 42.500,= overgemaakt. Aan het verzoek tot terugbetaling voldoet de minderjarige niet. De gemeente Leiden stelt tegen de inmiddels meerderjarig geworden ontvanger van het bedrag een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling in. De rechtbank wijst deze vordering toe. In hoger beroep wordt het vonnis van de rechtbank echter vernietigd en wordt de vordering van de gemeente alsnog afgewezen. De gemeente Leiden is niet in hoger beroep verschenen. Tegen haar is verstek verleend. De gemeente stelt tegen dit arrest beroep in cassatie in. De Hoge Raad verklaart de gemeente in dit beroep

niet-ontvankelijk, omdat tegen een bij verstek gewezen uitspraak de niet-verschenen partij geen beroep in cassatie kan instellen.

» **Uitspraak**

Hoge Raad:

(...; *Red.*)

3. Beoordeling van de ontvankelijkheid van het beroep

De Gemeente is in hoger beroep niet verschenen en het arrest van het hof is dan ook bij verstek gewezen. Daarom stond voor de Gemeente op grond van art. 401b lid 1 Rv geen cassatieberoep open tegen dat arrest, maar verzet. De Gemeente is derhalve niet-ontvankelijk in haar cassatieberoep.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verklaart de Gemeente niet-ontvankelijk in haar beroep;

veroordeelt de Gemeente in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerster] begroot op € 339,38 aan verschotten en aan € 2200,= aan salaris.

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

Het gaat in deze zaak om onverschuldigde betaling aan een minderjarige. In cassatie draait het met name om de uitleg van het begrip ‘in de macht van de wettelijke vertegenwoordiger’ als bedoeld in art. 6:209 BW.

1. Feiten en procesverloop

1.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten [\[noot:1\]](#):

a) Eiseres tot cassatie (hierna: de Gemeente) heeft op 2 oktober 2009 een bedrag van € 42.500,= overgemaakt op rekeningnummer [001] van ING Bank NV (hierna: ING) ten name van [A] met de omschrijving ‘schadeloosstell.’. Nadien is de Gemeente gebleken dat dit rekeningnummer op naam staat van verweerster in cassatie (hierna: [verweerster]).

b) Op 16 oktober 2009 heeft [verweerster] de leeftijd van 18 jaar bereikt.

c) Op 27 oktober 2009 heeft de Gemeente aan [verweerster] verzocht het overgemaakte bedrag terug te storten. [Verweerster] heeft aan dit verzoek geen gehoor gegeven.

d) Op 16 november 2009 heeft de Gemeente conservatoir derdenbeslag gelegd op de tegoeden van [verweerster] bij ING. Dit beslag trof bij gebrek aan baten geen doel.

1.2 Bij inleidende dagvaarding van 2 december 2009 heeft de Gemeente [verweerster] gedagvaard voor de rechtbank ’s-Gravenhage en gevorderd dat [verweerster] wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag ad € 42.500,=, vermeerderd met wettelijke rente vanaf 27 november 2009 en kosten.

De Gemeente heeft aan haar vordering ten grondslag gelegd dat zij zonder rechtsgrond een bedrag van € 42.500,= aan [verweerster] heeft betaald zodat zij gerechtigd is teruggave te vorderen van een gelijk bedrag uit hoofde van onverschuldigde betaling (art. 6:203 lid 2 BW).

1.3 [Verweerster] heeft – voor zover in cassatie van belang – als verweer aangevoerd a) dat de Gemeente niet

onverschuldigd heeft betaald aan haar, maar aan haar vader (die haar onbevoegd vertegenwoordigde door, in het bezit van haar bankpas, vanaf 6 oktober 2009 grote bedragen op te nemen bij het casino), en b) dat [verweerster] tot 16 oktober 2009 minderjarig was. [\[noot:2\]](#)

1.4 In haar vonnis van 25 augustus 2010 oordeelde de rechtbank naar aanleiding van verweer a) dat [verweerster], nu het bedrag op haar rekening is overgemaakt, moet worden aangemerkt als ontvanger van hetgeen onverschuldigd is betaald (rov. 4.1-4.2). Naar aanleiding van verweer b) oordeelde de rechtbank dat niet van betekenis is dat [verweerster] gedurende een gedeelte van het tijdvak waarin bedragen van haar rekening zijn opgenomen minderjarig was. Indien [verweerster] wordt gevolgd in haar stelling dat het onverschuldigd betaalde in de macht van haar vader is gekomen, is niet gebleken dat hij tijdens de minderjarigheid niet tevens haar wettelijk vertegenwoordiger was, zodat ingevolge art. 6:209 BW op [verweerster] de in art. 6:203 lid 2 BW bedoelde teruggaveverplichting rust (rov. 4.3).

De rechtbank kwam aldus tot toewijzing van de vordering.

1.5 [Verweerster] is van dit vonnis in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof ’s-Gravenhage met conclusie dat het hof het vonnis vernietigt en de vordering alsnog afwijst. De Gemeente is in hoger beroep niet verschenen; tegen haar is verstek verleend.

1.6 Bij arrest van 10 mei 2011 heeft het hof het vonnis vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vordering van de Gemeente afgewezen. Het hof overwoog daartoe (met door mij in rov. 2.2 aangebrachte alineanummering):

“2.1 In de toelichting bij de eerste grief heeft [verweerster] – kort samengevat –

aangegeven dat haar vader, zonder haar goedkeuring en medeweten, het ontvangen bedrag van haar bankrekening heeft gehaald en heeft vergokt. [Verweerster] stelt dat zij niet kan worden aangesproken voor de ontvangen onverschuldigde betaling en dat, indien de gemeente meent dat zij recht heeft op teruggave van het geldbedrag, zij de vader van [verweerster] dient aan te spreken op grond van ongerechtvaardigde verrijking.

2.2 Het hof overweegt ten aanzien van de eerste grief als volgt.

(1) Tussen partijen staat niet ter discussie dat de overboeking zonder rechtsgrond is geschied en dat het bankrekeningnummer waarop door ING in opdracht van de gemeente het bedrag is overgemaakt, op naam van [verweerster] stond. Gelet hierop is het hof met de rechtbank van oordeel dat [verweerster] de ontvanger is van het door de gemeente overgemaakte bedrag.

(2) Ten tijde van het ontvangen van het bedrag op 2 oktober 2009, was [verweerster] minderjarig en derhalve handelingsonbekwaam. In een dergelijk geval rust ingevolge artikel 6:209 BW de verplichting tot ongedaanmaking slechts op de ontvanger voor zover het ontvangene hem tot werkelijk voordeel heeft gestrekt of in de macht van zijn wettelijk vertegenwoordiger is gekomen.

(3) De gemeente heeft niet betwist dat de vader van [verweerster] het bedrag heeft opgenomen in het casino en heeft vergokt. Aldus is komen vast te staan dat het ontvangene niet tot voordeel van [verweerster] heeft gestrekt.

(4) Voorts dient blijkens de toelichting op artikel 6:209 BW onder het ‘in de macht komen van de wettelijk vertegenwoordiger’ te worden verstaan het onder beheer komen van de wettelijk vertegenwoordiger (Parlementaire Geschiedenis Boek 6 BW, p. 816). Dit ziet op beheer ten behoeve van

de handelingsonbekwame. Nu niet (..) betwist is dat de vader, van wie niet gebleken is dat hij tijdens de minderjarigheid van [verweerster] niet tevens haar wettelijk vertegenwoordiger was, het ontvangene heeft opgenomen van haar bankrekening en vanwege zijn gokverslaving, dus voor zichzelf en niet als ‘beheerder’ voor [verweerster], heeft vergokt kan niet worden gezegd dat het ontvangene onder zijn beheer ten behoeve van [verweerster] is gekomen. Gelet hierop is het hof van oordeel dat op [verweerster] geen verplichting tot ongedaanmaking rust en dat de eerste grief van [verweerster] slaagt.”

1.7 De Gemeente heeft tijdig [\[noot:3\]](#) beroep in cassatie ingesteld. [Verweerster] heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. De Gemeente heeft haar standpunt schriftelijk doen toelichten, waarna [verweerster] heeft gedupliceerd [\[noot:4\]](#).

2. Beoordeling van het cassatieberoep

2.1 Het middel omvat een vijftal onderdelen (‘klachten’).

2.2 Onderdeel I bestrijdt met een rechtsklacht het oordeel van het hof (in rov. 2.2, 4e alinea) dat onder het ‘in de macht komen van de wettelijk vertegenwoordiger’ in de zin van art. 6:209 BW dient te worden verstaan het komen onder diens ‘beheer ten behoeve van de handelingsonbekwame’ en dat nu de wettelijk vertegenwoordiger het bedrag van de bankrekening van [verweerster] heeft opgenomen en voor zichzelf en niet als ‘beheerder’ voor [verweerster] heeft vergokt, niet kan worden gezegd dat het ontvangene onder zijn beheer ten behoeve van [verweerster] is gekomen.

Het onderdeel klaagt dat dit oordeel getuigt van een onjuiste uitleg van het begrip ‘in de macht komen’ van de wettelijk vertegenwoordiger en betoogt daartoe dat voor het ‘in de macht’ gekomen zijn

voldoende is dat de wettelijk vertegenwoordiger het onverschuldigd ontvangene feitelijk in handen c.q. in zijn beschikkingsmacht heeft gekregen en dat niet relevant is wat hij vervolgens met het ontvangene heeft gedaan. [\[noot:5\]](#)

2.3 Bij de bespreking van deze klacht is het volgende van belang.

2.4.1 Onder het tot 1 januari 1992 geldende recht was in de wettelijke regeling van de onverschuldigde betaling (art. 1395-1400 BW (oud)) niet voorzien in een regeling van de rechtsgevolgen van een onverschuldigde betaling aan een handelingsonbekwame – zoals een minderjarige – in het algemeen. Wel was in het kader van de regeling van de nietigheid en vernietiging van verbintenissen bepaald dat na vernietiging van een met een handelingsonbekwame gesloten overeenkomst op deze een restitutieplicht rust, doch slechts voor zover het betaalde nog onder hem berust of voor zover mocht blijken dat hij door het betaalde werkelijk is gebaat (art. 1487 BW (oud)). [\[noot:6\]](#)

Dit laatste criterium wordt ook aangetroffen in de regeling van de bevrijdende werking van een (wel verschuldigde) betaling aan een handelingsonbekwame: op grond van art. 1423 BW (oud) was een dergelijke betaling niet bevrijdend, behoudens voor zover de onbekwame door die betaling werkelijk gebaat was.

In het kader van dit criterium werd niet voldoende geacht dat het betaalde in handen van de onbekwame is gekomen, maar werd tevens de eis gesteld dat de onbekwame in of buiten zijn vermogen door de betaling of de wijze waarop deze is besteed reële voordelen heeft ondervonden, zoals door uitgaven ten behoeve van zijn opvoeding, opleiding of ontwikkeling. [\[noot:7\]](#)

2.4.2 Het Ontwerp Meijers voorzag wel in een algemene regeling van de rechtsgevolgen van een onverschuldigde betaling aan een handelingsonbekwame. In het verlengde van het oude recht bepaalde art. 6.4.2.7 OM (thans art. 6:209 BW) dat op de onbekwame een restitutieverplichting rust voor zover het ontvangene te zijnen voordele heeft gestrekt. [\[noot:8\]](#) Nieuw was echter de toevoeging, aan het slot van de bepaling, van de woorden “of onder beheer van zijn wettelijke vertegenwoordiger is gekomen.”

Dezelfde twee criteria werden ook vermeld in art. 6.1.6.5 OM (thans art. 6:31 BW), dat zag op de bevrijdende werking van een (wel verschuldigde) betaling aan een handelingsonbekwame en waarmee hetzelfde werd uitgedrukt als met art. 1423 BW (oud). [\[noot:9\]](#)

2.4.3 Blijkens de Toelichting Meijers werden beide artikelen geacht te strekken tot “bescherming van de onbekwame”, maar ratio en omvang van die bescherming worden in de toelichting niet nader uitgewerkt. [\[noot:10\]](#) De toevoeging in art. 6.4.2.7 OM van het criterium ‘onder beheer van de wettelijk vertegenwoordiger’ wordt in het geheel niet toegelicht. Bij art. 6.1.6.5 OM wordt ter zake slechts opgemerkt:

“(h)et slot van het artikel spreekt voor zichzelf; het mag geen verschil maken of de wettelijke vertegenwoordiger de betaling rechtstreeks dan wel langs een omweg heeft ontvangen.” [\[noot:11\]](#)

2.4.4 In 1972 werd het ontwerp van een Benelux-Overeenkomst inzake Nakoming van verbintenissen gepresenteerd. Art. 1.5 bevatte een regeling van de bevrijdende betaling aan een onbekwame volgens welke betaling aan een onbekwame schuldeiser de schuldenaar bevrijdt voor zover het betaalde ten voordele van de onbekwame heeft gestrekt of “in de macht is gekomen van diens wettelijke vertegenwoordiger”. Volgens de toelichting

werd met het artikel beoogd aan te sluiten bij het bestaande recht (waaronder art. 1423 BW (oud)). Over de uitbreiding met het criterium ‘in de macht van de wettelijk vertegenwoordiger’ werd gezegd (met mijn onderstreping):

“Het slot van het artikel spreekt voor zichzelf; het mag inderdaad geen verschil maken of de persoon die de wettelijke opdracht heeft het vermogen van de onbekwame te beheren, de betaling rechtstreeks dan wel langs een omweg in handen heeft gekregen.” [\[noot:12\]](#)

Van Opstall, die betrokken was bij de opstelling van het voorontwerp van de bepaling en de bijbehorende toelichting, heeft met betrekking tot de bepaling opgemerkt dat de schuldenaar bevrijd zal zijn “voor zover het betaalde inmiddels in de macht van de wettelijke vertegenwoordiger mocht zijn gekomen. Wat deze daarmee verder heeft gedaan doet niet meer ter zake.” [\[noot:13\]](#) (met mijn onderstreping) 2.4.5 Naar aanleiding van het Benelux-ontwerp is in de definitieve versie van zowel art. 6:31 BW (art. 6.1.6.5 OM) alsook de artikelen 6:209 BW (art. 6.4.2.7 OM) en 6:276 (6.5.4.19 OM) het begrip ‘in de macht’ overgenomen:

“In overeenstemming met het Beneluxontwerp Nakoming (artikel 1.5) zijn de woorden “het beheer” vervangen door “de macht”.” [\[noot:14\]](#)

Met betrekking tot het begrip ‘de macht’ wordt vervolgens opgemerkt:

“De (...) term komt in vergelijkbare betekenis voor in bijv. de artikelen 3.4.2.5 lid 1, 3.4.2.5a, 3.4.2.5b lid 1, 3.4.2.6., 3.5.7 lid 1, 3.9.2.1 lid 1, 3.9.2.2 leden 1 en 3 en 7.1.2.1 lid 3.” [\[noot:15\]](#)

Volgens de definitieve BW-nummering gaat het om de artikelen 3:90 lid 1, 3:91, 3:92, 3:93, 3:113 lid 1, 3:236 lid 1, 3:237

leden 1 en 3 en 7:9 lid 3 BW, bepalingen derhalve waarin het steeds gaat om ‘macht’ in de goederenrechtelijke zin van feitelijke macht over een goed.

2.5 Mede gelet op deze artikelverwijzing concludeer ik dat onder ‘in de macht gekomen’ in de zin van de artikelen 6:31, 6:209 en 6:276 BW naar de bedoeling van de wetgever dient te worden verstaan: het louter hebben verkregen van de feitelijke macht door de wettelijk vertegenwoordiger, ongeacht of deze daarbij al dan niet het oogmerk heeft gehad te handelen als wettelijk beheerder ten behoeve van de onbekwame en ongeacht eventuele daarna verrichte bestedingshandelingen. Voor deze uitleg kan tevens steun worden gevonden in de zojuist (onder 2.4.4) aangehaalde toelichting op art. 1.5 van het Beneluxontwerp (sprekend over het “in handen krijgen” door de wettelijk vertegenwoordiger) en de aldaar eveneens geciteerde opmerking van Van Opstall terzake (dat niet van belang is wat de wettelijk vertegenwoordiger met het in zijn macht verkregene heeft gedaan).

2.6 Ook de (op dit punt schaarse) literatuur strookt naar mijn mening het meest met deze uitleg. Slechts incidenteel wordt expliciet betoogd dat bepalend is dat het betaalde in handen is gekomen van de wettelijk vertegenwoordiger en dat niet ter zake doet hoe de wettelijk vertegenwoordiger het ontvangene vervolgens heeft besteed. [\[noot:16\]](#) Meestal valt voormelde uitleg impliciet af te leiden uit de opmerking dat het ontvangene ‘in handen’ moet zijn gekomen van de wettelijk vertegenwoordiger [\[noot:17\]](#), ‘op het juiste betaaladres (de vertegenwoordiger) terecht moet zijn gekomen’ [\[noot:18\]](#), dan wel door de wettelijk vertegenwoordiger moet zijn ‘verkregen’ [\[noot:19\]](#), of uit de omstandigheid dat het machts criterium, als zijnde volkomen duidelijk, in het geheel niet wordt toegelicht of genuanceerd. [\[noot:20\]](#) Voorts brengt het begrip ‘macht’

een enkele auteur tot het betoog dat de teruggaveverplichting beperkt is tot het teruggeven van goederen (art. 6:203 lid 1 BW), omdat met betrekking tot prestaties van andere aard (art. 6:203 lid 3 BW) moeilijk van ‘macht’ kan worden gesproken. [\[noot:21\]](#)

2.7 Men zou mogelijk – met verweerster [\[noot:22\]](#) – willen tegenwerpen dat de hier bepleite uitleg zich niet verdraagt met de ratio van art. 6:209 BW de handelingsonbekwame te beschermen. [\[noot:23\]](#) Mijns inziens gaat deze tegenwerping niet op. Uitgangspunt is, zo dunkt mij, dat handelingsonbekwaamheid (met de daaraan verbonden rechtsgevolgen) uitsluitend strekt tot bescherming van de handelingsonbekwame tegen zichzelf c.q. zijn verondersteld gebrek aan beoordelingsvermogen en zijn eigen lichtzinnigheid. [\[noot:24\]](#) Zo veronderstelt art. 6:31 BW dat de onbekwame niet in staat is om op een verstandige manier met de ontvangen prestatie om te gaan, reden waarom de schuld niet aan de onbekwame maar aan zijn wettelijk vertegenwoordiger moet worden voldaan. [\[noot:25\]](#) Zo strekt art. 6:209 BW ertoe de ratio van handelingsonbekwaamheid tot haar recht te doen komen indien bijvoorbeeld de minderjarige het onverschuldigd ontvangene heeft verbrast. [\[noot:26\]](#) De wettelijk vertegenwoordiger wordt geacht voor een goed beheer zorg te dragen, om welke reden de debiteur bevrijd is zodra het betaalde (uiteindelijk) in de macht van de wettelijk vertegenwoordiger is gekomen (art. 6:31) [\[noot:27\]](#) en de onbekwame verondersteld wordt gebaat te zijn als het onverschuldigd ontvangene in de macht van zijn wettelijk vertegenwoordiger is gekomen (art. 6:209) [\[noot:28\]](#). In het laatste geval vervalt de beperking van de teruggaveverplichting tot hetgeen tot werkelijk voordeel heeft gestrekt. [\[noot:29\]](#)

Een uitleg volgens welke het onverschuldigd ontvangene niet in de macht van de wettelijk vertegenwoordiger

is gekomen indien deze het ontvangene niet voor de onbekwame beheert maar ten behoeve zichzelf besteedt, zou erop neer komen dat het risico van wanbeheer door de wettelijk vertegenwoordiger voor een belangrijk deel op de schuldeiser wordt afgewenteld. [\[noot:30\]](#) Uit de parlementaire geschiedenis blijkt echter niet dat de wetgever een zo vergaande bescherming van de onbekwame heeft beoogd.

2.8 Uit het voorgaande volgt dat onderdeel I slaagt.

2.9 Onderdeel II richt zich, gelet op de herhaaldelijke verwijzing naar de hoedanigheid van de vader als wettelijk vertegenwoordiger, kennelijk eveneens tegen rov. 2.2, 4e alinea betreffende het ‘machts’ criterium, en wel voor zover daarin de vordering tot teruggave van de ná 16 oktober 2009 opgenomen bedragen is afgewezen.

Het klaagt dat uit ’s hofs oordeel niet blijkt dat het hof heeft onderkend dat de opnamen van de rekening slechts ten dele zijn geschied in de periode vóór 16 oktober 2009, de datum waarop [verweerster] meerderjarig is geworden. Voor zover het hof ervan is uitgegaan dat het bedrag door de vader als wettelijk vertegenwoordiger geheel is opgenomen tijdens de minderjarigheid is dat onbegrijpelijk in het licht van gedingstukken.

Voor zover het hof wel heeft onderkend dat bedoelde opnamen deels vóór en deels na het bereiken van de meerderjarigheid hebben plaatsgevonden, wordt in de kern geklaagd – zo begrijp ik met name uit de schriftelijke toelichting [\[noot:31\]](#) – dat het hof heeft miskend dat art. 6:209 BW uitsluitend van toepassing is op (de opnamen in) de periode van handelingsonbekwaamheid en derhalve niet tevens op (de opnamen in) de periode ná het bereiken van de meerderjarigheid. Tot teruggave van de ná het bereiken van haar

meerderjarigheid opgenomen bedragen (anders gezegd: het saldo van het onverschuldigd ontvangene op het moment van meerderjarig worden) was [verweerster] dan ook zonder meer gehouden, aldus het onderdeel.

2.10 Het onderdeel berust op een onjuiste rechtsopvatting. Art. 6:209 BW is van toepassing indien een onverschuldigde betaling wordt ontvangen door een handelingsonbekwame, zoals een minderjarige. Op grond van deze bepaling is de teruggaveverplichting van de minderjarige beperkt tot hetgeen hem tot werkelijk voordeel heeft gestrekt, het zich nog onder hem bevindende bedrag daaronder begrepen [\[noot:32\]](#) (zulks te beoordelen naar (in casu) het einde van de handelingsonbekwaamheid [\[noot:33\]](#) [\[noot:34\]](#)) of in de macht van zijn wettelijk vertegenwoordiger is gekomen. Indien men met het onderdeel tot uitgangspunt neemt dat ten aanzien van de opnamen verricht na het bereiken van de meerderjarigheid – en dus bij gebreke van een wettelijk vertegenwoordiger – geen sprake meer kan zijn van het in de macht raken van de wettelijk vertegenwoordiger, voert dit, anders dan het onderdeel betoogt, noodzakelijkerwijs tot de conclusie dat wat betreft die opnamen ingevolge het bepaalde in art. 6:209 BW geen teruggaveverplichting bestaat.

Hierop stuiten alle klachten van het onderdeel af.

2.11 Onderdeel III.a richt zich tegen rov. 2.2, 4e alinea, voor zover het hof daarin in overweging neemt dat “niet is betwist dat de vader (...) het ontvangene heeft opgenomen van haar bankrekening en (...) heeft vergokt.”. Geklaagd wordt dat het hof de positieve zijde van de devolutieve werking van het appel heeft miskend. Daartoe wordt gesteld dat de Gemeente in eerste aanleg gemotiveerd verweer heeft gevoerd tegen de stelling van [verweerster] dat de vader het ontvangene met haar

bankpasje heeft opgenomen en heeft vergokt, waartoe wordt verwezen naar het proces-verbaal van comparitie (p. 2).

2.12 De klacht faalt reeds nu in cassatie niet tevens is opgekomen tegen de voorafgaande vaststelling door het hof, in alinea 3 van rov. 2.2, dat de Gemeente niet heeft betwist dat de vader van [verweerster] het bedrag heeft opgenomen en vergokt. Voorts valt niet in te zien welk belang de Gemeente heeft bij deze klacht.

Ten overvloede merk ik nog op dat geenszins onbegrijpelijk is dat het hof de gedingstukken in voormelde zin heeft uitgelegd. De verklaring van de Gemeente ter comparitie (proces-verbaal, p. 2) dwingt niet tot de conclusie dat de Gemeente (specifiek) heeft betwist dat de vader van [verweerster] het ontvangene heeft opgenomen en vergokt. Veeleer lijkt de Gemeente dit in het midden te hebben gelaten, gezien haar opmerking “(d)at eiseres stelt dat haar vader dit heeft gedaan is overigens niet van betekenis.”

2.13 De onderdelen III.b en IV klagen – gelet op de toelichting [\[noot:35\]](#) – naar de kern genomen dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden door in rov. 2.2, 4e alinea, tot uitgangspunt te nemen de vaststelling dat niet is gebleken dat de vader van [verweerster] niet tevens haar wettelijk vertegenwoordiger was en, daarvan uitgaande, te onderzoeken of sprake is van een teruggaveverplichting op grond van het ‘machts’ criterium van art. 6:209 BW. Daartoe wordt aangevoerd dat [verweerster] noch in eerste aanleg, noch in hoger beroep heeft gesteld dat haar vader haar wettelijk vertegenwoordiger was [\[noot:36\]](#), en dat zij evenmin een beroep op art. 6:209 BW heeft gedaan. Zij heeft zich, integendeel, zowel in eerste aanleg als in haar grief 1 op het met toepasselijkheid van art. 6:209 BW onverenigbare standpunt gesteld dat haar vader is opgetreden als onbevoegd vertegenwoordiger, aldus de onderdelen.

2.14 De klachten falen. De rechtbank heeft naar aanleiding van het verweer van [verweerster] dat zij tot 16 oktober 2009 minderjarig was (i) ambtshalve toepassing gegeven aan art. 6:209 BW en (ii) in dat verband overwogen dat niet is gebleken dat haar vader niet tevens haar wettelijk vertegenwoordiger was (rov. 4.3). Tegen geen van beide aspecten is in hoger beroep gegriefd. Het betoog in grief 1 (onder het kopje “De vertegenwoordiging”) dat de vader is opgetreden als onbevoegd vertegenwoordiger heeft het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk opgevat als een grief tegen het oordeel van de rechtbank (in haar rov. 4.2) dat niet de vader, maar [verweerster] als ontvanger uit onverschuldigde betaling moet worden aangesproken. Deze grief heeft het hof beoordeeld in zijn rov. 2.2, 1e alinea.

2.15 De slotsom is dat onderdeel I slaagt. Na verwijzing zal moeten worden beoordeeld in hoeverre het door [verweerster] ontvangene in de macht van haar wettelijk vertegenwoordiger is gekomen in de hiervoor onder 2.5 voorgestane zin, en wel naar het tijdstip waarop haar handelingsonbekwaamheid (minderjarigheid) een einde nam. Daarbij zal de vraag kunnen rijzen wat onder feitelijke macht van de wettelijk vertegenwoordiger over een vermogensbestanddeel als een tegoed op een bankrekening moet worden verstaan. [\[noot:37\]](#) Het middel betoogt enerzijds dat die macht wordt verkregen met het verkrijgen van de beschikkingsmacht over de pinpas en -code van de rekeninghouder [\[noot:38\]](#), maar veronderstelt anderzijds dat het ontvangene (eerst) in de macht van de wettelijk vertegenwoordiger komt op het moment van opname van de rekening. Ik voeg hier nog een derde suggestie aan toe: verdedigbaar lijkt dat de aard van het ontvangene (een giraal tegoed) meebrengt dat, anders dan ten aanzien van een lichamenlijk goed het geval zou zijn, reeds het ontstaan van dat tegoed in het vermogen van de onbekwame (de

creditering in rekening-courant) meebrengt dat de wettelijk vertegenwoordiger daarover de macht heeft. Hij is immers als wettelijk vertegenwoordiger bevoegd en in staat over dat tegoed te beschikken en heeft daarvoor de pas en code – men denke aan een telefonische betalingsopdracht – niet van node.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.

» Noot

1. De casus van dit arrest is als volgt. De gemeente Leiden heeft per abuis aan een minderjarige een bedrag van € 42.500,= overgemaakt. Aan het verzoek tot terugbetaling voldoet de minderjarige niet. De gemeente Leiden stelt tegen de inmiddels meerderjarig geworden ontvanger van het bedrag een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling in. De rechtbank wijst deze vordering toe. In hoger beroep wordt het vonnis van de rechtbank echter vernietigd en wordt de vordering van de gemeente alsnog afgewezen. De gemeente Leiden is niet in hoger beroep verschenen. Tegen haar is verstek verleend. De gemeente stelt tegen dit arrest beroep in cassatie in. De Hoge Raad verklaart de gemeente in dit beroep niet-ontvankelijk, omdat tegen een bij verstek gewezen uitspraak de niet-verschenen partij geen beroep in cassatie kan instellen.

2. De Hoge Raad kon gelet op het bepaalde in art. 401b lid 1 Rv niet anders dan de gemeente Leiden niet-ontvankelijk in haar beroep in cassatie verklaren. Uit art. 143 lid 1 Rv volgt dat de gedaagde die bij verstek is veroordeeld daartegen verzet kan doen. Deze regel vindt zijn neerslag in de procedureregels van hoger beroep (art. 335 Rv) en cassatie (art. 401b lid 1 Rv), maar ook in kort geding (art. 259 Rv). ‘Veroordeeld’ moet ruim worden opgevat.

Het gaat erom dat de niet-verschenen partij in het condemnatoire, declaratoire of constitutieve vonnis geheel of gedeeltelijk in het ongelijk is gesteld (Hof Arnhem 24 mei 1927, *NJ* 1927, 1568 en Hof Leeuwarden 26 oktober 1949, *NJ* 1950, 367).

3. Het rechtsmiddel van verzet is een gewoon rechtsmiddel en geldt voor alle instanties in dagvaardingsprocedures, maar niet voor verzoekschriftprocedures (HR 18 september 1969, *NJ* 1970, 10 en HR 12 april 1991, *NJ* 1992, 215, m.nt. H.J. Snijders).

4. De wet kent niet de mogelijkheid tot conversie van rechtsmiddelen. Het beroep in cassatie kon daarom niet worden omgezet in verzet tegen het arrest van het hof. Het instellen van een verkeerd rechtsmiddel is (daarom voor de gemeente) fataal.

5. Uit het arrest volgt niet waarom de gemeente Leiden gelet op de duidelijke regel van art. 401b lid 1 Rv de weg van cassatie heeft gevolgd. De gemeente heeft tamelijk snel de cassatiedagvaarding uitgebracht (het arrest van het hof is van 10 mei 2011 en de cassatiedagvaarding dateert van 21 juni 2011), terwijl de termijn voor het instellen van verzet vier weken bedraagt – kort gezegd – na betekening van de uitspraak aan de veroordeelde in persoon of na het plegen van een daad van bekendheid door hem.

6. Opvallend is dat de A-G in haar conclusie onder dit arrest aan art. 401b lid 1 Rv geen aandacht heeft besteed. Zij gaat slechts in op de uitleg van het begrip ‘in de macht van de wettelijke vertegenwoordiger’ als bedoeld in art. 6:209 BW.

7. Uit art. 401b lid 2 Rv volgt dat de niet-verschenen partij tegen een bij verstek gewezen uitspraak – in plaats van verzet te doen – verweer in cassatie kan voeren,

indien een van de andere partijen in het geding beroep in cassatie instelt. Een incidenteel cassatieberoep door die niet-verschenen partij is dan ook mogelijk. Het recht verzet te doen vervalt in dat geval (art. 401c lid 1 Rv). Deze regel vindt ook in hoger beroep toepassing (art. 335 lid 1 Rv). Uit Hoge Raad 11 september 2009, *NJ* 2009, 655, m.nt. H.J. Snijders en P. van Schilfgaarde (Comsys/Van den End q.q.) volgt dat indien aan een niet-verschenen partij in hoger beroep ten onrechte verstek is verleend en die partij in het ongelijk is gesteld, het rechtsmiddel van verzet open staat, doch dat die partij echter ook bevoegd is samen met de in hoger beroep wel verschenen geïntimeerde beroep in cassatie in te stellen.

R.A. Wolf, TeekensKarstens advocaten
notarissen

» Voetnoten

[\[1\]](#)

Ontleend aan rov. 1.2 t/m 1.4 van het in cassatie bestreden arrest. Zie ook rov. 2.1 t/m 2.3 van het vonnis van de rechtbank 's-Gravenhage van 25 augustus 2010.

[\[2\]](#)

Volgens weergave in het vonnis van de rechtbank van 25 augustus 2010, rov. 3.3 i.v.m. 4.2.

[\[3\]](#)

De cassatiedagvaarding is uitgebracht op 21 juni 2011.

[\[4\]](#)

Het processtuk draagt kennelijk abusievelijk het opschrift ‘conclusie van repliek’.

[\[5\]](#)

Cassatiedagvaarding p. 7. Zie ook de s.t. namens de Gemeente, onder 19-22.

[6]

Hofmann-Drion-Wiersma, De algemene leer der verbintenissen, Tweede gedeelte (1959), p. 412-413. De formule is langer dan hier aangehaald, maar algemeen wordt aangenomen dat zij dezelfde betekenis heeft als de korte van art. 1423 BW (oud), zie F.J. de Jong, Werkelijk gebaat (I), WPNR 1943/3820, p. 82.

[7]

Hofmann-Drion-Wiersma, De algemene leer der verbintenissen, Tweede gedeelte (1959), p. 308-309.

[8]

Zie over de achtergrond van deze gewijzigde terminologie, waarmee geen inhoudelijke wijziging is beoogd, TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 159.

[9]

Zie voor identieke criteria ook art. 6.5.4.19 OM (thans art. 6:276 BW), betreffende ongedaanmakingsverplichtingen na ontbinding. Dit artikel heeft eenzelfde strekking als art. 6.4.2.7 OM, aldus TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1035.

[10]

TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 816.

[11]

TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 160.

[12]

Ontwerp Benelux-Overeenkomst inzake nakoming van verbintenissen, Bijlage II, Gemeenschappelijke memorie van toelichting, p. 26-27.

[13]

S.N. van Opstall, Ontwerp-Benelux-overeenkomst inzake nakoming van verbintenissen, Tijdschrift voor Privaatrecht 1973, p. 709.

[14]

MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 160, 816 en 1035.

[15]

MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 160.

[16]

Aldus m.b.t. art. 1423 BW (oud): Contractenrecht (losbl.), hoofdstuk VI (Streefkerk), aant. 85.

[17]

Aldus m.b.t. art. 6:31 BW: Verbintenissenrecht (losbl.), art. 31 (Koot), aant. 3; Mon. BW B32a (Scheltema) 2008, nr. 17.

[18]

Aldus m.b.t. art. 6:31: Pitlo/Cahen, Verbintenissenrecht (2002), nr. 32.

[19]

Aldus m.b.t. art. 6:209: Verbintenissenrecht (losbl.), art. 209 (Scheltema), aant. 3.

[20]

Vgl. m.b.t. art. 6:209 BW: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 445; M.W. Scheltema, Onverschuldigde betaling (1997), p. 194. Vgl. m.b.t. art. 6:31 BW: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 207; Verbintenissenrecht algemeen 2011 (Krans), nr. 88. Vgl. m.b.t. art. 6:276: Verbintenissenrecht algemeen 2011 (De Jong), nr. 249.

[\[21\]](#)

Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding 2012 (Vriesendorp), nr. 303.

[\[22\]](#)

Zie ook conclusie van antwoord in cassatie, onder 11.

[\[23\]](#)

TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 816. Zie ook Scheltema, Onverschuldigde betaling 1997, p. 192-193.

[\[24\]](#)

Vgl. Hof Arnhem 23 september 2008, LJN BG0442, NJF 2009, 57, rov. 4.3 en 4.5.

[\[25\]](#)

Verbintenissenrecht algemeen 2011 (Krans), nr. 88.

[\[26\]](#)

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 445. Vgl. voor oud recht: Asser-Hartkamp III (1990), nr. 341 en Contractenrecht (losbl.), hoofdstuk II-F (Mellema-Kranenburg), aant. 2166.

[\[27\]](#)

H.C.F. Schoordijk, Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht (1979), p. 118.

[\[28\]](#)

Mon. BW B53 (Schrage) 2009, nr. 76.

[\[29\]](#)

Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding 2012 (Vriesendorp), nr. 303.

[\[30\]](#)

Vgl. F.J. de Jong, Werkelijk gebaat (II, slot), WPNR 1943/3821, p. 90, voetnoot 22. Zie ook Schoordijk, a.w., p. 444, verwijzend naar p. 118.

[\[31\]](#)

S.t. onder 26-29.

[\[32\]](#)

TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 159; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 445; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 207.

[\[33\]](#)

Parl. Gesch. Boek 6, p. 816 i.v.m. p. 159; Verbintenissenrecht (losbl.), art. 209 (Scheltema), aant. 3; Jac. Hijma 2011 (T&C Burgerlijk Wetboek), art. 6:209, aant. 3a. Onder het recht van vóór 1 januari 1992 werd bij de beoordeling of sprake is van ‘werkelijke baat’ als bedoeld in artt. 1423 en 1487 BW (oud) van hetzelfde peilmoment uitgegaan, vgl. F.J. de Jong, WPNR 1943/3821, p. 90, Asser-Losecaat Vermeer-Rutten (1958), p. 325, voetnoot 3; Hofmann-Drion-Wiersma, Algemene leer der Verbintenissen, Tweede gedeelte (1959) p. 308-309; Contractenrecht (losbl.), hoofdstuk VI (Streefkerk), aant. 88 en hoofdstuk II-F (Mellema-Kranenburg), aant. 2150.

[\[34\]](#)

Ik teken aan dat het hof, in cassatie onbestreden, in rov. 2.2, 3e alinea, dit peilmoment kennelijk niet heeft toegepast.

[\[35\]](#)

S.t. onder 42-46.

[\[36\]](#)

Terzijde merk ik op dat tijdens de comparitie aan de zijde van [verweester] is gesteld dat zij ten tijde van de betaling nog minderjarig was en onder het toezicht van haar ouders stond.

[\[37\]](#)

Rb Zwolle 31 mei 2006, LJN AY5733, NJF 2006, 531 geeft hierover geen uitsluitel, nu tussen partijen vaststond dat het door een 16-jarige jongen op zijn rekening ontvangene niet in de macht van de wettelijk vertegenwoordiger was gekomen (rov. 4.4).

[\[38\]](#)

S.t. onder 19.