

## DE REDACTIE PRIVAAT

### EUROPEES RECHT ALS ALTERNATIEF: DE CHARME VAN HET 28<sup>STE</sup> RECHTSSTELSEL

#### I. Inleiding

1. In oktober 2009 verscheen de lang verwachte uitgebreide versie van het Gemeenschappelijk Referentiekader voor een Europees Privaatrecht(1). Eén van de door de auteurs(2), de Europese Commissie(3) en het Europees Parlement(4) uitdrukkelijk voorziene functies van dit GRK is dat het als voorloper kan dienen van een zogenaamd ‘28<sup>ste</sup> rechtsstelsel’, een optioneel wetboek dat door partijen kan worden gekozen als het op hun transactie toepasselijke recht. Wij mogen verwachten dat een dergelijke optionele set van regels, door de Europese wetgever voorzien van enigerlei formele status, in het komende decennium het licht zal zien. Vooralsnog is de werkelijkheid echter anders: de amper twee maanden na de publicatie van het GRK in werking getreden Rome I-Verordening(5) laat er geen misverstand over bestaan dat een keuze voor een ander dan een *nationaal* contractenrecht in de Europese Unie thans niet mogelijk is. In deze korte bijdrage wordt betoogd dat dit een gemiste kans is: het creëren van 28<sup>ste</sup> stelsels(6), en dus van Europees recht *als alternatief* voor nationale jurisdicties, biedt veel voordelen, zelfs in die mate dat er goede redenen zijn om dergelijke stelsels op uitgebreide schaal in het leven

(1) Christian VON BAR & Eric CLIVE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, full edition, Munich 2009.

(2) Vgl. Christian VON BAR, Eric CLIVE & Hans SCHULTE-NÖLKE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, *Outline Edition*, Munich 2009, Introduction, p. 46.

(3) Aldus reeds in de Mededeling over Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen, COM (2004) 651, p. 10.

(4) Meest recent in de Resolutie van het Europees Parlement van 25 november 2009, no. 99, B7-0155/2009.

(5) Verordening 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst.

(6) Strikt genomen zou van ‘29ste stelsels’ moeten worden gesproken omdat, met Schots recht, de Europese Unie zelf al 28 nationale jurisdicties kent.

te roepen. Alvorens in te gaan op die voordelen (III.) wordt uiteengezet dat optionele stelsels zeker geen nieuw fenomeen zijn en dat de afgelopen jaren diverse initiatieven zijn genomen voor optionele rechtsstelsels op uiteenlopende rechtsterreinen (II.).

## II. De opkomst van optionele rechtsstelsels

2. Europese rechtsstelsels die door partijen toepasselijk kunnen worden verklaard op hun rechtsverhouding zijn niet nieuw. Bekende voorbeelden op uiteenlopende terreinen zijn het Europees Economisch Samenwerkingsverband (EESV),(7) de Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE)(8), de Europese Vennootschap (SE)(9) en het Gemeenschapsmerk(10). De populariteit van deze optionele stelsels verschilt aanzienlijk: waar van het EESV relatief weinig gebruik wordt gemaakt, hebben de afgelopen zes jaar al meer dan 200 bedrijven zich geregistreerd als Europese vennootschap. Daaronder zijn grote multinationals als BASF en Porsche. Dat geeft aan dat bedrijven kennelijk behoefte hebben aan een Europees stelsel dat bestaat naast de nationale jurisdicties. Het wekt dan ook geen verbazing dat inmiddels op andere terreinen ook initiatieven zijn genomen om tot alternatieve stelsels te komen.

Een bekend initiatief van de Europese Commissie is bijvoorbeeld dat voor de oprichting van een Europese besloten vennootschap (de *Societas Privata Europaea* of SPE)(11), die zal komen naast de bestaande nationale varianten zoals de Belgische BVBA, de Nederlandse BV en de Engelse *Limited Company*. Maar de initiatieven zijn niet beperkt tot het vennootschapsrecht. Naast oude plannen voor een Europese vereniging(12) en voor een 'Eurohypotheek'(13) zijn onlangs optionele stelsels voorgesteld voor onder meer spaarproducten en verze-

---

(7) Verordening 2137/85 tot instelling van Europees economische samenwerkingsverbanden (EESV).

(8) Verordening 1435/2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE).

(9) Verordening 2157/2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE).

(10) Nu Verordening 207/2009 inzake het Gemeenschapsmerk.

(11) Voorstel voor een Verordening van de Raad betreffende het statuut van de Europese besloten vennootschap, COM (2008) 396.

(12) Gewijzigd voorstel voor een verordening betreffende het statuut van de Europese vereniging, COM (93) 252. Dit voorstel is inmiddels ingetrokken.

(13) Groenboek Hypothecair krediet in de EU, COM (2005) 327.

keringen(14) en voor het vaststellen van de heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting(15). In december 2009 werd bovendien eindelijk overeenstemming bereikt over invoering van het lang verwachte Gemeenschapsoctrooi(16). Het meest in het oog springt evenwel het recente plan van de Europese Commissie om een Europees stelsel van huwelijksrecht in het leven te roepen: in het kader van het ‘Stockholm-programma’ opperde de Commissie om partners uit verschillende Europese lidstaten in staat te stellen te huwen volgens een optioneel Europees huwelijksstelsel, dat het vervolgens ook mogelijk zou maken om naar ‘Europees recht’ te scheiden(17).

**3.** De belangstelling voor optionele rechtsstelsels groeit dus sterk. Het Europees Economisch en Sociaal Comité wijdde er in 2009 zelfs op eigen initiatief een advies aan met de titel ‘The 28th regime — an alternative allowing less lawmaking at Community level.’(18). Het roept de vraag op hoe we deze ontwikkeling moeten duiden: is voortgaan op deze weg aantrekkelijk — en moeten dus op zoveel mogelijk terreinen optionele stelsels worden gecreëerd — of bestaan evidente nadelen?

### III. Het ongekende potentieel van optioneel recht

**4.** Europeanisering van het privaatrecht door de Europese wetgever heeft de afgelopen twee decennia vooral plaatsgevonden via verordeningen (op het terrein van internationaal privaatrecht) en richtlijnen (doorgaans inzake consumentenbescherming). Kenmerkend voor deze wijzen van harmonisatie is dat er weinig valt te kiezen: verordeningen zijn rechtstreeks bindend en ook in geval van richtlijnen is de marge voor de lidstaten bij de implementatie niet groot. Algemeen bekend is dat dit op nationaal niveau tot veel onvrede leidt: de coherentie van het rechtssysteem wordt er door aangetast. Op Europees

(14) Groenboek over het beleid op het gebied van financiële diensten, COM (2005) 177; zie met name de reactie van ‘Eurosif’ op dit Groenboek.

(15) Mededeling van de Commissie: Naar een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB): balans en vooruitblik, COM (2006) 157.

(16) Voorstel voor een Verordening betreffende het Gemeenschapsoctrooi, COM (2000) 412 def. Zie Persbericht IP/09/1880 van 4 december 2009.

(17) Commission to propose EU-wide marriage system, *European Voice* 4 juni 2009. De Mededeling van de Europese Commissie inzake een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht ten dienste van de burger, COM (2009) 262 bevat geen verwijzing naar dit plan.

(18) INT/499 – R/CESE 1533/2009, 11 november 2009.

niveau is de onvrede vaak niet minder groot: Europese wetgeving blijft vaak een politiek compromis met alle gevolgen voor de kwaliteit van de gegeven regels van dien.

Het is tegen deze achtergrond dat het creëren van optionele rechtsstelsels een alternatief kan bieden. Zij laten bestaande nationale regels immers geheel intact en maken het afhankelijk van partijen of het Europese regime al dan niet van toepassing wordt. Daarmee blijft de coherentie van het nationale recht beter in stand. Ook kan de kwaliteit van een optioneel rechtsstelsel hoger zijn: lidstaten behoeven hun eigen rechtssysteem niet op te geven en zullen recht van Europese oorsprong dus gemakkelijker aanvaarden. Zo stuitte een plan uit 2006 om grensoverschrijdende echtscheiding gemakkelijker te maken op weerstand van enkele lidstaten omdat zij hechtten aan hun nationale familierecht; de bezwaren van die lidstaten tegen een Europees optioneel stelsel zouden veel minder moeten zijn.

5. Maar er is nog een belangrijk voordeel van 28<sup>ste</sup> rechtsstelsels. In het debat over harmonisatie van Europees contractenrecht wordt er steeds weer op gewezen dat grensoverschrijdende handel wordt belemmerd omdat partijen kunnen worden geconfronteerd met het recht van een andere lidstaat. Het blijkt buitengewoon lastig om de juistheid van die hypothese empirisch te toetsen, maar juist een Europees stelsel van contractenrecht kan hier een belangrijke rol vervullen. Indien dat stelsel wordt gecreëerd, blijkt immers automatisch in welke mate er gebruik van zal worden gemaakt. Dat is een wijze van 'spontane' harmonisatie waar ik al eerder een lans voor heb gebroken(19). Weliswaar kan dit type harmonisatie ook plaatsvinden doordat partijen kiezen voor een *nationaal* stelsel, maar juist een Europees stelsel heeft als voordeel dat het op transparante wijze in het leven kan worden geroepen en dat informatie er over in alle talen van de Unie kan worden verstrekt. Veel beter dan het recente voorstel om erflaters de mogelijkheid te bieden om te kiezen voor het nationale erfrechtstelsel van hun voorkeur(20). lijkt mij dan ook om een optioneel Europees erfrechtstelsel in het leven te roepen.

(19) Zie J.M. SMITS, Europese integratie in het vermogensrecht: een pleidooi voor keuzevrijheid, padvies NJV 2006, in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging* 136 (2006-1), p. 57 v.

(20) Voorstel van 4 oktober 2009 voor een Verordening inzake de bevoegdheid, het toepasselijk recht, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen en authentieke akten in zaken van erfrecht en de invoering van een Europese verklaring van erfrecht, COM (2009) 154 def.

6. Evidente nadelen hebben optionele rechtsstelsels mijns inziens niet. Wellicht dat de lidstaten er het gevaar in zien dat hun eigen, nationale, recht *de facto* minder belangrijk zou kunnen worden indien partijen op grote schaal kiezen voor het Europese regime. Dat bezwaar is onterecht: optionele codes tasten weliswaar het monopolie van de nationale wetgever aan, maar doen dat op een zeer democratische wijze. Het zijn immers burgers en bedrijven zélf die een keuze maken voor het andere rechtsstelsel. Dat valt slechts toe te juichen. Bovendien zijn 28<sup>ste</sup> stelsels uit de aard der zaak beperkt tot die terreinen waarop de Europese wetgever bevoegd is.

#### IV. Hoe verder?

7. Uit het voorafgaande blijkt dat optionele rechtsstelsels een ongekend potentieel hebben. Ik ben er dan ook een groot voorstander van om op een groot aantal terreinen 28<sup>ste</sup> stelsels in het leven te roepen. Daaraan voorafgaand dient wel een aantal prangende vragen te worden beantwoord. Eén van die vragen is of de bevoegdheid van de Europese Unie zich zou moeten uitstrekken tot het creëren van niet-bindende, maar wel *materiële*, regels van bijvoorbeeld huwelijks- en erfrecht (zie boven). Een andere vraag is hoe de mogelijkheid van een rechtskeuze voor een optioneel stelsel het beste valt te verankeren in het Europees internationaal privaatrecht. In dat kader is een zeer relevante vraag of een rechtskeuze ook mogelijk moet kunnen zijn in een geheel nationale rechtsverhouding of beperkt moet blijven tot gevallen waarin partijen uit verschillende lidstaten komen. Ook is er de fascinerende vraag of 28<sup>ste</sup> stelsels op langere termijn tot volledige jurisdicties zouden moeten uitgroeien, inclusief eigen Europese rechters die gesitueerd zijn in de lidstaten. Ik ben zelf geneigd om al deze vragen bevestigend te beantwoorden, maar dat is van ondergeschikt belang. Belangrijker is dat een uitgebreid debat plaats vindt over de charme van het 28<sup>ste</sup> rechtsstelsel: de tijd is er rijp voor.

J.M. SMITS