

Een Europees recht inzake ongerechtvaardigde verrijking? Over de dogmatiek van het Ontwerp-Gemeenschappelijk Referentiekader

1. Inleiding

Met de opkomst van de harmonisatiegedachte maakt de rechtsvergelijking op historische grondslag langzaam plaats voor een ander type rechtsvergelijking: rechtsvergelijking niet om beter te begrijpen hoe het recht van nu zo geworden is,¹ maar om vast te stellen hoe het Europees privaatrecht van de toekomst zou moeten luiden. Zowel bij het vervaardigen van ‘beginselen’ van Europees privaatrecht (zoals de alom bekende *Principles of European Contract Law*²) als bij het maken van Europese ‘modelregels’ speelt rechtsvergelijking immers een essentiële rol. Zo bevat het in december 2007 verschenen ontwerp-Gemeenschappelijk Referentiekader (GRK) voor een Europees privaatrecht³ modelregels die grotendeels zijn gebaseerd op een vergelijkende analyse van het recht van de Europese lidstaten.

Deze bijdrage is gewijd aan een onderdeel van dit Ontwerp-GRK. Opmerkelijk is immers dat het GRK niet beperkt is tot regels die het meest samenhangen met de regulering van de Europese interne markt (met name het contractenrecht), maar ook andere onderdelen van het verbintenissenrecht omvat. Zo bevat het ontwerp onder meer regels voor een Europees recht inzake ongerechtvaardigde verrijking. In het navolgende wordt niet zozeer de inhoud van deze modelregels besproken als wel de noodzaak en de functie van het vervaardigen van regels over dit thema. Die vraag is alleen al daarom gerechtvaardigd omdat het verrijgingsrecht traditioneel niet een gebied is waarop de Europese wetgever actief is geweest: het Europese acquis⁴ bevat er amper regels over. Dat het Ontwerp-GRK die regels wél bevat, wekt dus verbazing. Maar er is nog een reden om dit thema te bespreken: het Ontwerp-GRK werpt ons terug op de dogmatische vraag naar de precieze plaats van ongerechtvaardigde verrijking in het verbintenissenrecht, niet enkel op Europees maar ook op nationaal niveau. Zodra die plaats is opgehelderd, zal blijken dat de benadering van het Ontwerp-GRK een dwaalleer is.

De volgende paragraaf schetst de achtergrond van het Ontwerp-Gemeenschappelijk Referentiekader en de rol van ongerechtvaardigde verrijking daarin. Vervolgens (paragraaf 3)

¹ Zie J.H.A. Lokin, Ten geleide, Groninger Opmerkingen en Mededelingen I (1984), p. v.

² O. Lando & H. Beale (eds.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, The Hague 2000.

³ Christian Von Bar, Eric Clive & Hans Schulte-Nölke (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference, Interim Outline Edition*, München 2008, ook beschikbaar via <<http://www.law-net.eu>>. Kritisch over de methodologie van het Ontwerp-GRK: J.M. Smits, Het ontwerp-Gemeenschappelijk Referentiekader (GRK) voor een Europees privaatrecht, WPNR 6471 (2008), p. 109 v.

⁴ De belangrijkste Europese richtlijnen zijn te vinden in Jan Smits e.a. (red.), *Wetseditie European Private Law*, Nijmegen 2006.

wordt een kort overzicht gegeven van de belangrijkste overeenkomsten en verschillen in het Europese verrijktingsrecht. Paragraaf 4 behandelt de modelregels in het Ontwerp-GRK, waarna paragraaf 5 de hamvraag naar de rol van deze modelregels in een Europees privaatrecht aan de orde stelt.

2. Het Ontwerp-Gemeenschappelijk Referentiekader en ongerechtvaardigde verrijking

In december 2007 werd het Ontwerp-Gemeenschappelijk Referentiekader voor een Europees privaatrecht aangeboden aan de Europese Commissie. Dit was het voorlopig resultaat van vier jaar werk door de zogenaamde *Study Group on a European Civil Code* en de *Research Group on the Existing EC Private Law* (de ‘acquis-group’).⁵ Het ontwerp vloeit voort uit de Mededeling over Europees contractenrecht van 2004,⁶ waarin de Europese Commissie had aangegeven dat ‘definities, grondbeginselen en modelbepalingen’ voor een Europees contractenrecht moesten worden vervaardigd om de kwaliteit en de consistentie van het bestaande acquis te verbeteren. Een grote groep Europese academici heeft zich vervolgens gewijd aan het vervaardigen van dit ontwerp. Wat er ook zij van de ambities van de ontwerpers – de huidige tekst draagt naar zowel vorm als inhoud in sterke mate het karakter van een Europees Burgerlijk Wetboek – zeker is dat de tekst de komende jaren een belangrijke rol zal vervullen in het Europese onderwijs en onderzoek.

Volgens de ontwerpers heeft het Ontwerp-GRK verschillende doelen.⁷ In de eerste plaats biedt het een mogelijk model voor een zogenaamd ‘politiek’ GRK: de huidige tekst wordt gepresenteerd als een ‘academisch’ ontwerp en de Europese Commissie moet beslissen of het deze tekst zal gebruiken bij het herzien van het huidige acquis of bij het vervaardigen van nieuwe Europese regels. In de tweede plaats wordt het ontwerp door de ontwerpers beschouwd als van belang voor rechtswetenschap en juridisch onderwijs: het ontwerp zal de kennis over Europees privaatrecht doen toenemen en in het bijzonder ‘help to show how much national private laws resemble one another and (...) how much those laws may be regarded as regional manifestations of an overall common European legacy.’⁸ Ten slotte kan het GRK, net zoals de Principles of European Contract Law, een bron van inspiratie vormen voor (nationale en Europese) rechters en voor nationale wetgevers. Benadrukt moet echter worden dat het belangrijkste doel van het uiteindelijke GRK dat van een ‘tool box’ voor de Europese wetgever zal zijn:⁹ deze kan, ‘waar mogelijk’¹⁰, gebruik maken van het GRK bij het vervaardigen van nieuwe richtlijnen en het

⁵ Beide groepen zijn de belangrijkste leden van het zg. *Joint Network on European Private Law* (CoPECL).

⁶ Mededeling over Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen, COM (2004) 651 def., PbEG 2005, C 14/6.

⁷ Ontwerp-GRK, o.c., p. 6 v.

⁸ Ontwerp-GRK, o.c., p. 6.

⁹ Mededeling 2004, o.c., p. 14.

¹⁰ Mededeling 2004, o.c., p. 3.

EEN EUROPEES RECHT INZAKE ONGERECHTVAARDIGDE VERRIJKING?

herzien van bestaande. Het GRK bindt de Europese wetgever of de lidstaten daarbij niet:¹¹ het zou zijn autoriteit moeten ontleen aan de kwaliteit van de bepalingen.

Het is hier niet de plaats om kritiek te uiten op de voorziene functies van het ontwerp-GRK.¹² Voor de lijn van het betoog is slechts van belang dat, van de tien ‘boeken’ waaruit het Ontwerp-GRK bestaat, Boek VII is gewijd aan ongerechtvaardigde verrijking. Het bevat zeven hoofdstukken met in totaal 23 verschillende bepalingen (‘model rules’). Het is moeilijk om deze bepalingen geheel op waarde te schatten nu enig toelichtend commentaar vooralsnog ontbreekt. Zij volgen bijna letterlijk de tekst van de *Principles of European Unjustified Enrichment Law* zoals recent gepubliceerd door de *Study Group on a European Civil Code*.¹³ De vraag die ons hier interesseert is in hoeverre deze beginselen het recht in de Europese rechtsstelsels weerspiegelen. Daartoe wordt nu eerst een kort overzicht gegeven van overeenkomsten en verschillen in het Europese verrijgingsrecht.

3. Ongerechtvaardigde verrijking in Europa: overeenkomsten en verschillen

Op het terrein van ongerechtvaardigde verrijking hebben de Europese lidstaten diverse dingen gemeen.¹⁴ Het belangrijkste is dat zij alle als een algemeen *gezichtspunt* erkennen dat niemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd mag worden verrijkt. Het is een gezichtspunt dat als ‘beginsel’ ook is neergelegd in de beroemde uitspraak van Pomponius: ‘Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem.’¹⁵ Juist vanwege het algemene en abstracte karakter van de formulering kan het beginsel in ieder rechtsstelsel worden aanvaard: de enkele (ongerechtvaardigde) verrijking van een partij leidt op zichzelf niet tot het kunnen instellen van een vordering, maar in specifieke gevallen *kan* toepassing van het beginsel leiden tot een geslaagde vordering indien nadere eisen zijn vervuld. Deze eisen verschillen per rechtsstelsel.

Omdat het algemene beginsel dat ongerechtvaardigde verrijking moet worden voorkomen ten grondslag ligt aan een groot deel van het verbintenissenrecht (en dus ook aan de oppervlakte

¹¹ Mededeling 2004, o.c., p. 6.

¹² Zie daartoe Smits, o.c., WPNR 6471 (2008), p. 109 v.

¹³ Herziene versie van 27 februari 2006, beschikbaar via <<http://www.sgecc.net>>. In de reeks *Principles of European Law* is het deel over ongerechtvaardigde verrijking (te redigeren door Stephen Swann en Christian Von Bar) aangekondigd voor 2009.

¹⁴ Algemene overzichten zijn te vinden bij Daniel Visser (zie onder, voetnoot 22), James Gordley & Arthur Taylor Von Mehren, *An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials*, Cambridge 2006, p. 552 v., Reinhard Zimmermann (red.), *Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrecht*, Tübingen 2005, Jack Beatson & Eltjo Schrage (red.), *Casebooks on the Common Law of Europe: Unjustified Enrichment*, Oxford 2003, David Johnston & Reinhard Zimmermann (red.), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge 2002 en E.J.H. Schrage (ed.), *Unjust Enrichment and the Law of Contract*, Den Haag 2001.

¹⁵ Pomponius, Dig. 50, 17, 206.

komt in het contracten- en aansprakelijkheidsrecht),¹⁶ is het niet moeilijk om gevallen te vinden die kunnen worden begrepen als het voorkomen van ongerechtvaardigde verrijking. André Tunc heeft dit goed in het licht gesteld toen hij de algemene bepaling over onrechtmatige daad in verband bracht met het beginsel dat verrijking zonder rechtsgrond moet worden voorkomen:¹⁷

‘Le principe énoncé par l’article 1382 du Code Civil est l’une de ces grandes règles d’équité qui pourraient, à elles seules, résumer le Droit tout entier. On pourrait (...) concevoir (...) tout le droit des obligations régi par un seul principe: ‘Chacun doit réparer le dommage qu’il cause, par sa faute, à autrui’; on pourrait d’ailleurs, substituant au principe de responsabilité celui tout aussi général d’enrichissement sans cause, se contenter d’écrire: “Nul ne peut s’enrichir injustement aux dépens d’autrui.”’

In deze opvatting wordt het beginsel tegen ongerechtvaardigde verrijking gebruikt als een manier om het verbintenissenrecht beter te begrijpen: het maakt het systeem beter inzichtelijk door explicitering van een achterliggende waarde. Tegelijkertijd kan het beginsel in concrete gevallen worden gebruikt als een argument om een verarmde partij te compenseren – mits aan de overige vereisten voor een *vordering* op grond van ongerechtvaardigde verrijking is voldaan. In dit opzicht is ongerechtvaardigde verrijking als algemeen beginsel erkend in zowel de *civil law* als de *common law*-traditie.¹⁸

Een tweede aspect waarin de meeste Europese rechtsstelsels overeenkomen is dat zij specifieke vorderingen op grond van ongerechtvaardigde verrijking erkennen. Doorgaans dient aan drie voorwaarden te zijn voldaan voordat een vordering kan worden ingesteld: een verrijking van de één, een daardoor veroorzaakte verarming bij de ander en het ongerechtvaardigd zijn van deze vermogensverschuiving. Maar er zijn ook belangrijke verschillen in de Europese ‘taxonomie’ van ongerechtvaardigde verrijking.¹⁹ Er zijn ten minste drie van dergelijke taxonomieën.

In de eerste plaats wordt in veel *civil law*-landen een onderscheid gemaakt tussen onverschuldigde betaling (*condictio indebiti*) enerzijds en ongerechtvaardigde verrijking anderzijds. Dit geldt onder meer voor Frankrijk, Nederland, Italië en Spanje. De (in het wetboek neergelegde) vordering op grond van onverschuldigde betaling beoogt om een ten onrechte gedane betaling teniet te doen (waarbij het van weinig belang is of de waarde van het vermogen van de ontvanger toenam²⁰). Naast deze vordering kennen de genoemde landen een algemene actie op

¹⁶ Zie ook G.E. van Maanen, *Ongerechtvaardigde verrijking*, Nijmegen 2001, p. 21, die spreekt van een ‘gedachte.’

¹⁷ Mazeaud-Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, deel I, 6de dr., Paris 1965, p. 17.

¹⁸ Zie voor Engels recht *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.* [1991] 2 AC 548.

¹⁹ Over taxonomie bijv. Jacques du Plessis, *Towards a Rational Structure of Liability for Unjustified Enrichment: Thoughts from Two Jurisdictions*, *South African Law Journal* 122 (2005), p. 39 v.

²⁰ Zie voor dit aspect van het Nederlandse art. 6:203 BW bijv. Asser-Hartkamp III, no. 316.

EEN EUROPEES RECHT INZAKE ONGERECHTVAARDIGDE VERRIJKING?

grond van ongerechtvaardigde verrijking, soms gemitigeerd door de eis dat het moet gaan om gevallen analoog aan de wettelijk erkende situaties.

In de tweede plaats is er de Duitse onderscheiding tussen diverse typen van ongerechtvaardigde verrijking. Dit onderscheid vindt zijn grondslag in het werk van Wilburg en Von Caemmerer.²¹ Naast de *Leistungskondiktion* (de verrijking is gebaseerd op een prestatie zonder rechtsbasis²²) bestaan diverse varianten van de *Nichtleistungskondiktion*, waaronder de *Eingriffskondiktion* (de verrijkte partij maakte inbreuk op eigendom of een ander absoluut recht van de verarmde), de *Verwendungskondiktion* (uitgaven gedaan ten behoeve van een zaak komen ten goede aan een ander) en de *Rückgriffskondiktion* (doorgaans het geval waarin de eiser de schuld van een ander betaalde).²³

Ten slotte is er nog een derde manier om ongerechtvaardigde verrijking te structureren. De zojuist genoemde onderscheidingen stellen de voorwaarde van 'sine causa' centraal: vereiste voor het kunnen vorderen is dat de verrijking plaats heeft zonder rechtsgrond. Een andere benadering is om de nadruk te leggen op een *positieve* reden die het instellen van een actie op grond van ongerechtvaardigde verrijking rechtvaardigt: alleen als een dergelijke reden bestaat (de voor de hand liggende redenen zijn dwaling, misbruik van omstandigheden, gebrek aan *consideration* en nietigheid van de overeenkomst) kan de vordering worden toegewezen. Dit is van oudsher hoe de *common law* het verrijgingsrecht benadert en zelfs met de aanvaarding van de algemene verrijgingsactie worden nog steeds diverse gevallen onderscheiden. Het was Peter Birks die een grote rol speelde bij de ontwikkeling van het Engelse verrijgingsrecht en bij het onderscheiden van de diverse gronden voor een verrijgingsactie, al veranderde hij zelf – zoals bekend²⁴ – in 2003 van mening en aanvaardde hij de continentale benadering²⁵ waarin een verrijgingsactie in beginsel alleen mogelijk is 'without a legal basis.'

Er is nog een derde aspect dat de Europese rechtsstelsels gemeen hebben. Dit is dat het verrijgingsrecht in een belangrijk opzicht verschilt van andere onderdelen van het verbintenissenrecht. Terwijl het contracten- en aansprakelijkheidsrecht coherente systemen zijn, is dit voor het verrijgingsrecht in veel mindere mate het geval. Zoals James Gordley aangeeft: het verrijgingsrecht is niet gebaseerd op coherente beginselen binnen het stelsel van het

²¹ Zie voor een overzicht bijv. James Gordley, *Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford 2006, p. 420.

²² Doorgaans het geval dat in Nederland zou worden gekwalificeerd als onverschuldigde betaling. Zie ook Daniel Visser, *Unjustified Enrichment in Comparative Perspective*, in: Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann (red.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006, p. 969 v., die benadrukt (p. 997) dat de diverse nationale benaderingen niet zeer van elkaar afwijken. Vgl. Daniel Visser, *Unjustified Enrichment*, in: Jan M. Smits (red.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham 2006, p. 767 v.

²³ Zie bijv. M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, Deventer 1997, p. 12 v.

²⁴ Vgl. Andrew Burrows, *Absence of Basis: The New Birksian Scheme*, in: Andrew Burrows & Lord Rodger of Earlsferry (eds.), *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford 2006, p. 33 v.

²⁵ Peter Birks, *Unjust Enrichment*, Oxford 2003, p. 87 v. Zijn vroegere standpunt is kenbaar uit Peter Birks, *An Introduction to the Law of Restitution*, Oxford 1985.

verbintenissenrecht, maar op ‘the need in disparate cases to fill the gaps left by other branches of the law.’²⁶ De sporen van dit *parasitaire* karakter van het verrijgingsrecht zijn terug te vinden in alle rechtsstelsels. In Duitsland wordt de Wilburg/Von Caemmerer-typologie bijvoorbeeld niet als uitputtend gezien: er zijn gevallen waarin de verrijgingsvordering buiten de bestaande structuren om moet worden erkend en het is moeilijk om deze gevallen op een consistente manier te structureren. Ook het Engelse recht heeft lang geworsteld met het vinden van een precieze plek voor de diverse verrijgingsacties. En in veel rechtsstelsels is er een aanhoudend debat over de vraag in hoeverre de verrijgingsvordering subsidiair is ten opzichte van overeenkomst en onrechtmatige daad.²⁷ Dit alles laat zien dat de plaats van het verrijgingsrecht een moeilijke is in het systeem van het privaatrecht.

Met deze kennis over het Europees verrijgingsrecht kunnen thans de beginselen van verrijgingsrecht in het Ontwerp-GRK nader worden beschouwd. De vraag is in hoeverre zij zijn gebaseerd op wat de Europese rechtsstelsels gemeenschappelijk hebben en een keuze maken uit één van de hierboven genoemde taxonomieën.

4. Het Ontwerp-GRK: Europese beginselen van ongerechtvaardigde verrijking

Volgens de ontwerpers zijn de modelregels in het Ontwerp-GRK gebaseerd op een vergelijkende analyse van het recht van de lidstaten en van de Europese Unie.²⁸ Dit is op zichzelf een weinig overtuigende methode omdat zij niet duidelijk maakt welk criterium werd gebruikt om de voorkeur te geven aan de ene oplossing boven de andere. Wel wordt gesuggereerd dat, in geval van divergerende rechtsstelsels, het Ontwerp-GRK het midden kiest,²⁹ maar dit kan uiteraard niet het enige criterium zijn geweest om de bepalingen te formuleren zoals zij zijn geformuleerd. Ik vermoed dat doorgaans een keuze werd gemaakt voor wat men beschouwde als de ‘betere’ regel, maar zolang de toelichting bij de artikelen niet beschikbaar is blijft het gissen naar waarom men de ene regel als beter dan de andere beschouwde.³⁰

²⁶ Gordley, *Foundations of Private Law*, o.c., p. 417. Zie ook Van Maanen, o.c., p. 9, die de verrijgingsactie het ‘sluitstuk van ons systeem’ noemt.

²⁷ Vgl. Hugo J. van Kooten, *The Structure of Liability for Unjustified Enrichment in Dutch Law, with References to German, French and Italian Law*, in: Zimmermann (red.), *Grundstrukturen*, o.c., p. 221 v. en E.J.H. Schrage, *Verbintenissen uit andere bron dan onrechtmatige daad of overeenkomst*, Monografie NBW B-53, Deventer 1998.

²⁸ Ontwerp-GRK, o.c., p. 12.

²⁹ Ontwerp-GRK, o.c., p. 12: ‘as far as there are differences between the underlying values in individual jurisdictions, or between the Member States’ laws and EC law, the DCFR mediates between them and takes a balanced position.’

³⁰ Enig inzicht in de gemaakte keuzen kan worden gevonden in Stephen Swann, *The Structure of Liability for Unjustified Enrichment: First Proposals of the Study Group on a European Civil Code*, in: Zimmermann (red.), *Grundstrukturen*, o.c., p. 265 v.

EEN EUROPEES RECHT INZAKE ONGERECHTVAARDIGDE VERRIJKING?

In elk geval betekent dit dat onze analyse van de modelregels op de tekst van het Ontwerp-GRK moet worden gebaseerd. Ik concentreer mij op de twee belangrijkste bepalingen in Boek VII van het Ontwerp. Art. VII-1:101 biedt de hoofdregel:

‘(1) A person who obtains an unjustified enrichment which is attributable to another’s disadvantage is obliged to that other to reverse the enrichment.

(2) This rule applies only in accordance with the following provisions of this Book.’

Dit wordt gevolgd door art. VII-2:101 over de omstandigheden waaronder een verrijking ongerechtvaardigd is:

‘(1) An enrichment is unjustified unless:

(a) the enriched person is entitled as against the disadvantaged person to the enrichment by virtue of a contract or other juridical act, a court order or a rule of law; or

(b) the disadvantaged person consented freely and without error to the disadvantage.

(2) If the contract or other juridical act, court order or rule of law referred to in paragraph (1) (a) is void or avoided or other wise rendered ineffective retrospectively, the enriched person is not entitled to the enrichment on that basis.

(3) However, the enriched person is to be regarded as entitled to an enrichment by virtue of a rule of law only if the policy of that rule is that the enriched person is to retain the value of the enrichment.

(4) An enrichment is also unjustified if:

(a) the disadvantaged person conferred it:

(i) for a purpose which is not achieved; or

(ii) with an expectation which is not realised;

(b) the enriched person knew of, or could reasonably be expected to know of, the purpose or expectation; and

(c) the enriched person accepted or could reasonably be assumed to have accepted that the enrichment must be reversed in such circumstances.’

Drie aspecten van deze beginselen verdienen de aandacht. In de eerste plaats valt op dat het Ontwerp-GRK niet een bestaande nationale taxonomie volgt. Het keert zich af van het *civil law*-onderscheid tussen de *condictio indebiti* enerzijds en andere verrijkingsacties anderzijds. Het Duitse onderscheid tussen de *Leistungskondiktio* en de *Nichtleistungskondiktio* wordt evenmin gevolgd. In plaats daarvan is er een geïntegreerd stelsel waarin alle verrijkingsacties worden beheerst door uniforme vereisten.³¹ Daarbij verdient wel opmerking dat niet alle restitutierechtelijke vorderingen een plaats in Boek VII vonden: de consequenties van vernietiging en ontbinding van overeenkomsten zijn neergelegd in art. III-3:511 e.v. De hoofdregel dat een

³¹ Swann, o.c., p. 275.

partij (de waarde van) reeds vóór de ontbinding verrichte prestaties kan terugvorderen was al onderdeel van de Principles of European Contract Law.³²

In de tweede plaats moeten we ons realiseren dat het Ontwerp-GRK de vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking vanuit het perspectief van de verweerder (de partij die is verrijkt) beziet. De vraag is steeds of deze partij de verrijking ongerechtvaardigd ontving, wat de rechter dwingt tot een onderzoek naar de diverse factoren genoemd in art. VII-2:101. Deze benadering komt dichtbij die van het Engelse recht, waarin ook een ‘unjust factor’ moet worden gevonden voordat een vordering succesvol kan worden ingesteld. Het verschil met het Engelse recht is wel dat de factoren genoemd in art. VII-2:101 op een veel abstracter wijze zijn geformuleerd dan de factoren uit het Engelse recht.

In de derde plaats is belangrijk dat het Ontwerp-GRK de verrijkingsactie niet als subsidiair beschouwt: de benadeelde partij kan vrijelijk kiezen tussen de verrijkingsactie en andere vorderingen.³³ In veel nationale rechtsstelsels wordt een dergelijke vrije keuze vaak beschouwd als een mogelijke bedreiging voor andere terreinen van het privaatrecht: het kan de coherente structuur van dit rechtsgebied ondermijnen. Indien de verrijkingsactie vrijelijk beschikbaar is, kan dat immers betekenen dat delen van het contracten- en aansprakelijkheidsrecht worden omzeild omdat partijen naar de – soms gemakkelijker aan te wenden – verrijkingsactie grijpen. Dit is één van de redenen waarom in Italië en Frankrijk de verrijkingactie algemeen als subsidiair wordt beschouwd.³⁴ De ontwerpers delen deze vrees kennelijk niet: zij benadrukken dat het verrijkingsrecht weliswaar een aanvullende functie heeft, maar hebben dit niet met zoveel woorden in het Ontwerp-GRK neergelegd.³⁵

5. Waarom harmonisatie van het recht inzake ongerechtvaardigde verrijking?

Wat te denken van de benadering van het Ontwerp-GRK? Draagt het formuleren van beginselen van Europees verrijkingsrecht werkelijk bij aan de harmonisatie van het privaatrecht in Europa? Mijns inziens is dit niet het geval. Mijn argumentatie kent twee stappen. De eerste stap heeft te maken met de functie van ongerechtvaardigde verrijking als zodanig, de tweede met de mogelijkheid van harmonisatie van dit rechtsgebied.

Mijn eerste punt handelt over de functie van het verrijkingsrecht. Wat *doet* dit rechtsgebied vergeleken met het contracten-, aansprakelijkheids- of goederenrecht? Mijns inziens verschilt het verrijkingsrecht fundamenteel van deze andere terreinen vanwege zijn *parasitaire* karakter. Zoals al aangegeven in paragraaf 3, vult het verrijkingsrecht leemten die door andere delen van het privaatrecht zijn opengelaten. Er is geen twijfel aan dat het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijking moet worden voorkomen ten grondslag ligt aan een groot deel van

³² Vgl. art. 9:307-309, 4:115 en 15:104 PECL.

³³ Zie ook art. VII-7:102 Ontwerp-GRK.

³⁴ Zie Beatson & Schrage (red.), o.c., p. 425 v.

³⁵ Swann, o.c., p. 277.

EEN EUROPEES RECHT INZAKE ONGERECHTVAARDIGDE VERRIJKING?

het verbintenissenrecht, maar of het beginsel aan de oppervlakte komt of niet is in sterke mate afhankelijk van de precieze vormgeving van het nationale privaatrechtssysteem in kwestie.

Het Engelse recht biedt een fraaie illustratie van hoe het algemene beginsel lang verborgen is geweest onder de noemer van *quasi-contract*: er was dientengevolge geen behoefte aan een apart verrijksrecht. In moderne rechtssystemen hangt het ook af van de reikwijdte van de contractuele aansprakelijkheid en de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad in hoeverre ongerechtvaardigde verrijking aan de oppervlakte komt. Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin goederen worden verschafte of diensten worden verleend zonder dat daar expliciet een overeenkomst aan ten grondslag ligt. Zo werd in de Engelse zaak van *British Steel v. Cleveland Bridge and Engineering*³⁶ door British Steel onderhandeld met Cleveland Bridge over de levering van bepaalde onderdelen. Al voordat de onderhandelingen waren afgerond, werd door Cleveland Bridge een *letter of intent* afgegeven waarin British Steel onder meer werd gevraagd om alvast met de levering te beginnen. Bijna alle onderdelen werden geleverd, maar zonder dat betaling plaatsvond. Uiteindelijk kwam de overeenkomst niet tot stand en vorderde British Steel betaling op grond van de waarde van het geleverde materiaal. Rechter Goff zag reden om betaling toe te staan, maar had moeite met het vinden van de juiste juridische basis hiervoor: dat met de levering was begonnen betekende niet dat er een overeenkomst was totstandgekomen en het bleek bovendien onmogelijk om aan te geven wat de voorwaarden van die overeenkomst dan geweest zouden zijn. Uiteindelijk vond Goff de reden voor aansprakelijkheid in de volgende overwegingen:³⁷

‘In my judgment, the true analysis of the situation is simply this. Both parties confidently expected a formal contract to eventuate. In these circumstances, to expedite performance under that anticipated contract, one requested the other to commence the contract work, and the other complied with that request. If thereafter, as anticipated, a contract was entered into, the work done as requested will be treated as having been performed under that contract; if, contrary to their expectation, no contract was entered into, then the performance of the work is not referable to any contract the terms of which can be ascertained, and the law simply imposes an obligation on the party who made the request to pay a reasonable sum for such work as has been done pursuant to that request, such an obligation sounding in quasi contract or, as we say now, in restitution.’

Deze zaak illustreert hoe het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijking moet worden voorkomen in het ene rechtstelsel daadwerkelijk kan leiden tot een verrijksactie en in het andere tot het ‘vinden’ van een overeenkomst in de omstandigheden van het geval. In enkele continentale rechtssystemen (waaronder het Nederlandse) zou in bovengenoemde omstandigheden waarschijnlijk een contractuele vordering zijn aangenomen. Het verrijksrecht vult aldus leemten en corrigeert

³⁶ [1984] 1 All ER 504 (QB).

³⁷ [1984] 1 All ER 504, op p. 511.

het bestaande recht. Stephen Swann, de belangrijkste ontwerper van de *European principles of unjustified enrichment*³⁸, karakteriseerde het verrijgingsrecht daarom terecht als ‘parasitic’:³⁹

‘it assumes certain outcomes in other fields of private law and provides a corrective mechanism whereby as between the parties at least beneficial entitlements are brought into line with the overall justice of the situation.’⁴⁰

Anders dan het contractenrecht en aansprakelijkheidsrecht is het verrijgingsrecht daarmee ‘a second order rather than a first order set of legal principles.’⁴¹

De tweede stap in de redenering ziet op harmonisatie van privaatrecht. Indien de functie van het verrijkingrecht is om de overige bronnen van verbintenis aan te vullen, is het dan mogelijk om dit rechtsgebied te harmoniseren? Mijn antwoord luidt dat dit afhangt van wat men onder harmonisatie verstaat. Indien harmonisatie betekent dat bestaande rechtsstelsels worden vervangen door een bindend Europees wetboek, is het zeker mogelijk om aan het verrijgingsrecht een precieze plaats te geven. In een uitgewerkt systeem van verbintenissen kan de plaats van verrijking immers precies worden gedefinieerd – zoals ook in nationale rechtsstelsels inmiddels duidelijk is welke rol verrijking daarbinnen heeft. Maar een dergelijke volledige harmonisatie is niet het doel van het Ontwerp-GRK. Het GRK zal primair worden gebruikt als een ‘toolbox’ voor nieuwe Europese wetgeving of als een bron van inspiratie voor nationale rechters en wetgevers. Nog het dichtst bij ons idee van een burgerlijk wetboek staat dat het de grondslag kan vormen voor een optionele code die door partijen zelf kan worden gekozen.⁴² Maar in al deze varianten zal de *gelaagdheid* van het privaatrecht worden versterkt: de huidige pogingen om privaatrecht te harmoniseren zullen niet leiden tot een eliminatie van nationale jurisdicties, maar tot een permanent samenleven van Europese en nationale regels. Dit noodzaakt ons om na te denken over de vraag of een bepaalde regel beter op Europees of op nationaal niveau kan worden vastgesteld.

Deze redenering vervolgend, is het waarschijnlijk dat het (grootste deel van het) contractenrecht het beste wordt gereguleerd op Europees niveau vanwege de nauwe band met de Europese interne markt. Maar dit is anders voor het verrijgingsrecht: indien grote delen daarvan het bestaande verbintenissenrecht aanvullen en corrigeren, wordt die functie het beste vervuld op nationaal niveau.⁴³ De manier waarop het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijking moet worden voorkomen wordt toegepast is zo afhankelijk van de interne structuur van een nationaal rechtsstelsel (de manier waarop de bronnen van verbintenissen met elkaar communiceren) dat het onmogelijk is om verrijking op Europees niveau te reguleren. Stephen Swann gebruikt de

³⁸ Zie voetnoot 13.

³⁹ Swann, o.c., p. 265; vgl. p. 266: ‘an essentially gap-filling and corrective role.’

⁴⁰ Swann, o.c., p. 267.

⁴¹ Swann, o.c., p. 268.

⁴² Ontwerp-GRK, o.c., p. 37.

⁴³ Een uitzondering moet worden gemaakt voor regels over de restitutierechtelijke gevolgen van ontbinding en vernietiging van overeenkomsten: zie onder.

EEN EUROPEES RECHT INZAKE ONGERECHTVAARDIGDE VERRIJKING?

terminologie van ‘constructing a castle in the air’ zolang er geen gemeenschappelijke grondslagen zijn voor een Europees verbintenissenrecht.⁴⁴

Nu kan men hiertegen in brengen dat harmonisatie van contractenrecht onmogelijk is zonder tegelijkertijd aangrenzende terreinen zoals het overige verbintenissenrecht en zelfs delen van het goederenrecht te harmoniseren. Als reden wordt dan doorgaans aangevoerd dat het privaatrecht in de Romeinse traditie een coherent geheel vormt.⁴⁵ Ik acht dit argument niet overtuigend. In de eerste plaats niet omdat het Engelse recht veel minder bekend is met de idee van één verbintenissenrecht. Maar in de tweede plaats – en dat is belangrijker – ook niet omdat de ontwikkeling van het Europees privaatrecht noodzakelijkerwijs weg voert van een coherent systeem. Het naast elkaar bestaan van Europese en nationale regels – die ook nog eens elk op hun eigen wijze en door verschillende rechters worden geïnterpreteerd – en een coherente structuur zijn moeilijk te verenigen.

Betekent dit nu dat regels over ongerechtvaardigde verrijking niet thuishoren in het Gemeenschappelijk Referentiekader? Die conclusie voert te ver. Er is zeker een noodzaak om de restitutierechtelijke gevolgen van vernietiging en ontbinding van overeenkomsten (nu neergelegd in art. III-3:511 v. Ontwerp-GRK) te reguleren. Maar het Ontwerp-GRK zou niet een volledig uitgewerkt zelf-referentieel verrijgingsrecht moeten bieden zoals we dat gewend zijn uit nationale rechtsstelsels.⁴⁶ Gelet op de functie van het GRK als een *toolbox* voor Europese en nationale wetgevers en rechters zou volstaan kunnen worden met het herhalen van het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijking moet worden voorkomen. Het beginsel kan dan als *argument* worden gebruikt waar dat nodig is. Het is mijns inziens eenvoudigweg te vroeg om gedetailleerde regels te formuleren: eerst dient een waarlijk Europees debat te worden gevoerd over de argumenten achter die regels.⁴⁷

6. Ten slotte

In het voorafgaande is twijfel geuit over de noodzaak van harmonisatie van het recht inzake ongerechtvaardigde verrijking. De belangrijkste functie van het verrijgingsrecht is om het bestaande verbintenissenrecht te corrigeren en aan te vullen. Indien het verbintenissenrecht in

⁴⁴ Swann, o.c., p. 268 v.

⁴⁵ Ontwerp-GRK, o.c., p. 20.

⁴⁶ Deze uitdrukking is afkomstig van Pierre Legrand, *Against a European Civil Code*, *Modern Law Review* 60 (1997), p. 45.

⁴⁷ Zie Reinhard Zimmermann, *Comparative Law and the Europeanization of Private Law*, in: Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann (red.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006, p. 539 v. en id., *The Civil Law in European Codes*, in: David L. Carey Miller & Reinhard Zimmermann (red.), *The Civilian Tradition and Scots Law*, Berlin 1997, p. 293: ‘the essential prerequisite for a truly European private law would appear to be the emergence of an “organically progressive” legal science, which would have to transcend the national boundaries and to revitalize a common tradition.’

SMITS

verschillende landen verschillend is geordend, kan een Europees verrijksrecht geen vaste voet aan de grond krijgen. Dan bestaat inderdaad het risico dat een ‘castle in the air’ wordt gecreëerd.⁴⁸ Bezien vanuit dit perspectief lijdt het Ontwerp-GRK aan zogenaamd ‘methodologisch nationalisme’:⁴⁹ door regels op dezelfde manier te formuleren en te structureren als in een nationaal wetboek wordt gesuggereerd dat Europese regels eenzelfde rol vervullen als nationale regels – als regels die moeten worden toegepast in een nationale (rechts) gemeenschap. Maar zodra recht niet langer gebonden is aan de natiestaat is het beter om het te presenteren als een argumentatieve praktijk en niet langer als een geheel van regels.

J.M. Smits

Maastricht/Luik/Tilburg

⁴⁸ Swann, o.c., p. 268: zie boven, par. 5.

⁴⁹ Zie over deze term Christian Joerges, *The Challenges of Europeanization in the Realm of Private Law: a Plea for a New Legal Discipline*, *Duke Journal of Comparative and International Law* 14 (2004), p. 149 v. en Ralf Michaels, *Welche Globalisierung für das Recht? Welches Recht für die Globalisierung?*, *RechtsZ* 69 (2005), p. 525 v.