

## Kontrakten tussen Staten en vreemde private investeerders met het oog op de economische ontwikkeling van de Staat.

Siegfried MOENS

1. Weinig materies in het grensgebied tussen het internationaal privaatrecht en het volkenrecht hebben meer aanleiding gegeven tot contro-versen dan de zogenaamde economische ontwikkelingskontrakten (1). Wanneer we ons dan toch aangetrokken voelden om enkele aspecten van deze materie door te nemen dan was het vooral omwille van de eraan ten grondslag liggende, boeiende werkelijkheid. Die werkelijkheid is niets anders dan het op gang brengen van de *take-off* in de ontwikkelingslanden; de onvermijdelijke *conditio* hiertoe is ongetwijfeld de investering, meer precies de produktieve investering (2).

Eerzijds zijn er de kapitaalkrachtige private ondernemingen uit de geïndustrialiseerde landen die in staat zijn op redelijk korte termijn mits voldoende aantrekkelijke winstperspektieven en de nodige waarborgen vanwege de kapitaalimporteur, op grote schaal te investeren in de zogenaamde ontwikkelingslanden.

Anderzijds zijn er de ontwikkelingslanden die over onontgonnen natuurlijke rijkdommen beschikken die ze evenwel bij gebrek aan kapitaal en technologische kennis niet kunnen exploiteren.

Het ligt voor de hand dat beide partijen noodgedwongen moeten samenwerken om de economische ontplooiing en meteen de sociale

(1) De uitdrukking wordt o.m. gebruikt door Lord Mc NAIR, *The general principles of law recognized by civilized nations*, B.Y.B.I.L., vol. 33, 1957, 1-19; ook door HYDE, J.N., *Economic development agreements*, Rec. des Cours de l'Académie de droit international, vol. 105, 1962, 269 e.v. LALIVE, J.F., *Contracts between a State or a State agency and a foreign company*, I.C.L.Q., vol. 13, 1964, 987 e.v., gebruikt doorlopend de ruimere term «*international contracts*» maar beschouwt de term «*transnational agreement*» als de meest accurate: JENNINGS, R.Y., *State Contracts in International Law*, B.Y.B.I.L., vol. 37, 1961, 156 e.v., houdt het bij «*state contracts*»; VERDROSS, A., *Die Sicherung von ausländischen Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklauseln*, ZaöRV, vol. 18, 1958, 635 e.v., verkiest de (in de rechtsleer niet gevolgde) terminologie «*quasi-völkerrechtliche Verträge*»; KAHN, Ph., *Etat actuel du droit des investissements étrangers dans les pays en voie de développement*, in *The present state of international law* (100 jaar I.L.A.), 1973, 283 en vlg. verkiest «*contrats d'investissements*».

(2) LANGE, O., *Planning economic development*, in *Underdevelopment and Development — The third world today*, London, 1973, 207 en vlg.; HEILBRONER, R.L., *The Great Ascent*, New York, 1963.

voortgang en de werkelijke politieke ontvoogding van de ontwikkelingslanden mogelijk te maken (3). Elk van hen stelt nochtans specifieke eisen. De kapitaalimporteur wil vooral zijn politieke onafhankelijkheid vrijwaren en het valt te begrijpen dat hij de vreemde investeerders als een noodzakelijk kwaad beschouwt (4). Het ontwikkelingsland is er voor beducht een paard van Troje binnen te halen. De private investeerder daarentegen wil effectieve waarborgen tegen elk arbitrair optreden van de gaststaat (5). Zo wordt o.m. verwacht dat de Staat zijn wetgeving in de loop van het kontrakt niet in een voor de private partij ongunstige zin zal wijzigen. Een middel om dergelijk gevaar te bezweren is te voorzien in een clause van rechtskeuze die een ander recht dan dat van de Staat-partij op de overeenkomst van toepassing verklaart (6).

2. Uit deze beschouwingen blijkt alvast het internationaal karakter van deze overeenkomsten doordat partijen niet in eenzelfde nationale rechtsorde thuishoren. Het staat ook vast dat deze contracten een meer dan gewoon belang vertonen, niet alleen omwille van de doelstellingen die partijen willen realiseren maar ook wegens de grote omvang van de operaties die van de betrokkenen een grote inspanning op lange termijn vergen. Verder is het ook duidelijk dat de partijen als zodanig (7) aan deze overeenkomsten een eigen karakter verlenen: ze zijn noch allebei volkenrechtssubjekt die een verdrag, in de traditionele zin van het woord, afsluiten, noch horen ze allebei thuis in de privaatrechtelijke rechtssfeer doordat één partij een Staat is of een op een of andere manier met de Staat te vereenzelvigen organisme (*State agency*) (8). Ten slotte blijkt uit de overvloedige literatuur die

(3) Zie over de nood aan samenwerking met de vreemde investeerders o.m. NWOUGUGU, E.I., *The legal problems of foreign investment in developing countries*, Manchester, 1965, ch. I; HYDE, J.N., *art. cit.*, blz. 271-287.

(4) KAHN, Ph., *art. cit.*, bl. 288: door het afsluiten van dergelijke contracten met vreemde ondernemingen zijn de ontwikkelingslanden enigszins bevreesd «*d'aliéner leur souveraineté*».

(5) Over de voordelen en de waarborgen die de gaststaat aan vreemde investeerders kan aanbieden (en over de manier waarop de nationale Staat van de investeerder zijn onderhorige kan beschermen) zie NWOUGUGU, E.I. *op. cit.*, blz. 9-225.

(6) Nochtans biedt zelfs een expliciete clause van rechtskeuze geen volledige zekerheid: in de objectivistische theorie (infra) die Batiffol o.a. voorstaat is zij slechts een zwaarwichtige maar niet doorslaggevende faktor;

(7) Zie hierover LALIVE, J.F., *art. cit.*, 990.

(8) Een goed voorbeeld hiervan is de NIOC; zie hierover de bedenkingen van rb. Den Haag, 2<sup>o</sup> k., 15 april 1965, inzake N.V. Cabolent t./National Iranian Oil Company, *International Legal Materials*, 1965, 477-479 volgens dewelke NIOC, althans terzake van het recht tot het inroepen van immuniteit van jurisdictie, gelijk wordt gesteld met de Iraanse Staat. (de rb. beweerde nochtans verkeerdelijk dat NIOC in de overeenkomst was opgetreden 'iure imperii'; het vonnis werd dan ook hervormd door Gerechtshof Den Haag, bevestigd door Hoge Raad).

over ons onderwerp gepubliceerd is dat de meeste kontrakten wel grondig genegocieerd en uitgewerkt werden wat de economisch-technische aspecten betreft, doch dat de juridisch-technische omkadering minder verzorgd is. Met dit laatste bedoelen we dat er veelal geen expliciete en ondubbelzinnige rechtskeuze in terug te vinden is. Verschillende verklaringen zijn hiervoor te vinden. Eerst en vooral is het zo dat de opstellers van een kontrakt veel meer geaxeerd zijn op de totstandkoming en de uitvoering van de overeenkomst dan dat ze oog hebben voor eventueel later te rijzen geschillen. Het gebeurt ook dat de onderhandelaars het onvoorzichtig achten duidelijk in het kontrakt te doen stipuleren welk recht van toepassing zal zijn: de private partij heeft niet te veel vertrouwen in het recht van de Staat tegenpartij (9) doch vreest dat de medekontraktant zich gekwetst zal voelen wanneer erop aangedrongen wordt dat het recht van de Staat niet van toepassing zal zijn. In vele gevallen nemen partijen dan ook hun toevlucht tot eerder vage formuleringen die later, wanneer er dan toch conflicten ontstaan, tot de meest uitgebreide moeilijkheden aanleiding kunnen geven. Meestal bevat het kontrakt wel een arbitrale clause die nochtans in vele gevallen alleen maar uitweidt over de procedure van aanduiding van de scheidsrechter(s) of het arbitraal kollege. Voor deze scheidsrechters blijft de vraag naar het op de rechtsverhoudingen toe te passen recht dikwijls open, d.w.z. de overeenkomst voorziet in niets uitdrukkelijks dienaangaande. We stellen voor, in een poging de materie die we willen onderzoeken min of meer logisch te ordenen, twee hypothesen te onderscheiden: 1° het kontrakt bevat wél een clause van rechtskeuze; 2° de overeenkomst zegt niet op een uitdrukkelijke wijze welk recht van toepassing is.

### **HET KONTRAKT BEVAT EEN EXPLICIETE CLAUSULE VAN RECHTSKEUZE**

3. Een eerste mogelijkheid is dat er verwezen wordt naar het recht van de Staat partij bij de overeenkomst. Dit lijkt de meest eenvoudige hypothese te zijn die geen bijzondere moeilijkheden kan veroorzaken. Dergelijke verwijzing komt nochtans niet in alle gevallen voor omwille van de boven uiteengezette redenen: de vreemde onderneming is bevreesd dat de Staat met dewelke gekontrakteerd werd zijn wetgeving

(9) Rechter Cavin zegt dat de private partij die zich zware inspanningen heeft opgelegd, in de vorm van dure investeringen, *recht* heeft op *some legal security* wat o.m. zou impliceren dat het recht van de Staat-partij, die zijn wetgeving steeds kan veranderen, niet zonder meer van toepassing is — zie *Sapphire Petroleum Ltd. v. NIOC arbitrage* d.d. 15 maart 1963, I.C.L.Q., vol. 13, blz. 1012.

zal wijzigen en aldus minder gunstige voorwaarden scheppen voor de private partij. De toestand is nochtans minder onzeker voor deze laatste wanneer ze de Staat ertoe kan bewegen een bevroingsclausule in de overeenkomst in te lassen (10). Bij zo'n *clause de stabilisation* verbindt de Staat zich ertoe zijn recht, met betrekking tot een wel bepaald kontrakt, te bevroien, d.w.z. zich ten aanzien van zijn partner niet te beroepen op latere wetwijzigingen. De vraag of een Staat zich ten deze geldig beperkingen kan opleggen wordt door sommigen bevestigend beantwoord (11). Andere rechtsleer en rechtspraak staan eerder weigerachtig tegenover de techniek van de bevroing die ze als onverenigbaar beschouwen met de essentie van het recht (12). Het lijkt ons niet gepast in deze kontroverse stelling te nemen. We zijn nochtans van oordeel twee bedenkingen terzake van de *clauses de stabilisation* te moeten formuleren. Een eerste is van eerder theoretische aard en is de evidentie zelf : uiteraard kan alleen een Staat partij bij het kontrakt zich tot bevroing verbinden en dan nog alleen voor zover het zijn eigen recht betreft. M.a.w., is een ander nationaal recht van toepassing dan kan de Staat aan eventuele wijzigingen in dit voor hem vreemde recht niets doen. Hetzelfde geldt wanneer het volkenrecht van toepassing is op het kontrakt : de Staat is immers onderworpen aan het volkenrecht en heeft er zelf geen vat op. De private partij tenslotte kan zich daartoe nooit verbinden, ze heeft immers gewoon geen recht dat ze kan bevroien. Dit betekent dat bevroing in een kontrakt tussen partikulieren naar mijn smaak niet mogelijk is. De wil van de particulieren moet buigen voor die van de wetgever die de volle vrijheid

(10) Een voorbeeld van zo'n clausule vinden we in art. 41 b van het *Iran-Consortium Agreement*, tussen enerzijds Iran en NIOC en anderzijds een Consortium van Amerikaanse, Britse, Franse en Nederlandse vennootschappen d.d. 1954 : «No general or special legislative or administrative measures or any other act whatsoever of or emanating from Iran or any governmental authority in Iran (whether local or central) shall annul this Agreement, amend or modify its provisions or prevent or hinder the due and effective performance of its terms. Such annulment, amendment or modification shall not take place except by agreement of the parties to this Agreement.» geciteerd in NWOGUGU, E.I., *The legal problems of foreign investment in developing countries*, Manchester, 1965, blz. 169.

(11) Cass., 24 feb. 1938, *Pas.*, 1938, I, 66, aanvaardt de bevroing indien ze uitdrukkelijk werd bedongen ; het Hof van Cass. is van oordeel dat de vreemde wet (in bevroren toestand) een kontraktuele bepaling is geworden ; deze opvatting consacreert, zoals o.i. elke aanvaarding van de bevroing, het «contrat sans loi». Naar BATIFFOL, H., *Droit international privé*, Parijs, 1971, dl. II, nr. 571, beweert resulteert een dergelijke uitspraak uit een al te letterlijke opvatting vd autonomieleer, *dans le sens kantien*.

(12) Reichsgericht 28 mei 1936, *Juristische Wochenschrift*, 1936, 2038, dat het gevaar van een *contrat sans loi* meteen ontwaart en duidelijk stelt dat er een rechtsorde moet zijn ; Cass. fr., 21 juni 1950, *Dalloz*, 1951, 749 met noot HAMEL, zegt duidelijk «*tout contrat est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat*» ; zie ook BATIFFOL, geciteerd in noot (11).

behoudt zijn recht te veranderen. Daarentegen zou bevrozing wel mogelijk zijn in een kontrakt tussen een partikulier en een Staat en zelfs nuttig vermits de clause de particulier beschermt tegen arbitrair wetgevend optreden van de Staat. Deze laatste zou zich achteraf niet meer kunnen onttrekken aan zijn verplichtingen die de bevrozings-clausule hem oplegt. Zulks druist hoegenaamd niet in tegen zijn soevereiniteit vermits het juist een kenmerk is van de soeverein dat hij zichzelf beperkingen kan opleggen.

Een tweede bemerking die we i.v.m. de *clauses de stabilisation* zouden willen formuleren is van praktische aard: in het voordeel van de bevrozingsclausule pleit ongetwijfeld de praktische bruikbaarheid van het procédé dat door zijn eenvoud alleen maar kan bekoren; één zinnetje in het kontrakt volstaat immers en partijen kunnen van bij het in werking treden van de overeenkomst hun rechten en plichten voor de hele duur van het kontrakt rustig overzien.

4. Een tweede mogelijkheid bestaat erin dat partijen verwijzen naar een nationaal rechtssysteem dat noch datgene is waarin de private partij thuishoort, noch datgene van de Staat-partij. Ook hier lijken geen bijzondere moeilijkheden te rijzen. Men zou zich in dit verband nochtans kunnen afvragen of partijen een rechtssysteem, dat geen enkele band vertoont met het kontrakt als zodanig, als het toepasselijke mogen aanwijzen. Terzake van internationale kontrakten tussen partikulieren is deze vraag niet onbekend. Verscheidene auteurs zijn voorstander van een onbeperkte keuzevrijheid van partijen terzake van het toepasselijke recht (13). Anderen, waaronder BATIFFOL (14), zijn van oordeel dat er toch een zekere band moet bestaan tussen de overeenkomst en het toepasselijk recht. Deze opvatting, band met het aangeduide recht, vinden we ook terug in zekere wetgevingen (15). Ook GOLDMAN is van oordeel dat het principe van de wilsautonomie op dit punt moet ingeperkt worden (16). Men zou zich kunnen afvragen of een dergelijke beperking in de keuzevrijheid zich ook opdringt in overeenkomsten waarbij een Staat (of een *State agency*) partij is.

(13) Zie de verwijzingen in BATIFFOL, H., *op. cit.*, blz. 219 noot 22; deze auteurs schijnen *keuzevrijheid* te verwarren met *willekeur*.

(14) BATIFFOL, H., *op. cit.*, nr. 574 en de verwijzingen in noot 24; het gevolg van deze (objektivistische) opvatting is bovendien dat de uitgedrukte wil ook maar zal beschouwd worden als een — zij het zwaarwichtige — faktor in de lokalisatie van het kontrakt.

(15) De Poolse wet van 12 nov. 1965 verlangt *een band*; art. 41 van het Portugees BW eist *un intérêt sérieux*; allebei in BATIFFOL, H., *op. cit.*, blz. 220 noot 24 in fine.

(16) GOLDMAN, B., *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, Recueil des Cours de l'Académie de droit international, vol. 109, 1963-II, nrs 55 en 56.

Wij menen van wel, maar voegen eraan toe dat we ons bezwaarlijk kunnen voorstellen dat partijen bij economische ontwikkelingskontrakten zouden verwijzen naar rechtssystemen die niet in verband te brengen zijn met het voorwerp en de aard van hun overeenkomst. Het geschetste probleem is dus eerder academisch.

Een andere mogelijkheid is dat in de overeenkomst uitdrukkelijk wordt verwezen naar het volkenrecht. Deze hypothese schijnt wel nooit voor te komen in de praktijk. Toch heeft vooral een eminent jurist als Dr. F.A. MANN een lans gebroken voor deze mogelijkheid. Hij vindt de bewering van degene die, zoals Martin WOLFF (17), het volkenrecht nog te onvolwassen achten om de ingewikkelde economische kontrakten waarover in dit opstel gehandeld wordt te beheersen, slechts zwak (18). De auteur is van oordeel dat het internationaal publiek recht niet uitsluitend «inter gentes» hoeft te functioneren maar integendeel ook geschikt is om als *lex contractus* te dienen in de overeenkomsten waarvan sprake. In commerciële verdragen tussen Staten kan het wel, aldus MANN(19). Bovendien is het volkenrecht een compleet systeem, waarmee hij zich enerzijds afzet tegen de opvatting van president Lord MC NAIR die van oordeel is dat de *general principles of law recognized by civilized nations* reeds volstaan om een internationale overeenkomst te beheersen (20), en neemt hij anderzijds afstand van de leer van het *contrat sans loi* die o.m. VERDROSS een jaar voordien nog had verkondigd (21). Tenslotte is MANN de mening toegedaan dat toepassing van het volkenrecht op dergelijke internationale kontrakten de meest voor de hand liggende keuze is (*because of the requirements of international intercourse* (22); er zij hierbij nog aangestipt dat zo'n geïnternationaliseerde overeenkomst (d.i. beheerst door het volkenrecht) uiteraard immuun is voor veranderingen in het interne recht van de Staat partij bij de overeenkomst. Deze theorie van MANN behoeft o.i. twee opmerkingen: in de praktijk zijn nog nooit, zoals de geleerde auteur zelf toegeeft, clausules van rechtskeuze voorgekomen die uitdrukkelijk en uitsluitend naar het volkenrecht als *lex contractus* verwezen. Verder kan worden opgemerkt dat schrijver het misschien bij het rechte eind heeft wanneer hij zoekt naar een eigen recht dat deze kontrakten moet beheersen en aanduidt dat het niet noodzakelijk een nationaal recht moet zijn dat de verhoudingen

(17) WOLFF, M., *Private international law*, 1950, 417.

(18) MANN, F.A., *The proper law of contracts concluded by international persons*, B.Y.B.I.L., vol. 35, 1959, blz. 34 en vlg.

(19) MANN, F.A., *art. cit.*, blz. 44.

(20) MANN, F.A., *art. cit.*, blz. 45, verwijzend naar Mc NAIR, *The general principles of law recognized by civilized nations*, B.Y.B.I.L., vol., 33, 1957, blz. 1 en vlg.

(21) MANN, F.A., *art. cit.*, blz. 49 en 50, verwijzend naar het in noot 23 geciteerde artikel van VERDROSS, A.

(22) MANN, F.A., *art. cit.*, blz. 46.

tussen partijen regelt. Nochtans moet tegenover zijn stelling het scepticisme gedeeld worden van degenen die van oordeel zijn dat het volkenrecht als zodanig niet gemaakt is en onvoldoende uitgerust is om deze toch wel specifieke relaties te regelen. Het volkenrecht funktioneert eigenlijk maar goed (en dan nog...) op zijn vertrouwd terrein, *inter gentes*.

Een andere mogelijkheid wordt uiteengezet door Prof. A. von VERDROSS (23). Deze gaat ervan uit dat het een positivistisch vooroordeel is te beweren dat geen rechtsverhouding kan bestaan zonder een pre-existerende rechtsgemeenschap waarin ze thuishoort. Volgens deze auteur is het net zo goed denkbaar dat een overeenkomst zelf een rechtsgemeenschap fundeert; m.a.w. zowel als men zeggen kan *ubi societas, ibi jus* kan men ook stellen *ubi jus, ibi societas*. Een overeenkomst houdt namelijk precies in dat ze moet nageleefd worden (*pacta sunt servanda*) en dit kontrakt ondersteunt bijgevolg zelf een rechtsordering op grond waarvan de rechtsverhoudingen tussen partijen bestaan. Volgens VERDROSS is het beginsel *pacta sunt servanda* zo universeel in ieders rechtsbewustzijn gegrift dat het zelf geen dieperliggende verantwoording behoeft: het is een *überpositive Rechtsgrundsatz* waarop een rechtsgemeenschap kan gegrond worden. De *lex contractus* is dus een rechtsorde op zich die de verhoudingen tussen partijen exhaustief regelt. Wanneer dan toch een of ander nationaal of het volkenrecht de betrekkingen tussen de kontraktanten regelt dan is dit slechts bij wege van delegatie door de *lex contractus*. Deze theorie werd niet door de meerderheid van de rechtsleer gevolgd. MANN heeft ze nog-al grondig in zijn geciteerd artikel afgebroken (24); voor een vrijwel unanieme doktrine is een overeenkomst die *erschöpfend* de verhoudingen tussen partijen regelt gewoon ondenkbaar. De *lex contractus* moet immers naar algemeen wordt aangenomen noodzakelijk rusten in de bedding van een meer omvattend geheel van normen die zullen toelaten de overeenkomst te interpreteren, op haar geldigheid te toetsen, etc... In het model van VERDROSS daarentegen is de enige wet de wil van partijen. De notie kontrakt is in zijn optiek anterior aan elke wet en de wilsovereenstemming op zich zou verbintenis-scheppend en dwingend zijn. Men moet zich nochtans met PEYREFITTE (25) afvragen of de wil van partijen vergelijkbaar is met de

(23) Zie VERDROSS, A., *Die Sicherung von ausländischen Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklauseln*, ZaöRV, vol. 18, 1958, 635 en vlg.; hij noemt de kontrakten tussen staten en buitenlandse particulieren, vooral vennootschappen, «*Quasi-völkerrechtliche Verträge*» omdat ze worden afgesloten in de vorm van volkenrechtelijke verdragen en de eigenschap vertonen dat ze «*inter pares*» worden afgesloten: VERDROSS, A., *Völkerrecht*, Wenen, 1964, blz. 4.

(24) MANN, F.A., *art. cit.*, blz. 49 en 50.

(25) PEYREFITTE, L., *Le problème du contrat dit «sans loi»*, in Recueil Dalloz-Sirey, 1965, Chron. XVIII, 113 en vlg.

capaciteit tot normeren van de Staat. Is het niet eerder zo dat de individuele vrijheid (om te kontrakteren) slechts bestaat in het zich vrij binnen het rasterwerk van een aantal normen die elke georganiseerde samenleving aan haar leden opdringt en dat de overeenkomst haar bindende kracht slechts put uit het goedvinden van een normenstel dat de Staat aan zijn onderhorigen voorhoudt? Op het internrechtelijk vlak is iedereen het erover eens dat een overeenkomst slechts bindende werking heeft en partijen tot wet strekt wanneer ze *wettig* is aangegaan (art. 1134 B.W.). Zij haalt dus haar bindende kracht uit de nationale wet. Eens men echter de geborgenheid van een fel ontwikkeld en goed georganiseerd nationaal recht verlaat en overstapt naar de minder georganiseerde en weinig coherente internationale rechtsorde stelt men vast dat het algemeen belang van de ondefinieerbare internationale rechtsgemeenschap heel wat lichter uitvalt dan de individuele belangen die duidelijk vaststaan (26). Vandaar dat op dit vlak, in het internationale, de verleiding groot is om het individu ongebreideld zijn weg te laten gaan en van de wil van de partijen de opperste en enige wet over de overeenkomst te maken. Meteen is een verklaring gegeven voor het ontstaan van theorieën als die van prof. VERDROSS. Het weze herhaald dat het *contrat sans loi* moet verworpen worden; een kontrakt kan niet bestaan in vacuo.

## HET KONTRAKT BEVAT GEEN EXPLICIETE CLAUSULE VAN RECHTSKEUZE

5. Het toepasselijke recht vinden in kontrakten tussen privé-personen en vreemde Staten, wanneer de overeenkomst geen uitdrukkelijke rechtskeuze bevat (doch wel een arbitrale clause), is een delikate opgave. Dit blijkt uit de brede waaier van oplossingen die rechtsleer en rechtspraak voorstellen.

Men onderscheidt twee methodes die tot een oplossing moeten leiden. De eerste is de subjektivistische techniek die erin bestaat, bij gebreke aan enige uitdrukkelijke wilsuiting van partijen, de vermoede wil van de kontraktanten op te sporen aan de hand van allerlei aan het kontrakt intrinsieke en ekstrinsieke elementen. De objektivistische methode daarentegen gaat ervan uit dat de vermoede wilsuiting van partijen slechts één, zeker niet de enige, faktor is die bijdraagt tot de lokalisering van de overeenkomst in een bepaalde rechtsorde (27).

(26) PEYREFITTE, L., *art. cit.*, 113 en 114.

(27) Zie hierover BATIFFOL, H., *Droit international privé*, Parijs, 1971, dl II, 579 en vlg.; GOLDMAN, B., *gecit.* in noot 28, nr. 73.



Wanneer geen uitdrukkelijke rechtskeuze is gedaan past men nochtans meestal de tweede methode toe (28).

Een eerste vraag die rijst is of er mag voortgegaan worden op een arbitrale clause (29) om het toepasselijke recht aan te duiden. Betekent een arbitrale clause m.a.w. meer dan dat partijen voor een onpartijdige jurisdictie hebben willen zorgen (30)? Het antwoord op deze vraag lijkt te verschillen naargelang men een jurisdictionele dan wel een kontraktuele opvatting terzake van de arbitrage huldigt (31).

Een protagonist van de eerste, nu grotendeels verlaten opvatting, lijkt F.A. MANN te zijn (32). Voor hem is de *lex arbitri* (zowel wat de procedure als wat het i.p.r. betreft) de wet die van toepassing is *where the tribunal has its seat*. Deze opvatting wordt door de meeste rechtsleer nochtans veroordeeld. J.-F. LALIVE noemt ze ongezond, B. GOLDMAN laat doorschemeren dat ze erg naar het arbitraire toeneigt (33) (34). We mogen volstaan met te zeggen dat deze theorie louter om praktische redenen geen stand kan houden (quid wanneer geen arbitrale zetel is aangeduid?; quid wanneer er twee of meer zetels zijn?; quid wanneer er niet eens een zetel kan zijn doordat de hele procedure per briefwisseling verloopt?). Bovendien kunnen ook andere bezwaren aangevoerd worden tegen deze opvatting. Dikwijls immers bedoelen partijen alleen maar de arbitrage te laten verlopen in een neutraal land, zonder dat dit land of de rechtsorde ervan ook maar enige band vertoont met het voorwerp van het kontrakt: bijvoorbeeld een arbitrage in Zwitserland terzake van een overeenkomst tussen een Fransman en een Italiaan; de enige banden vindt de overeenkomst waarschijnlijk alleen met de Italiaanse en de Franse rechtsorde (behoudens omstandigheden als uitvoering in Zwitserland). Het kontrakt houdt wellicht niet meer verband met Zwitserland dan met gelijk welk ander willekeurig land (35)! Waar de meeste rechtsleer wel kan inkomen is dat de arbitrale clause één van de elementen is dat medebepalend kan zijn voor het vinden van het toepasselijke recht (36). De meest verregaande gevolgtrekking die afgeleid werd uit het voorkomen

(28) Aldus GOLDMAN, B., *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, Recueil des Cours de l'Académie de droit international, vol. 109, 1963-II, nr. 73.

(29) In de zin van '*clause compromissoire*'!

(30) BATIFFOL, H., *op. cit.*, nr. 589; zie ook SUY, E., *Leerboek van het Volkenrecht*, 1972, I, 258.

(31) Zie hierover GOLDMAN, B., *art. cit.*, nr. 10 en volgende.

(32) MANN, F.A., *State Contracts and International Arbitration*, B.Y.B.I.L., vol. 42, 1967, 1 en vlg.

(33) LALIVE, *art. cit.*, 995.

(34) GOLDMAN, B., *art. cit.*, nr. 10.

(35) GOLDMAN, B., *art. cit.*, nr. 11 geeft dit voorbeeld.

(36) BATIFFOL, H., *op. cit.*, nr. 589 en de daar geciteerde rechtspraak en rechtsleer.

van een arbitrale clause is bij mijn weten te vinden in het bekende Sapphire-case waar de enige arbiter, rechter CAVIN, in het bestaan van een arbitrageclause op zijn minst een «*negative intention, namely to reject the exclusive application of Iranian law*» meent te ontwarren (37). Doch de meeste rechtsleer en jurisprudentie zien in de clause, zoals aangestipt, niet meer dan een nuttige index zonder meer. Een ander element dat naar onze smaak een zeker belang heeft is gelegen in de bijzondere aard van deze overeenkomsten. In de inleiding had ik reeds de gelegenheid hierover enigszins uit te weiden. Ook McNAIR hecht veel belang aan het eigen karakter van deze contracten (38). VERDROSS, wiens opvattingen hoger even werden toegevoegd, geeft even als o.m. LALIVE mijns inziens de indruk te willen zoeken naar een systeem van toepasselijk recht dat meer dan het gewone privaatrecht van één nationale Staat zou aangepast zijn aan deze speciale soort van contracten (39) (40). GOLDMAN (41) schijnt dezelfde nood aan te voelen, doch wil de oplossing eerder vinden via een van alle nationale rechtsorden geïsoleerd internationaal of arbitraal internationaal privaatrecht. Hoe uiteenlopend deze opvattingen op het eerste gezicht ook mogen lijken, men kan zich moeilijk van de indruk ontdoen dat deze contracten omwille van hun bijzondere aard en hun ongewoon belang wel een speciaal regime verdienen. Dat bijzonder regime zou er o.i. op zijn minst moeten in bestaan dat, bij stilzwijgen van partijen, het recht van de Staat partij bij de overeenkomst als zodanig geen kans maakt. Een vermoeden in die zin, juris tantum weliswaar, moet dan ook naar onze bescheiden mening verworpen worden. Zo'n vermoeden steunt nergens op en is onverzoenbaar met de natuur van deze overeenkomsten en de omstandigheden waarin ze tot stand komen. Ook MANN (42) is tegen het instaureren van een dergelijk vermoeden gekant doch de reden die hij ervoor opgeeft kan niet geheel bevredigen: volgens deze auteur heeft een vermoeden weinig zin daar in vele gevallen niet een Staat, maar wél een internationale organisatie contractspartner is en, zo gaat hij verder, een dergelijke organisatie heeft geen eigen rechtssysteem zoals een Staat! Die bewering is on-

(37) *Sapphire International Petroleums Ltd v. NIOC - arbitrage*, in I.C.L.Q., vol. 13, blz. 1012.

(38) Mc NAIR, *art. cit.*, blz. 5.

(39) VERDROSS, A., *art. cit.*; zie ook zijn *Völkerrecht*, Wenen, 1964, blz. 4.

(40) LALIVE, J.F., *Contracts between a State or a State agency and a foreign company*. I.C.L.Q., vol. 13, 987-1011; deze auteur zoekt het in een transnationaal recht dat zowat de grootste gemene deler zou moeten zijn van beginselen gemeen aan alle beschaafde rechtssystemen.

(41) GOLDMAN, B., *art. cit.*, nr. 75 e.v. spreekt van een «*dépassement des conflits de lois*» door toep. van een «*gemeenrecht vd internationale commerciële betrekkingen*».

(42) MANN, F.A., *The proper law of contracts concluded by international persons*, B.Y.B.I.L., vol. 35, 1959, 41-42.

getwijfeld juist wat internationale organisaties betreft doch dit is nog geen reden waarom het vermoeden geen zin zou kunnen hebben als een Staat partij is. Daarom houden we het bij onze eigen opvatting die gebaseerd is op de eigen aard van deze kontrakten. Nochtans kan het niet ontkend worden dat heel wat rechtspraak de tegenovergestelde opvatting is toegedaan ((43). Uit de hoger besproken factoren, het voorkomen van een arbitrageclausule en de speciale aard van deze kontrakten, hebben we nog geen definitieve conclusies t.a.v. het toepasselijke recht kunnen trekken.

6. Er zijn echter nog indices die we terugvinden in de tekst van de overeenkomsten zelf. Bevatten zij geen expliciete rechtskeuze dan wordt er toch al eens verwezen naar een bepaald rechtssysteem op een indirecte wijze : zo kan het voorkomen dat in het contract begrippen voorkomen die specifiek zijn voor een bepaald systeem. Er kan ook gestipuleerd zijn dat bepaalde termen in de overeenkomst moeten begrepen worden in de betekenis die een bepaald rechtssysteem eraan geeft (43).

Veelal, en dat lijkt wel typisch te zijn voor de *economic development agreements*, voorzien de overeenkomsten in nogal vage formules terzake van het toepasselijke recht als daar zijn :

«the parties base their relations with regard to this Agreement on the principle of goodwill and good faith as well as on reasonable interpretation of the terms of this Agreement» (44)

(43) De opvatting dat degene die kontrakteert met een Staat geacht wordt, behoudens tegenbewijs, zich te onderwerpen aan de wet van die Staat vinden we terug in de zaak van de Servische en Braziliaanse leningen, C.P.J.I., série A, nr. 20-21, 42 ; minder uitgesproken in de zaak *Rex v. International trustee for the protection of bondholders Aktiengesellschaft*, (1937) A.C., 500 waar Lord Atkin (531) stelt : «*whether a Government be a party or not the general principle which determines the proper law of the contract is the same : it depends upon the intention of the parties ... the circumstance that a Government is a party is entitled to great weight in drawing the appropriate inference, but is not conclusive and is only one factor in the problem* — minder terughoudend t.a.v. het bestaan van een vermoeden is *Bonython & Others v. Commonwealth of Australia*, (1951) A.C. 201 waar Lord Simonds (221) zegt dat het feit dat een Staat partij is «*cannot but be of great, if not decisive, weight*». Voor de Franse rechtspraak zie de verwijzingen bij BATIFFOL, H., *op. cit.*, nr. 585 : het vermoeden schijnt ook hier te gelden, behalve wanneer de Staat in een contract is opgetreden dat zowel naar aard als naar vorm ook door een particulier zou kunnen gesloten zijn ; zie *Conv. Wereldbank*, 18 mrt 1965, art. 42 is pro het vermoeden.

(43) Vb. *force majeure* moet begrepen worden in de zin die het internationaal recht eraan geeft ; in *Sapphire Int. Petroleum Ltd. v. NIOC-arbitrage* d.d. 15 maart 1963, I.C.L.Q., vol. 13, blz. 1013, waar de scheidsrechter verwijst naar art. 37,2° van het contract.

(44) Art. 89 van de overeenkomst tussen de *Sovjet-Unie* en de Engelse mij *Lena Goldfields Ltd.*, d.d. 18 aug. 1925.

«the Sheikh and the Company declare that they base action upon this Agreement on the basis of good faith and pure belief and upon the interpretation of this Agreement in a manner consistent with reason... The Award shall be consistent with the legal principles familiar to civilized nations» (45)

«The Ruler and the Company both declare that they intend to execute this Agreement in a spirit of good intentions and integrity, and to interpret it in a reasonable manner» (46)

«The Parties undertake to carry out the provisions of the Agreement in accordance with the principle of good faith and good will and to respect the spirit as well as the letter of the Agreement» (47)

Le tribunal arbitral se prononcera sur le litige en équité et conformément aux principes juridiques généralement reconnus» (48)

Het blijkt een hele opgave te zijn uit dergelijke clausules het toepasselijke recht af te leiden. MANN (50) opteert voor het volkenrecht dat hij bijzonder geschikt acht. McNAIR opteert voor de *general principles of law recognized by civilized nations* (51) in de betekenis die artikel 38 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof eraan geeft. Naar zijn zeggen sluiten deze algemene beginselen goed aan bij de aard van deze contracten en volstaan ze om de verhoudingen tussen partijen te regelen (52). Veel meer dan een tweetal *general principles* isoleren doet Lord McNAIR evenwel niet: eerbied voor verworven rechten en het verbod van onrechtmatige verrijking zijn de enige die hij aangeeft (53). Over de exhaustieve, *erschöpfende lex contractus* die VERDROSS (54) voorstelt moeten we niet meer uitweiden: *good faith, goodwill* e.d. zijn tenslotte maar zeer algemene begrippen en hoe VERDROSS hieruit een alles-regelende *lex contractus* wil distilleren blijft voor ons een raadsel. Over het transnationaal recht tenslotte dat J.-F. LALIVE op dergelijke contracten wil toegepast zien hebben we het verder even, wanneer we een bedenking maken over de methode die rechter CAVIN heeft gevolgd in het zogenaamde SAPPHIRE-case.

(45) De overeenkomst tussen de *Sheik van Qatar* en de *Petroleum Development (Qatar) Ltd.*, d.d. 17 mei 1935.

(46) Art. 17 van de overeenkomst ts. de *Sheik van Abu Dhabi* en de *Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd.*, d.d. 11 januari 1939.

(47) Art. 38 van de overeenkomst tussen *NIOC* en *Sapphire International Petroleum Ltd.*, d.d. 16 juni 1958.

(48) Overeenkomst van 1968 tussen *Iraq National Oil Company* en Franse mij *ERAP*, art. 35.

(50) MANN, F.A., *The proper law of contracts concluded by international persons*, B.Y.B.I.L., vol. 35, 1959, 34 e.v.

(51) Mc NAIR, *The general principles of law recognized by civilized nations*, B.Y.B.I.L., vol. 33, 1957, 1-19.

(52) Mc NAIR, o.c., o.m. blz. 5.

(53) Mc NAIR, o.c., blz. 15-18; NWOUGUGU, E.I., *The legal problems of foreign investment in developing countries*, 1965, die geneigd is om de opvatting van Lord Mc Nair te delen voegt er nog een drietal aan toe: «estoppel» (181), «abuse of rights» (182) en «pacta sunt servanda» (185).

(54) Zie blz. 8 en 9 van deze nota's.

7. Uit de arbitrale uitspraken tenslotte wordt men niet veel wijzer. De scheidsrechters ondernemen weliswaar meer dan te waarderen pogingen om op een logische manier het toepasselijk recht af te leiden, maar praktisch gezien komt het er veelal op neer dat ze geneigd zijn hun eigen recht, waarmee ze het best vertrouwd zijn omdat ze er nu eenmaal in opgegroeid zijn, van toepassing te verklaren.

Zulks is onder meer het geval in de arbitrale uitspraak van Lord Asquith of Bishopstone in de zaak *Petroleum Developments (Trucial Coast) Ltd. and the ruler of Abu Dhabi* (55). De scheidsrechter verklaart een soort van *modern law of nature* toepasselijk op de overeenkomst. In concreto komt het er nochtans op neer dat de arbiter Engels recht toepast, al voegt hij eraan toe :

«but, albeit English municipal law is inapplicable as such, some of its rules are in my view so firmly grounded in reason, as to form part of this broad body of jurisprudence — this 'modern law of nature'».

Deze neiging om het eigen recht toe te passen wordt nog versterkt door het feit dat het recht van de Staat-partij nogal eens onvoldoende ontwikkeld is om de ingewikkelde economische kontrakten (van westerse type uiteraard) waarvan sprake te beheersen (56) ; soms leidt het toepassen van het recht van de Staat kontractspartner zelfs tot tegenstrijdigheden (57).

Rechter Cavin daarentegen, scheidsrechter in de *Sapphire*-arbitrage (58), onderneemt een ernstige poging om werkelijk algemene beginselen af te leiden terzake van de voor de oplossing van het geschil dienstige begrippen *breach of contract* en *schadevergoeding*. Hij overloopt systematisch en op een vrij grondige manier de draagwijdte van deze begrippen in het continentale recht (59) en in het Anglo-Amerikaanse recht (60) en komt tot een grootste gemene deler die in deze zaak uitermate dienstig is. Het mag nochtans niet oneerbiedig klinken wanneer we voorhouden dat deze werkwijze, die alleen juristen van een uitzonderlijk gehalte met een enorme kennis van de rechtsvergelijking aankunnen, in vele gevallen niet tot eenzelfde aantrekkelijk resultaat zal leiden. Immers, niet altijd zullen de regelingen waarin de ver-

(55) Uitspraak uit 1951 ; I.L.R., 1951, blz. 144 ; I.C.L.Q., 1952, 247.

(56) Dit was in *Abu Dhabi*, gecit., het geval ; ook in de arbitrage tussen de *Ruler of Qatar and International Marine Oil Company Ltd.*, uitspraak 1 juni 1953, kwam arbiter Sir Alfred Bucknill tot deze conclusie t.a.v. het recht van Qatar, I.L.R., 1953, 534 ; ook in het *Aramco* case werd bevonden dat het recht van Saoedi Arabië m.b.t. de olie-industrie onderontwikkeld was, I.L.R., 1963, 117 ; Mc NAIR, o.c., beschouwt dit als een van de vnst kenmerken van de EDA's.

(57) In de zaak *Qatar* kwam de scheidsrechter zelfs tot de bevinding dat «*certain parts of the contract, if Islamic law was applicable, would be open to the great criticism of being invalid*!».

(58) *Sapphire Int. Petroleums Ltd. v. NIOC*, I.C.L.Q., vol. 13, 1964, 1011 ; *Annuaire Suisse de Droit International*, 1962, 273.

(59) Zie de vorige noot, blz. 1016 (in I.C.L.Q.).

(60) Id., blz. 1016 (in I.C.L.Q.).

schillende rechtssystemen voorzien, zoals hier het geval was, parallel lopen. Zij kunnen zelfs tegenstrijdige oplossingen voorstellen. Het is ook mogelijk dat bepaalde rechtsinstituten in het ene systeem bekend zijn daar waar dezelfde instelling in een ander systeem onbekend is. Het is dan ook zeer de vraag of de werkwijze die CAVIN volgt wel in alle gevallen zal kunnen toegepast worden.

8. Het toepassen van een *modern law of nature*, het afleiden via de rechtsvergelijkende methode van principes gemeen aan de rechtsorde van de beschaafde volkeren, of het zich beroepen op een gemeen recht van de internationale handel e.d. stellen heel wat praktische moeilijkheden. De voornaamste is wel de grote rechtsonzekerheid: wat houden die systemen precies in? Partijen blijven volslagen in het ongewisse over de precieze draagwijdte van de rechtsregels die de scheidsrechters gebeurlijk op tussen de kontractpartners gezezen geschillen zullen toepassen. Zo lijkt het pleidooi van GOLDMAN voor een gemeen recht van de internationale commerciële betrekkingen (61), dat meteen alle internationaal privaatrechtelijke problemen zou transcenderen, niet meer dan een wensdroom. De auteur ziet zich trouwens genoodzaakt aan het einde van zijn betoog toe te geven dat er zich moeilijk een jurisprudentie kan aftekenen doordat de arbitrale uitspraken vrijwel nooit gepubliceerd worden en hij voegt eraan toe dat het gemeen recht van de internationale commerciële betrekkingen op verre na geen compleet systeem is. BATIFFOL ten slotte laat opmerken dat het internationaal milieu als zodanig geen wetgever heeft die dwingende en zekere regelen kan uitvaardigen: er is geen «*autorité qualifiée pour formuler et sanctionner les règles à suivre*» (62). In een *lex mercatoria*, die niemand precies schijnt te kunnen definiëren, is dus ook al geen bevredigende oplossing te vinden.

9. Als laatste mogelijkheid rest dan nog het probleem via het gewone internationaal privaatrechtelijke stramien te benaderen, zonder een bijzonder belang te hechten aan het feit dat een Staat (of een *State agency*) partij is bij het kontrakt. De Staat wordt dus beschouwd als een gewoon subjezt van privaatrecht. In alle gevallen waarin hij niet optreedt als volkenrechtssubjezt, bijvoorbeeld door een overeenkomst te sluiten met een subjezt van privaatrecht (hoewel het ook een andere Staat kan zijn) over een privaatrechtelijke aangelegenheid, is een

(61) GOLDMAN, B., *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, Rec. des Cours de l'Académie de Droit international, 1963-II, vol. 109, nr. 75 en volgende spreekt van 'un dépassement du conflits des lois' wat inderdaad het resultaat zou zijn van het algemeen aanvaarden van een «gemeenrecht vd internat. commerciële betrekkingen».

(62) BATIFFOL, H., o.c., nr. 578.

nationaal recht van toepassing op de overeenkomst. Dit volgt a fortiori uit het dictum van het P.H.I.J. :

«tout contrat qui n'est pas un contrat entre des Etats en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale» (63).

Met als vertrekpunt deze, sinds het opduiken van de *economic development agreements* naar onze opvatting meer en meer betwistbare uitspraak van het Hof (64), wordt het toepasselijk recht opgezocht volgens de regelen van een of ander i.p.r. ; de vraag is natuurlijk wélk internationaal privaatrecht de arbiter onder de arm zal nemen op zijn zoektocht naar de materiële regels die de overeenkomst zullen beheersen. Het internationaal privaatrecht van het forum toepassen heeft geen zin, want de internationale arbiter heeft geen forum ; welk conflictenrecht moet hij dan wel toepassen ? De vraag lijkt onoplosbaar te zijn. Ze is nochtans van kapitaal belang want wanneer de scheidsrechter de overeenkomst in een of andere nationale rechtsorde wil lokaliseren dan zal die operatie een verschillend resultaat opleveren naargelang van de basisregelen van waaruit de arbiter zijn redenering heeft opgebouwd. Het kan de bedoeling niet zijn hier verder op in te gaan, te meer daar we steeds weer bij hetzelfde fundamenteel probleem belanden : niet alleen verschilt het materiële recht van land tot land, ook het internationaal privaatrecht verschilt steeds weer. Men kan alleen besluiten dat er op een of andere manier een eenvormig i.p.r. moet tot stand komen. Het ongeduld van hen die dan maar proberer, een internationaal i.p.r. te isoleren uit de internationale praktijk is dan ook volkomen te begrijpen ; het streven naar een min of meer uniform i.p.r. beantwoordt zeker aan een nood en lijkt in elk geval realistischer dan het zich toeleggen op een eenmaking van materiële recht. Van de verschillende Staten komt in die zin nochtans niet veel enthousiasme : ieder van hen rekent zijn nationaal i.p.r. nog steeds tot zijn privé-jachtterrein. Om het enigszins triviaal uit te drukken : de werkelijkheid waarmee we vooralsnog gekonfronteerd worden is een contradictio in terminis want er is alleen *nationaal* internationaal privaatrecht.

10. Het probleem van het op de economische ontwikkelingskontrakten toepasselijke recht is nog niet opgelost. Het was zeker niet onze bedoeling dit te doen. Alleen wilden we een paar gedachten formuleren omtrent de moeilijkheden die deze overeenkomsten zoal doen rijzen :

(63) Zaak van de *Servische en Brazillaanse leningen*, C.P.J.I., série A, nr. 20-21, blz. 41, 42.

(64) Zie SUY, E., *Leerboek van het volkenrecht*, I, Leuven, 1972, blz. 257 : de auteur lijkt niet erg gelukkig met deze regel ; zie ook de hoger besproken bijdragen van o.m. Mc NAIR, MANN, VERDROSS, LALIVE die het buiten enig nationaal recht om willen zoeken : algemene rechtsbeginselen, volkenrecht, *erschöpfende lex contractus*, transnationaal recht.

ondanks het immense belang van deze kontrakten blijven er bij eventuele geschillen veel onzekerheid en dubbelzinnigheid bestaan mede omdat bij het sluiten van het kontrakt onvoldoende aandacht aan de juridische omkadering ervan werd besteed.