

# De Belgische rechter en art. 2 lid 2 van het Haagse verdrag inzake de op de internationale koop van roerende lichamelijke zaken toepasselijke wet

Dirk Lontings

*In dit artikel wordt nagegaan welke de invloed is van de zinsnede "onbetwifelbaar voortvloeien uit de bepalingen van de overeenkomst" uit art. 2 lid 2 van het voormelde verdrag op de interpretatiemethodes die traditioneel door de Belgische rechter worden gevolgd bij het bepalen van de op een overeenkomst toepasselijke wet.*

*Cet article examine l'influence de la phrase "résulter indubitablement des dispositions du contrat" de l'art. 2 par. 2 de la convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels sur les méthodes traditionnelles d'interprétation, usitées par le juge belge pour déterminer la loi régissant un contrat.*

*This article deals with the influence of the passage "résulter indubitablement des dispositions du contrat" of art. 2 para. 2 of the Hague convention on the international sale of movable corporal goods on the traditional methods of interpretation used by the Belgian judge to determine the law governing a contract.*

## A. INLEIDING

1. Art. 2 van het verdrag van Den Haag inzake de op de internationale koop van roerende lichamelijke zaken toepasselijke wet, onderhandeld in de schoot van de Conferentie voor internationaal privaatrecht, ondertekend op 15 juni 1955 en voor België in werking getreden op 1 september 1964 (1) (verder: het verdrag) bepaalt:

"De koop wordt beheerst door de interne wet van het door de contracterende partijen aangewezen land. De aanwijzing moet geschieden bij uitdrukkelijk beding of *onbetwifelbaar voortvloeien uit de bepalingen van de overeenkomst* (eigen cursivering) ..."

(1) Voor de tekst van het verdrag: ERAUW, J. en DE FOER, L., *Internationaal privaatrecht. De Bronnen*, Antwerpen, Maarten Kluwer, 1982, 200-201.

In niet mis te verstane bewoordingen garandeert dit artikel dus de vrijheid van rechtskeuze<sup>(2)</sup> aan contractanten bij een internationale koop van roerende lichamelijke zaken. M.a.w., het principe van de wilsautonomie wordt ten volle gerespecteerd. Als dusdanig sluit deze bepaling perfect aan bij het intern Belgisch recht (infra; nrs. 12-15).

Art. 2 lid 2 roept voor de Belgische rechter echter problemen op. Daar waar het deze traditioneel toegestaan is bij het interpreteren van een contract of bepaalde contractuele clausules de stilzwijgende bedoeling van de partijen na te gaan en daarbij beroep te doen op aan de overeenkomst intrinsieke én extrinsieke elementen, lijken de bewoordingen van art. 2 lid 2 ("onbetwifelbaar voortvloeien uit de bepalingen van de overeenkomst" - eigen cursivering) hem de mogelijkheid te ontzeggen nog langer beroep te doen op deze laatste.

De vraag rijst dus of de Belgische rechter, wanneer hij geconfronteerd wordt met een overeenkomst die onder het toepassingsgebied van het verdrag valt, nog beroep mag doen op dergelijke elementen wanneer hij moet nagaan welke de *lex contractus* is die toepasselijk is op de overeenkomst bij afwezigheid van een uitdrukkelijk beding daaromtrent.

Het is bijgevolg mijn bedoeling in deze bijdrage enige beschouwingen te wijden aan deze problematiek door te pogen de betekenis van voormelde zinsnede te doorgronden en te onderzoeken of de Belgische rechter bij toepassing van dit artikel gedwongen wordt af te wijken van zijn traditionele interpretatiemethodes. Daartoe wijd ik in eerste instantie enige woorden aan wat in het verdrag onder een "internationale overeenkomst" wordt verstaan (B; nrs. 2-10). Vervolgens behandel ik thema's als de vrijheid van rechtskeuze (C; nrs. 11-15) en de uiting daarvan (D; nrs. 16-25), eerst in het algemeen en vervolgens toegepast op België. Dit om duidelijk te maken welke de klassieke door de Belgische (en vaak ook buitenlandse) rechter gehanteerde uitleggingsmethodiek is en zo de vragen die het verdrag oproept, scherper te stellen. Na het poneren van het probleem (E; nr. 26), ga ik nader in op de betekenis

(2) Het verdrag zelf spreekt van de keuze van een *wet*. Aangezien dergelijke keuze in België echter inhoudt dat een gans rechtssysteem op de overeenkomst toepasselijk wordt verklaard - een wet wordt immers toegepast zoals zij door de buitenlandse rechter wordt geïnterpreteerd -, meen ik te mogen stellen dat gerust van *rechtskeuze* mag gesproken worden. Vandaar dat ik beide termen als equivalent door elkaar gebruik.

Voor het principe dat de Belgische rechter buitenlands recht moet toepassen zoals dat in het buitenland door de rechter wordt geïnterpreteerd: Cass., 9 oktober 1980, *R.W.*, 1981-82, 1471. Voor een bespreking van dit arrest: ERAUW, J., "De ambtshalve toepassing van een vreemd recht en van cassatiecontrole op die toepassing", *R.W.*, 1981-82, 1457-1470. Voor meer inlichtingen m.b.t. de wijze waarop de (Belgische) rechter kennis kan krijgen van buitenlands recht door de werking van een verdrag: ERAUW, J., "De eerste Belgische ervaringen met het Europees verdrag inzake inlichtingen over buitenlands recht", *R.W.*, 1981-82, 1503-1511.

van art. 2 lid 2 (F; nrs. 27-51). De conclusie die op basis van deze analyse kan worden geformuleerd, toets ik dan aan enige rechterlijke uitspraken (G; nrs. 52-63). Tenslotte confronteer ik het verdrag even met het verdrag van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (H; nrs. 64-66) en ga ik in een algemeen besluit kort in op het ontwerp tot wijziging van het onderzochte verdrag (I; nr. 67).

## B. INTERNATIONALE KOOP

2. Aangezien de hier behandelende thematiek er één is van internationale koop, lijkt het aangewezen preliminair enige aandacht te besteden aan wat onder een dergelijke overeenkomst wordt verstaan, teneinde de sfeer te schetsen waarin de behandelde vragen oprijzen.

3. Het verdrag zelf geeft noch van "koop", noch van "internationale koop" een omschrijving, laat staan een definitie. Art. 1 lid 1 stelt enkel dat het verdrag van toepassing is op de "internationale koop van roerende lichamelijke zaken". Art. 1 lid 3 voegt daaraan toe: "Een verklaring van partijen nopens de toepasselijkheid van een wet of de bevoegdheid van een rechter of een scheidsman, vermag zonder meer aan de koop niet het internationale karakter in de zin van het eerste lid van dit artikel te verlenen". Een bepaling die duidelijk werd ingelast om wetsontduiking tegen te gaan.

Art. 1 lid 1 sluit enige kopen uit het toepassingsgebied van het verdrag (3) en accapareert een andere (4). Art. 1 lid 2 schakelt een overeenkomst met koop gelijk (5).

4. De omschrijving van een dergelijke overeenkomst moet dus op een andere wijze gebeuren dan door beroep te doen op de verdragstekst zelf. Het lijkt mij aangewezen daarbij de artt. 31 en 32 van het verdrag van Wenen van 1969 inzake het verdragsrecht (6) als leidraad te hantieren (7).

(3) Koop van waardepapieren; koop van geregistreerde zeeschepen, andere schepen en luchtvaartuigen; gerechtelijke en executoriale verkoop.

(4) Koop op documenten.

(5) Overeenkomst tot levering van te vervaardigen of voort te brengen roerende lichamelijke zaken, wanneer de partij die zich tot levering verplicht de grondstoffen moet verschaffen, die noodzakelijk zijn voor de vervaardiging of de voortbrenging.

(6) Voor de tekst van het verdrag: WESTON, B., FALK, R. en D'AMATO, A. (ed.), *Basic documents in international law and world order*, St.-Paul, West Publishing Co., 1980, 59-75.

(7) In dezelfde zin: VON OVERBECK, A.E., "L'application par le juge interne des conventions de droit international privé", *Recueil des Cours 1971*, I, Leyden, Sijthoff, 1971, (1), 40-41.

Art. 32 van dat verdrag bepaalt, in de hypothese dat geen afdoende beroep kan worden gedaan op de interpretatie-elementen opgesomd in art. 31 (8) - wat m.i. in casu het geval is -, dat o.a. gebruik mag worden gemaakt van de voorbereidende werken van een verdrag om de draagwijdte van de termen van het verdrag te ontdekken. Deze werkwijze kan ook hier gevolgd worden.

5. Het verdrag heeft een erg lange voorgeschiedenis. Voor een helder en bondig overzicht daarvan verwijs ik graag naar Kahn aan wie ik de hiernavolgende gegevens ontleen (9). Hier volstaat het op te merken dat reeds tijdens de zesde sessie van de Conferentie van Den Haag over internationaal privaatrecht, gehouden in 1928, heftige discussies werden gevoerd omtrent de conventionele regeling van de op de internationale koop van roerende lichamelijke zaken toepasselijke wet. Aangezien de Conferentie er zelf niet in slaagde een oplossing voor het probleem uit te werken, werd een bijzonder comité opgericht dat als taak kreeg een voorontwerp van verdrag op te stellen. Vanaf 1931 toog dit comité aan het werk. Dit resulteerde in een verslag van de hand van Julliot de la Morandière en een ontwerp-tekst. Deze werden bediscussieerd tijdens de zevende sessie van de Conferentie, gehouden in 1951. Het zijn het verslag en de documenten en handelingen van deze laatste Conferentie die de voornaamste hulpmiddelen vormen bij het oplossen van de diverse problemen die bij de lectuur van het verdrag rijzen.

6. De opstellers van het verdrag hebben welbewust iedere definitie van de gebruikte termen geweerd. Zij vreesden dat dit aanleiding zou geven tot tal van moeilijkheden en wensten daarentegen het verdrag zo een-

(8) Art. 31 luidt als volgt :

- (1) "A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.
- (2) The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes :
  - (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty ;
  - (b) any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.
- (3) There shall be taken into account, together with the context :
  - (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions ;
  - (b) any subsequent practice in the application of the treaty which established the agreement of the parties regarding its interpretation ;
  - (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.
- (4) A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended".
- (9) KAHN, Ph., "La convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels", *Clunet*, 1966, (301), 302-304.

voudig - en dus voor de praktijk van de internationale handel zo bruikbaar - mogelijk te houden (10). Vandaar dat een woord als "koop" niet werd gedefiniëerd. Zo merkt Julliot de la Morandière op: "Le texte proposé emploie ... les termes dont il se sert, en particulier le mot vente, dans leur sens couramment admis par la pratique internationale, abandonnant dans le cas, fort rare, d'incertitude sur ce point, aux juridictions saisies de la difficulté, le soin de décider si tel ou tel contrat doit être considéré comme une vente et par suite doit donner lieu à l'application du traité" (11). Dezelfde redenering werd gevolgd m.b.t. de omschrijving van "roerende lichamelijke zaken": "Si des difficultés se présentent, les juridictions saisies les trancheront, sans qu'on leur impose à cet égard une solution" (12). En ook t.a.v. het begrip "internationale koop" redeneerde men analoog: "Sans méconnaître l'importance du problème, il lui (le comité spécial) a paru que la difficulté théorique qu'il aurait à résoudre (dire à quels caractères on reconnaîtra qu'un contrat de vente est vraiment international) n'était pas en concordance avec son utilité pratique. Le véritable terrain sur lequel il se pose en fait est celui de la fraude à la loi; or ce terrain ne peut être étudié *a priori*, c'est avant tout une question d'espèce, une question d'intention des parties et son examen doit être laissé, semble-t-il, ..., à l'appréciation des juges saisis. Toute formule adoptée, en admettant que l'accord pût être réalisé, risquerait d'ailleurs de restreindre le champ d'application de la Convention au détriment peut-être du commerce international" (13).

Tijdens de bespreking van het voorontwerp van verdrag en het verslag in de bijzondere commissie van de Conferentie van 1951 die zich om de koopproblematiek bekommerde, werd eveneens de vraag naar de al dan niet noodzakelijkheid van de definiëring van de gebruikte begrippen opgeworpen (14). Ook hier kwamen de deelnemers tot de conclusie dat het beter was de uitdrukkingen in het verdrag niet te omschrijven en de afbakening van het gebruikte begrippenarsenaal aan de nationale rechter over te laten. De Engelse afgevaardigde Wortley drukte deze gedachte m.b.t. zijn land zeer bevattelijk uit: "La Convention sera un ordre donné au juge anglais, et il appartiendra à chaque juge de fixer

(10) Verslag Julliot de la Morandière, *Documents relatifs à la septième session tenu du 9 au 31 octobre 1951 de la Conférence de La Haye de droit international privé*, Den Haag, Imprimerie Nationale, 1952, 8-9; Rapport des travaux de la première commission présenté par L. Julliot de la Morandière, *Actes relatifs à la septième session tenu du 9 au 31 octobre 1951 de la Conférence de La Haye de droit international privé*, Den Haag, Imprimerie Nationale, 1952, 360: "...la Commission a finalement décidé - et c'est là un principe général qu'elle a suivi - de ne pas se lancer dans des définitions, toujours délicates".

(11) Verslag Julliot de la Morandière, *o.c.*, 9.

(12) *Ibid.*, 9.

(13) *Ibid.*, 12.

(14) *Actes, o.c.*, 19.

le champ d'application de la Convention" (15). Bovendien ontspoon zich in de commissie een vinnige discussie omtrent het feit of men de term "conflits de lois en matière de vente" of "ventes internationales" zou gebruiken (16). Uiteindelijk opteerde men, opdat ook leken zouden verstaan waarover het gaat, voor de laatste uitdrukking (17), maar dus zonder deze te definiëren.

7. De voorbereidende werken van de Belgische goedkeuringswet van het verdrag (18) bevestigen de bedoeling van de opstellers. De aandacht moet vooral gevestigd worden op de Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende goedkeuring van het verdrag (19). Deze stelt: "...het begrip "internationale koop" werd niet omschreven en blijft ter beoordeling van de rechter bij wie de zaak aanhangig is gemaakt" (20).

8. Aan de rechter komt het dus toe uit te maken wat onder een internationale koop in de zin van het verdrag moet begrepen worden. Op zichzelf is deze werkwijze niet uitzonderlijk. De Amerikaanse rechtspraak biedt ons hiervan trouwens een prachtig voorbeeld (21).

9. De rechter zal zich bij het omschrijven van een dergelijke overeenkomst vermoedelijk niet alleen laten inspireren door de voorbereidende werken van het verdrag, maar ook door de doctrine. Een analyse van die doctrine is niet het doel van deze bijdrage. Ik besteed er dan ook geen aandacht aan (22). Wel wens ik erop te wijzen dat de overtalrijke

(15) *Ibid.*, 20.

(16) *Ibid.*, 19-28.

(17) *Ibid.*, 28.

(18) Wet 21 september 1962 houdende goedkeuring van het Verdrag nopens de op de internationale koop van roerende lichamelijke zaken toepasselijke wet, ondertekend op 15 juni 1955 te 's-Gravenhage, *B.S.*, 25 september 1964.

(19) *Parl. St.*, Kamer, 1959-60, nr. 648/1.

(20) *Ibid.*, nr. 648/1, 2.

(21) Twee beslissingen van het Supreme Court zijn dienaangaande het vermelden waard. In *Zapata* (M/S Bremen and Unterweser Reederei GmbH v. Zapata off-Shore Co., 407 U.S. 1, 92 S. Ct. 1907, 32 L. Ed. 2d 513 (1972)) worden nog geen elementen ter definiëring of omschrijving van een dergelijke overeenkomst aangereikt, maar wel poogt dit arrest de bewustwording van de groeiende internationale context waarin het hedendaagse leven zich afspeelt, te stimuleren. In *Scherk* (Scherk v. Alberto - Culver Co., 417 U.S. 506, 94 S. Ct. 2449, 41 L. Ed. 2d 270 (1974)) daarentegen somt het Supreme Court de drie typische karakteristieken op die, wanneer zij een buitenlandse dimensie vertonen, meebrengen dat een overeenkomst als internationaal moet worden bestempeld: nationaliteit van de partijen, situs en aard van de (voorafgaande) onderhandelingen en voorwerp van het contract.

Voor een exhaustieve bespreking van de leer gebaseerd op deze arresten en mogelijke kritiek daarop: DELAUME, G.R., "What is an international contract? An American and a Gallic dilemma", *I.C.L.Q.*, 1979, 258-279.

(22) Een definitie of omschrijving van een internationale overeenkomst vindt men o.a. bij

auteurs die een bespreking wijden aan het verdrag zeer dikwijls de betekenis van de uitdrukking "internationale koop" onderzoeken. De conclusies tot dewelk zij komen, zijn trouwens gelijklopend aan deze hierboven geformuleerd (nrs. 6-8), wat overigens kon verwacht worden (23).

10. Op één auteur meen ik toch even de aandacht te moeten vestigen omwille van de grote zorg die hij tijdens zijn Haagse colleges wijdt aan het uitwerken van dit probleem, nl. Frédéricq (24). Tijdens deze colleges onderzoekt hij de restrictieve (25) en de extensieve (26) kijk die men op een dergelijke overeenkomst kan hebben en komt hij tot de conclusie dat de opstellers van het verdrag, ondanks het feit dat zij blijkbaar opteerden voor een *extensieve* interpretatie, toch de mogelijkheid tot controverses geschapen hebben (27). Bij gebreke van een definitie in het verdrag zelf zal het immers, zoals reeds gesteld, de rechter zijn die zal moeten uitmaken wat een internationale koop is. Dit kan tot gevolg hebben dat de inhoud van dit begrip in de verschillende landen kan uiteenlopen en/of o.a. kan beïnvloed worden door de definitie van een internationale koop zoals die vervat ligt in art. 1.1. van de eenvormige

volgende auteurs: HERBOTS, J.H., "De internationale overeenkomst. Incorporatie van vreemd recht", in *Bijzondere overeenkomsten. Actuele problemen*, HERBOTS, J.H. (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1980, (483), 485; LOUSSOUARN, Y. en BREDIN, J.D., *Droit du commerce international*, Parijs, Sirey, nr.511, p. 594; VANDER ELST, R. en WESER, M., *Droit international privé belge et droit conventionnel international*, I, *Conflits de lois*, door VANDER ELST, R., Brussel, Bruylant, 1983, 142; VAN HECKE, G., *Internationaal privaatrecht*, Leuven, VRG, 1976, 141; VON HOFFMANN, B., "General report on contractual obligations", in *European private international law of obligations*, LANDO, O., VON HOFFMANN, B. en SIEHR, K. (ed.), Tübingen, J.C.B. Mohr, (1), 4.

(23) Zie bijvoorbeeld: JULLIOT DE LA MORANDIERE, L., "La septième session de la Conférence de La Haye de droit international privé", *R.C.D.I.P.*, 1952, (5), 13; KAHN, l.c., 310-316; LOUSSOUARN, Y., "La convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels", in *Etudes juridiques offertes à Leon Julliot de la Morandière*, Parijs, Dalloz, 1964, (313), 317-318.

(24) FREDERICQ, L., "La vente en droit international privé (Quelques conventions récentes)", in *Recueil des Cours 1958*, I, Leyden, Sijthoff, 1958, 1-116.

(25) *Ibid.*, 21-25. Van een internationale koop in restrictieve zin is er sprake wanneer een subjectief element en een objectief element verenigd zijn. Het subjectieve element houdt in dat de bij de overeenkomst betrokken partijen verblijven op het grondgebied van verschillende staten. Om te verhinderen dat daardoor een koop al te gemakkelijk als internationaal zou worden aangezien, wordt aan het subjectieve vereiste een objectief vereiste toegevoegd, bijvoorbeeld dat de verkochte goederen moeten getransporteerd worden van het ene naar het andere land.

Een voorbeeld van dergelijke restrictieve zienswijze vindt men in art. 1.1. van de eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken. Voor de tekst hiervan: *infra*; noot (28).

(26) *Ibid.*, 25-26. Van een internationale koop in extensieve zin is er sprake zogauw de koop een internationaal element bevat dat aanleiding kan geven tot een wetsconflict.

(27) *Ibid.*, 27.

wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken, neergelegd in het betreffende verdrag van 1964 (28) dat eveneens uitgaat van de Haagse Conferentie. De definitie in de eenvormige wet opgenomen, gaat uit van een *restrictieve* visie op een internationale koop.

Contradicties en moeilijkheden zijn dus best denkbaar (29).

## C. VRIJHEID VAN RECHTSKEUZE

### 1. Algemeen

11. Op basis van het principe van de wilsautonomie, zoals dat reeds in de 16de eeuw door Dumoulin werd geconcipteerd, wordt in nagenoeg alle rechtsstelsels ter wereld aanvaard dat het de partijen bij een internationale overeenkomst vrij staat het daarop toepasselijke recht te kiezen (30). Weliswaar worden hieraan soms beperkingen gesteld, bijvoorbeeld door te eisen dat het gekozen recht op één of andere manier een band vertoont met de overeenkomst (31).

Dat het principe van de vrijheid van rechtskeuze zo algemeen gehuldigd wordt, hoeft nauwelijks te verwonderen. Het biedt immers een grote mate van rechtszekerheid aan de partijen die reeds bij voorbaat duidelijk weten welk recht hun contractuele verbintenissen zal beheersen.

(28) Voor de tekst van het verdrag en de eenvormige wet: ERAUW en DE FOER, *o.c.*, 205-216.

Art. 1.1. luidt als volgt:

“ Deze wet is van toepassing op koopovereenkomsten betreffende roerende lichamelijke zaken, aangegaan tussen partijen die hun vestiging hebben op het grondgebied van verschillende Staten, in elk van de navolgende gevallen:

- a) wanneer de overeenkomst met zich meebrengt dat de zaak ten tijde van het sluiten van de overeenkomst of daarna vervoerd wordt van het grondgebied van een Staat naar dat van een andere Staat;
- b) wanneer de handelingen die het aanbod en de aanvaarding vormen, zijn verricht op het grondgebied van verschillende Staten;
- c) wanneer de aflevering van de zaak moet geschieden op het grondgebied van een andere Staat dan die waar de handelingen die het aanbod en de aanvaarding vormen, zijn verricht”.

(29) FREDERICQ, *l.c.*, 22 merkt in dat verband pertinent op: “... les différentes conventions sur la vente sont diplomatiquement et juridiquement distinctes, mais il est indéniable qu’elles constituent un ensemble cohérent par la source commune dont elles procèdent, par l’idée unitaire qui les a inspirées, par l’identité des termes qui y sont employés. Fruit du travail de mêmes rédacteurs, elles sont étroitement apparentées par l’unité de conception”.

(30) Zie dienaangaande o.a.: HERBOTS, J.H., *l.c.*, 488-491; RABEL, E., *The conflict of laws. A comparative study*, II, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1966, 368-389; RIGAUX, F., *Droit international privé*, II, Brussel, Larcier, 1979, nrs. 1116-1118; VAN HECKE, G., *o.c.*, 148.

(31) Zie bijvoorbeeld: HERBOTS, *l.c.*, 491-497.



Vandaar dat het geen verbazing wekt dat het verdrag deze partijautonomie consacreert en als beginsel in art. 2 lid 1 vooropstelt: "De koop wordt beheerst door de interne wet van het door de contracterende partijen aangewezen land" (32). Enkel bij gebreke van een volgens art. 2 lid 2 aangeduide wet, wordt de koop onderworpen aan een op basis van art. 3 bepaalde wet (33).

Op het feit dat omwille van bepaalde redenen het door de partijen gekozen recht door de rechter voor wie het geschil aanhangig is gemaakt, niet toegepast wordt, ga ik niet in. Spontaan denkt men echter aan, bijvoorbeeld, de werking van de exceptie van internationaal privaatrechtelijke openbare orde ten gevolge waarvan de rechter de *lex fori* en niet de *lex contractus* zal toepassen (34).

## 2. België

12. Ook ons land huldigt het principe van de wilsautonomie. M.b.t. interne overeenkomsten, dit zijn contracten zonder "Auslandsberührung" (35), vindt men dit verwoord in art. 1134 B.W.: "Alle overeenkomsten die wettig zijn aangegaan, strekken degenen die deze hebben aangegaan, tot wet". Vander Elst merkt echter op: "Mais, dès que la convention comporte un élément d'extranéité (facteur étranger ou apatride), un conflit de lois peut surgir et ce cadre légal n'est plus, dans ce cas, imposé d'avance" (36).

Het Hof van Cassatie nam ten deze echter een duidelijke stelling in. In zijn bekend arrest van 24 februari 1938 (37) stelde het, in een geval

(32) Zie ook: Verslag Julliot de la Morandière, o.c., 22-23; Rapport des travaux de la première commission présenté par L. Julliot de la Morandière, o.c., 361.

(33) Art. 3 luidt als volgt:

"Bij gebreke van een door partijen, met inachtneming van de bepalingen van het vorig artikel, toepasselijk verklaarde wet, wordt de koop beheerst door de interne wet van het land, waar de verkoper zijn gewoon verblijf heeft op het ogenblik waarop hij de order ontvangt. Indien de order wordt ontvangen door een kantoor van de verkoper, wordt de koop beheerst door de interne wet van het land waar dit kantoor is gelegen.

Nochtans wordt de koop beheerst door de interne wet van het land, waar de koper zijn gewoon verblijf heeft of waar hij het kantoor heeft, dat de order heeft geplaatst, indien de order in dat land is ontvangen, hetzij door diens vertegenwoordiger, agent of handelsreiziger.

Bij een koop ter beurze of op een openbare veiling wordt de koop beheerst door de interne wet van het land waar de beurs zich bevindt of waar de openbare veiling is gehouden".

(34) Over deze problematiek: RIGAUX, o.c., nrs. 1144-1146.

(35) VON CAEMMERER, E., "Internationales Kaufrecht", in *Festschrift für Hans Carl Nipperdey*, DIETZ, R. en HUBNER, H. (ed.), I, München, C.H. Beck, 1965, (211), 214.

(36) VANDER ELST, o.c., 141.

(37) Cass., 24 februari 1938, *Pas.*, 1938, I, 66; *R.C.D.I.P.*, 1938, 661, noot WIGNY, A. Het arrest werd, voorzien van commentaar, opgenomen in: RIGAUX, F. en ZORBAS, G., *Les grands arrêts de la jurisprudence belge. Droit international privé*, Brussel, Larcier, 1981, 197-205.

waarin de litigeuze overeenkomst uitdrukkelijk naar de wetten van de staat New York verwees, dat "la loi applicable aux contrats, tant pour leur formation que pour leur conditions et effets, (est) celle que les parties ont adoptée". Daarmee nam het de stelling over die het Franse Hof van Cassatie reeds in zijn arrest van 5 december 1910(38) had geformuleerd. In het arrest van 27 november 1974(39) bevestigde het Belgische Hof impliciet zijn standpunt. Nog geen jaar later voegde het daar in zijn arrest van 21 februari 1975(40) aan toe dat "de op de contracten toepasselijke wet niet slechts hun voorwaarden en gevolgen, maar ook hun totstandkoming en dus hun bestaan beheerst".

13. Hierbij moet men zich goed voor ogen houden dat het Hof zich bekent tot de idee van de suprematie van de enkele wil van de partijen. Het Hof geeft immers in geen enkel van zijn arresten (subsidiare) aanknopingsfactoren aan voor het geval er van een wilsuïting helemaal geen sprake zou zijn. De rechter moet dus willens nillens de "wil" van de partijen opsporen. Bijzonder interessant zijn de ideeën die Vander Elst hierover formuleert(41). Deze auteur stelt dat er, m.b.t. de problematiek die onze aandacht gaande houdt, theoretisch vier mogelijkheden zijn om wetsconflicten op te lossen. Eén daarvan is de toepassing van het systeem van de "rattachement subjectif absolu" (42) dat hij als volgt omschrijft: "... tout est laissé à la volonté des parties, et c'est dans cette volonté seule qu'il faut, du moins en ordre principal, chercher la solution du conflit de lois. Quand la Cour de cassation de Belgique affirme que ... (hier volgt de weergave van de bewoordingen van het arrest van 24 februari 1938), ..., c'est le système du rattachement subjectif absolu qui est consacré. Aucune limite n'est imposée expressément à ce choix" (43).

14. Door toepassing van dit systeem houdt ons Hof er een andere visie op na dan vele andere hoogste rechtscolleges, zoals bijvoorbeeld het

(38) Cass. fr., 5 december 1910, *R.C.D.I.P.*, 1911, 395.

(39) Cass., 27 november 1974, *Arr.Cass.*, 1975, 373; *Pas.*, 1975, I, 343; *R.C.D.I.P.*, 1976, 660, noot GOTHOT, P. Het arrest werd, voorzien van commentaar, opgenomen in: RIGAUX en ZORBAS, *o.c.*, 406-413.

(40) Cass., 21 februari 1975, *Arr.Cass.*, 1975, I, 705; *R.C.J.B.*, 1976, 8, noot VAN HECKE, G.

(41) VANDER ELST, R., "L'autonomie de la volonté en droit international privé français et belge", in *Liber amicorum professor baron Louis Frédéricq*, II, Gent, Story-Scientia, 1966, 977-997; —, *o.c.*, 143-150.

(42) De overige systemen zijn deze van de "rattachement objectif a priori", de "rattachement objectif a posteriori" en de "rattachement subjectif limité". Men vindt ze besproken bij VANDER ELST, *Droit international privé belge et droit conventionnel international*, I, *Conflits de lois*, 143-146.

(43) *Ibid.*, 145.

Franse(44), die boven of naast de toepassing van de *lex contractus* plaats laten voor (subsidiare) objectieve aanknopingsfactoren.

15. Betekent dit nu dat de Belgische rechter steeds het door de partijen gekozen recht zal toepassen? Natuurlijk niet. Hierboven (nr. 11) wees ik reeds, bij wijze van voorbeeld, op de werking van de exceptie van internationaal privaatrechtelijke openbare orde.

#### D. UITING VAN RECHTSKEUZE

##### 1. *Algemeen*

16. Nu wij weten dat in de meeste rechtsstelsels ter wereld de principes van wilsautonomie en vrijheid van rechtskeuze aanvaard worden (supra; nr. 11), stelt zich de vraag op welke wijze(n) die rechtskeuze zich kan uiten. Algemeen wordt deze expressie op twee verschillende manieren mogelijk geacht: de rechtskeuze kan uitdrukkelijk of stilzwijgend geschieden. Daarnaast wordt vaak gesproken over een derde procédé om te besluiten tot de toepasselijkheid van een bepaald recht op een bepaalde overeenkomst: het naspeuren van de vermoedelijke wil van de partijen. (45)

17. Voorafgaandelijk moet wel opgemerkt worden dat het bepalen van de op een overeenkomst toepasselijke wet een totaal andere problematiek behelst dan het interpreteren van betwiste clausules van die overeenkomst. De interpretatie van dergelijke clausules zal gebeuren door toepassing van de regels daartoe vervat in de *lex contractus* (46). Het probleem dat zich hier stelt, gaat daaraan vooraf en wordt opgelost door toepassing van de interpretatieregels van de *lex fori* die, zoals ik zonet nogmaals opmerkte, haast alle uitgaan van de principes van wilsautonomie en vrijheid van rechtskeuze.

(44) *Ibid.*, 147-148.

(45) Zie hierover o.a.: BOURGUIGNON, P., "L'autonomie de la volonté dans le système belge de droit international privé", *Rev. Dr. Int. Comp.*, 1950, (42), 51-52; LAURENT, F., *Le droit civil international*, VII, Brussel, Bruylant, 1881, nr. 430; RABEL, o.c., 369-370; STEFANESCO, L.N., *De l'interprétation de la volonté des parties dans les contrats en droit international privé*, Parijs, Arthur Rousseau, 1905, 103-105; YNTEMA, H.E., "Autonomy in choice of law", *The American journal of comparative law*, 1952, (341), 348-353.

(46) HERBOTS, l.c., 500-504; —, "Incorporatie van vreemd recht in een overeenkomst", *T.P.R.*, 1981, (41), 50-53; STEFANESCO, o.c., 8-9 merkt op: "En dehors de la question de l'interprétation des clauses équivoques et obscures des actes juridiques, il y en a une autre, et de beaucoup la plus importante: ... déterminer la loi qui régira l'acte. Et par là, nous voulons faire une distinction, qui n'a pas toujours été faite par la doctrine..., entre la question de l'interprétation proprement dite d'une convention, et celle de savoir par quelle loi le contrat est régi en droit international privé".

18. Van een *uitdrukkelijke rechtskeuze* is er sprake wanneer de partijen in hun contract een clause hebben ingelast die expliciet refereert naar een bepaald recht. In een dergelijk geval stellen zich geen problemen. De rechter weet onmiddellijk welk recht hij op de betwiste overeenkomst moet toepassen.

19. Een *stilzwijgende rechtskeuze* daarentegen maakt het de rechter al wat moeilijker. Met een dergelijke keuze wordt men geconfronteerd telkens de partijen niet uitdrukkelijk een bepaald recht tot *lex contractus* hebben verklaard, doch niettemin uit de elementen en omstandigheden van de zaak de wil van de partijen om een bepaald recht te kiezen, kan worden gedistilleerd (47).

20. Op welke elementen mag de rechter zich dan beroepen om te besluiten dat de partijen een welbepaald recht op hun overeenkomst willen toegepast zien? Begin deze eeuw nam men dienaangaande een zeer liberaal standpunt in. Getuige hiervan de woorden van Stéfanesco: "... les juges seuls sont compétents et la plus grande latitude doit leur être accordée, dans l'appréciation des éléments qui peuvent constituer une convention tacite des parties" (48).

Ook in meer recente tijden blijkt men daar zeer open tegenover te staan. Beroep op tal van elementen wordt mogelijk geacht, zowel elementen van intrinsieke aard, d.i. gegevens geput uit "l'expression verbale" (49) van de overeenkomst, als elementen van extrinsieke aard, d.i. "faits et circonstances pris en dehors de l'expression verbale de la convention" (50). (Over de vraag of het intrinsiek of extrinsiek zijn van bepaalde elementen moet beoordeeld worden t.a.v. de overeenkomst als instrumentum of als negotium: *infra*; nrs. 29-33). De daarbij gevolgde internationaalprivaatrechtelijke methode, de *indiciënleer*, bestaat hieruit dat wordt nagegaan met welk land het contract de nauwste band vertoont en welk dus het recht is dat op de overeenkomst moet toegepast worden. Het is immers logisch te veronderstellen dat het land waarmee de rechtsverhouding de sterkste bindingen heeft, ook datgene is waarvan de partijen het recht toegepast willen zien. Zo sommen diverse auteurs een aantal *indiciën* op. Van Hecke, bijvoorbeeld, vermeldt volgende elementen: taal waarin de overeenkomst is opge-

(47) Vergelijk: HERBOTS, "De internationale overeenkomst. Incorporatie van vreemd recht", 491; —, "Incorporatie van vreemd recht in een overeenkomst", 44; LAURENT, *o.c.*, nr. 432; RABEL, *o.c.*, 386 drukt zich als volgt uit: "Parties agree tacitly to the application of a particular law when their behavior shows their obligations to be intentionally connected with the private law of a certain country".

(48) STEFANESCO, *o.c.*, 105. Over de invloed van een dergelijke zienswijze op de redactie van art. 2 lid 2: *infra*; nr. 38.

(49) G., noot onder Cass., 8 december 1930, *Pas.*, 1931, I, 7.

(50) *Ibid.*, 7.

steld, munt waarin de verplichtingen zijn uitgedrukt, gebruikte formulieren, gebruikte begrippen, bevoegdheidsclausule, plaats waar de overeenkomst is tot stand gekomen, plaats van uitvoering van de overeenkomst, gemeenschappelijke nationaliteit van de partijen, woonplaats van de overheersende partij, ligging van het voorwerp (51).

21. Zoals hierboven reeds vermeld (nr. 16), wordt vaak naast expliciete en impliciete wil van de partijen ook nog die situatie onderscheiden waarin er van een wilsuiting helemaal geen sprake is en de partijen zich niet hebben afgevraagd welk recht zij op hun overeenkomst toegepast willen zien. D.i. de problematiek van de *vermoedelijke wil* (52).

Dit probleem uit zich in een vraag als: "Welke wet zouden de partijen gekozen hebben, hadden zij eraan gedacht de toepasselijke wet te bepalen?" (53). Een hele resem criteria die de rechter moeten helpen de vermoedelijke partijwil op te sporen, wordt dan opgesomd. Deze indicïën blijken echter vaak dezelfde te zijn als deze zopas genoteerd om de impliciete wil van de partijen na te gaan (54). In de praktijk blijkt het onderscheid tussen de stilzwijgende en de vermoedelijke partijwil dus niet altijd gemakkelijk te handhaven (55).

22. M.i. is een dergelijk ver doorgedreven onderscheid in het onderzoek van de diverse subjectieve toestanden van de partijen dan ook grotendeels juridische haarkloverij. In vele gevallen zullen de partijen er inderdaad helemaal niet aan gedacht hebben welke wet op hun overeenkomst toepasselijk is. Er kan dan bezwaarlijk van een "commune intention des parties" (56) gesproken worden en de verleiding is dan groot om in het kader van een aparte categorie na te gaan "ce qu'aurait été la volonté des parties si elles avaient prévu ce qui a échappé à leur vigilance" (57). Het lijkt mij echter niet nodig een bijkomende distinctie aan de bestaande tweespalt toe te voegen. Terecht noemt Yntema deze categorie "a fictitious construction" (58) en spreekt de Rechtbank van Koophandel van Brussel in een vonnis van 28 novem-

(51) VAN HECKE, *o.c.*, 144-145; —, *American-Belgian international private law*, New York, Oceana Publications, 1968, 73.

(52) Over de invloed van een dergelijke zienswijze op de redactie van art. 2 lid 2: *infra*; nr. 38.

(53) GANSHOF, *Internationaal privaatrecht*, Brussel, VUB, 1983, 180. Zie ook: RABEL, *o.c.*, 432-433; RIGAUX, *o.c.*, nrs. 1135-1136.

(54) GANSHOF, *o.c.*, 180-181; RABEL, *o.c.*, 434.

(55) Zie ook: RABEL, *o.c.*, 387: "... the borderline between tacit and presumed intention is often dubious".

(56) DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, nr. 562.

(57) *Ibid.*, nr. 563 B.

(58) YNTEMA, *l.c.*, 352.

ber 1969 (59) van "l'optimisme excessif de l'aveugle qui pénètre dans une chambre obscure pour y prendre un chapeau noir qui ne s'y trouve pas". Het lijkt dus correcter, in de gevallen waarin één of meerdere van de hierboven (nr. 20) vermelde indicieën voorhanden zijn, te besluiten tot het bestaan van een "stilzwijgende rechtskeuze" - die hierdoor a.h.w. tot een goed, of althans beter, afgebakende juridisch -technische categorie promoveert - en in de gevallen waarin dat niet zo is, te poneren dat er van een wilsuïting helemaal geen sprake is. In dat laatste geval kan men dan het toepasselijke recht op een andere wijze bepalen, bijvoorbeeld door het spel van wettelijke vermoedens (60), door objectieve localisatie, door toepassing van een wettelijk vastgelegde regel (61).

## 2. In België

23. Ook in ons land wordt aangenomen dat, wanneer de rechtskeuze door de partijen niet expliciet gebeurde, de rechter de stilzwijgende of de vermoedelijke wil van de partijen moet nagaan (62), m.a.w. de rechter moet de overeenkomst wat dat punt betreft interpreteren, hij moet nasporen welk recht de partijen op hun contract versterken toe te passen (63). Dit principe ligt vervat in art. 1156 B.W.: "Men moet in de overeenkomsten nagaan welke de gemeenschappelijke bedoeling van de contracterende partijen is geweest ...".

(59) Aangehaald bij: RIGAUX, *o.c.*, nr. 1134.

(60) Zie hierover: STEFANESCO, *o.c.*, 108-124.

(61) BOURGUIGNON, *l.c.*, 51 drukt deze gedachte als volgt uit: "... le juge recherchant la volonté implicite jusqu'à une certaine limite (volonté tacite) et se référant à une règle de conflit fixe dès que sa conviction est faite qu'aucune volonté n'a été indirectement exprimée".

(62) Zie bijvoorbeeld: Kh. Kortrijk, 8 november 1962, *R.W.*, 1963-64, 830: "... partijen in beginsel vrij zijn het op hun rechtsverhoudingen toepasselijke recht te bedingen hetzij door een uitdrukkelijke wilsuïting, hetzij door een stilzwijgende maar duidelijk-blijkende wilsuïting, hetzij door de vermoedelijke wil van de partijen"; Kh. Kortrijk, 15 juni 1964, *R.W.*, 1964-65, 272: "Overwegende dat inzake koop-verkoop van roerende goederen, de wet van de autonomie der partijen geldt ... overwegende dat de wilsuïtdrukking stilzwijgend kan geschieden ... overwegende dat bij ontstentenis van uitdrukkelijke of stilzwijgende wilsuïting, de vermoedelijke wil de "lex contractus" bepaalt ...".

(63) Over de interpretatieproblematiek: DE CALLATAY, E., *Etudes sur l'interprétation des conventions*, Brussel, Bruylant, 1947, 175 p.; DEKKERS, R., *Handboek burgerlijk recht*, II, Brussel, Bruylant, 1971, nrs. 108-110; DE PAGE, *o.c.*, nrs. 560-571; KLUYSKENS, A., *Beginselen van burgerlijk recht*, I, Brussel, Standaard, 1943, nrs. 84-86; LAURENT, F., *Principes de droit civil*, XVI, Brussel, Bruylant, 1878, nrs. 500-513; VANDEPUTTE, R., *De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, Brussel, Larquier, 1977, 103-116.

24. Men aanvaardt eveneens dat de rechter daarbij beroep mag doen op zowel *intrinsieke* als *extrinsieke* elementen (64). Dat de rechter zich mag baseren op intrinsieke gegevens is evident. Dat ook uit extrinsieke elementen mag geput, leek aanvankelijk minder vanzelfsprekend, maar werd ondertussen lang aanvaard. Zo poneerde Laurent reeds, zich baserend op oude Franse rechtspraak: "... est-ce dans l'acte seul que le juge doit chercher ce que les parties ont voulu, ou peut-il consulter les circonstances de la cause et même d'autres écrits émanés des parties? On s'accorde à admettre que le juge peut puiser les éléments de sa conviction en dehors de la convention ... soit dans les faits, soit dans les écrits" (65). In zijn arrest van 17 november 1932 (66) bevestigde het Hof van Cassatie dit principe in niet mis te verstane bewoordingen: "... en vertu de l'article 1156 du Code civil, le juge du fond avait dès lors le pouvoir et le devoir de fixer le sens de celle-ci (la disposition querellée) en recherchant quelle avait été la commune intention des parties; que pour la détermination de cette volonté commune, il lui appartenait de puiser les éléments de sa conviction dans toutes les circonstances extrinsèques soumises à son appréciation". De rechtsleer is unaniem dezelfde mening toegedaan (67).

25. Ook de rechtspraak zoekt, in die gevallen waarin zich een wetsconflict voordoet dat niet dadelijk kan opgelost worden wegens het ontbreken van een uitdrukkelijke rechtskeuze, zonder schroom op basis van intrinsieke én extrinsieke elementen naar de stilzwijgende wil van de partijen (68).

(64) Zie literatuur geciteerd in vorige noot.

(65) LAURENT, *Principes de droit civil*, nr. 503, p. 583.

(66) Cass., 17 november 1932, *Pas.*, 1933, I, 9.

(67) Zie literatuur geciteerd in noot (63).

(68) Zie bijvoorbeeld volgende gevallen: Brussel, 21 oktober 1966, *Rechtspr. Antw.*, 25: "Aangezien voor het wetgevingsconflict dat ingevolge al deze omstandigheden ontstaat, partijen geen uitdrukkelijke oplossing hebben voorzien, zodat het past desaan gaande hun eventueel impliciet inzicht op te sporen". Het Hof doet vervolgens beroep op extrinsieke elementen (het reeds gedurende geruime tijd bestaan van soortgelijke handelsbetrekkingen tussen de partijen, betalingen aan een Engelse bank in Engelse munt) en een intrinsiek element (een cognossemmentsclausule verwijzend naar het Engelse recht als toepasselijk recht in andere geschillen dan onderhavige betwisting) om te besluiten dat "in afwezigheid van welkdanige expliciete wilsuitdrukking, partijen stilzwijgend doch ondubbelzinnig ... hun verplichtingen aan de Engelse wet ... hebben onderworpen"; Cass., 27 november 1974, vindplaatsen reeds geciteerd in noot (39): "... à défaut de stipulation expresse constatant la volonté des parties le juge peut, en cas de conflit de lois, rechercher dans les éléments de la cause à quelle loi elles ont entendu soumettre leurs engagements contractuels". Het Hof constateert vervolgens dat de feitenrechter zich zowel op extrinsieke elementen (de handelszaak moest naar Frans recht geëxploiteerd worden, de partijen hadden de problemen reeds overdacht, de betaling moest in Frankrijk gebeuren in Franse munt) als op intrinsieke elementen (het Franse recht werd als toepasselijk recht gekozen m.b.t. andere problemen, een typeformule werd geput uit Franse gebruiken) had gebaseerd om de op de overeenkomst toepasselijke wet te bepalen en keurt

## E. PROBLEEMSTELLING

26. De vraag die nu oprijst, kan als volgt geformuleerd worden : Mag de Belgische rechter bij het ontbreken van een uitdrukkelijke rechtskeuze in een internationale koopovereenkomst die onder het toepassingsgebied van het verdrag valt, zijn traditionele interpretatiemethodiek hanteren, of dient hij, met de zinsnede voor ogen dat de aanwijzing van het toepasselijke recht "onbetwifelbaar (moet) voortvloeien uit de bepalingen van de overeenkomst", van zijn gevestigde interpretatiebeginselen af te wijken? Concreet: Is er een verschil tussen het achterhalen van een stilzwijgende rechtskeuze op de manier waarop de Belgische rechter dit traditioneel doet en het naspeuren van die rechtskeuze op basis van aanwijzingen die onbetwifelbaar uit de bepalingen van de overeenkomst voortvloeien en, zo ja, waaruit bestaat dan dit verschil? Meer nog: Staat het verdrag een stilzwijgende rechtskeuze en het nagaan daarvan überhaupt nog wel toe?

## F. BETEKENIS VAN DE ZINSNEDE "ONBETWIJFELBAAR VOORTVLOEIEN UIT DE BEPALINGEN VAN DE OVEREENKOMST"

### 1. Inleidende opmerkingen

27. Bij aandachtige lectuur van art. 2 lid 2 van het verdrag valt op dat deze bepaling niet alleen de mogelijkheden expliciteert volgens dewelke de partijen een geldige rechtskeuze kunnen verrichten, maar tevens - en wellicht zelfs in eerste instantie - een *interpretatievoorschrift* bevat gericht tot de rechter. Hem wordt immers opgedragen slechts rekening te houden met een rechtskeuze die uitdrukkelijk geschiedde of onbetwifelbaar voortvloeit uit de bepalingen van de overeenkomst. Zo dat niet het geval is, zal hij de regel vervat in art. 3 van het verdrag moeten toepassen (supra; nr. 11).

28. De enkele tekst van het verdrag wijst er dus reeds op dat de opsteller de interpretatievrijheid van de rechter aan banden wensten te leggen. Dit wekt geen verwondering. Hierboven wees ik reeds op de verre gaande beoordelingsmarge die aan de rechter op het einde van de 19de en aan het begin van de 20ste eeuw werd toegekend (nr. 20). Dat dit vaak uitmondde in het aannemen van een "wil" van de partijen daar waar die eigenlijk ver te zoeken was, hoeft geen betoog (69). De

deze werkwijze goed.

Enige beschouwingen m.b.t. ten overstaan van wat, het contract-negotium of het contract-instrumentum, men het intrinsiek of extrinsiek zijn, moet bepalen: infra; nrs. 29-33.

(69) DE PAGE, o.c., nr. 563 B drukt zich treffend als volgt uit: "L'admission des volontés



auteurs van het verdrag waren zich hiervan terdege bewust en wensten dan ook daadwerkelijk tegen deze gang van zaken op te treden: "... demandaient que l'on tint compte de la volonté *tacite*, aussi bien que de la volonté exprimée. C'est en effet le principe suivi à l'heure actuelle en jurisprudence. Mais on sait quelles vives critiques il a suscitées. Il crée l'incertitude, si néfaste au commerce, car il permet toujours au juge, sous prétexte de recherche de la volonté tacite des parties, d'appliquer telle ou telle loi à laquelle celles-ci n'avaient peut-être même pas songé" (70). En verder: "On sait en effet que lorsque les contractants n'ont pas précisé la loi à laquelle ils entendent se soumettre, les tribunaux recherchent leur volonté tacite ou déterminent la loi applicable en se fondant sur des prescriptions de volonté. Mais les présomptions que l'on pose à cet égard dans les différents pays sont loin d'être les mêmes: aussi aboutit-on en pratique à une variété de décisions telle que l'on ne peut jamais savoir quelle loi sera appliquée en fait à un contrat; cela dépendra beaucoup du juge saisi de la contestation. Le grand avantage du projet, ..., sera de substituer à la fantaisie et à la diversité actuelle la détermination d'une loi identique et sur l'application de laquelle les parties pourront alors compter par avance" (71). De bedoeling van de opstellers blijkt ook uit de uitleg verschaft bij de term "indubitablement": "on a voulu par là tracer une limite aux investigations du juge, celui-ci ne doit pas scruter les termes du contrat, si ceux-ci sont ambigus et laissent place à un doute sérieux: il faut, pour déclarer telle loi applicable, de par la volonté des parties, que celle-ci soit manifeste et ne se prête pas à une contestation sérieuse" (72). (Over de vraag of het verdrag de stilzwijgende rechtskeuze al dan niet uitsluit: *infra*; nrs. 34-41).

2. *De betekenis van "overeenkomst" in art. 2 lid 2 zinsdeel 2 (verder: art. 2 lid 2,2)*

29. Verwijzen de auteurs van het verdrag door het gebruik van de term "overeenkomst" naar het instrumentum of het negotium? Deze vraag lijkt op het eerste gezicht niet zonder belang. Van het antwoord daarop hangt immers af welke elementen als intrinsiek aan het contract en welke elementen als extrinsiek daaraan zullen worden beschouwd. En dat is mede bepalend voor het inschatten van de impact van art. 2 lid 2,2 op de interpretatiemethodiek van de Belgische rechter. Zo kan men, bijvoorbeeld, stellen dat de plaats van uitvoering van de overeen-

"*implicites*" n'est qu'une élégante excuse, car la vérité est, le plus souvent, que les parties n'ont rien voulu du tout".

(70) Verslag Julliot de la Morandière, *o.c.*, 24.

(71) *Ibid.*, 25.

(72) *Ibid.*, 24.

komst intrinsiek is aan het contract-negotium, maar extrinsiek aan het contract-instrumentum, zeker wanneer daaromtrent in de akte niets werd bepaald.

30. De opstellers van het verdrag dachten bij het gebruik van "overeenkomst" duidelijk aan het negotium. Dan blijkt uit de, in een stemming aanvaarde (73), reactie van Julliot de la Morandière, voorzitter van de bijzondere commissie, op een voorstel van de Zwitserse delegatie dat ertoe strekte de woorden "des dispositions du contrat", te vervangen door "de l'accord des parties" (74), blijkbaar om dus explicieter het negotiumkarakter te benadrukken. Julliot de la Morandière antwoordde hierop dat "le contrat de vente (n'est) pas soumis à la forme écrite" en dat "la clause expresse peut être verbale" (75). Dit wijst er m.i. duidelijk op dat wat geviseerd werd niet de koopakte is, het document of instrumentum, doch wel de globale overeenkomst, het negotium. Julliot de la Morandière oordeelde blijkbaar dat de gebezigde terminologie voor zichzelf sprak en geen explicitering behoefde.

31. Vanuit praktisch oogpunt bekeken, is dat alles echter nogal irrelevant. Wanneer in een concreet geschil omtrent één of andere overeenkomst - het hoeft dus niet eens om een koopovereenkomst te gaan en a fortiori niet om één die onder het toepassingsgebied van het verdrag valt - de rechter geconfronteerd wordt met een probleem van toepasselijk recht en hij dienaangaande de al dan niet uitdrukkelijke wil van de partijen moet nagaan, stelt zich voor de partijen die zich op één of andere rechtskeuze beroepen, het probleem dat zij die moeten *bewijzen* en voor de rechter dat hij dat op één of andere wijze moet kunnen controleren. Haast noodzakelijk zal men in een dergelijk geval beroep moeten doen op een geschrift, het contract-instrumentum, zodat het bepalen van intrinsieke en extrinsieke elementen van de overeenkomst zal neerkomen op het determineren van die elementen t.a.v. die welbepaalde akte.

32. Dit werd vermoedelijk ook aangevoeld door bepaalde leden van de bijzondere commissie, zoals blijkt uit de woorden van Frédéricq wanneer hij zich tijdens één van de bijeenkomsten uitspreekt voor de vereiste van een geschreven clause van uitdrukkelijke rechtskeuze: "Pour savoir exactement quand le choix des parties sera effectif, n'est-ce pas préférable d'exiger une clause écrite, dans l'intérêt de la sécurité des relations commerciales?" (76). En uit de instemming daarmee van

(73) Actes, o.c., 42-43.

(74) *Ibid.*, 41.

(75) *Ibid.*, 42.

(76) *Ibid.*, 42.

de Zwitserse afgevaardigde Sauser-Hall: "Au sens du projet, une clause expresse ne peut être qu'écrite, vu la difficulté de la preuve de la clause verbale" (77).

33. In de praktijk zullen betwistingen zich dus haast steeds voordoen n.a.v. een geschreven document. Wanneer ik dus in wat volgt, spreek over elementen die intrinsiek of extrinsiek zijn aan een bepaalde overeenkomst, bedoel ik daarmee een overeenkomst in de betekenis van instrumentum.

### 3. *Evidentie*

34. Prima facie lijkt de tekst van art. 2 lid 2,2 erg duidelijk en schijnt niets zich te verzetten tegen de toelaatbaarheid van een stilzwijgende rechtskeuze door de partijen en de naspeuring ervan door de rechter. Doch eveneens op basis van de enkele tekst van dat artikel kan zonder meer gesteld worden dat de klassieke interpretatiemethode door de Belgische rechter daarbij gevolgd, niet langer kan gehandhaafd worden t.a.v. overeenkomsten die onder het toepassingsgebied van het verdrag vallen.

Zoals hierboven reeds uiteengezet werd (nrs. 24-25), impliceert dat immers een beroep op elementen extrinsiek aan de overeenkomst. Wanneer daarentegen art. 2 lid 2,2 stelt dat de aanwijzing van het toepasselijke recht onbetwifelbaar moet voortvloeien *uit de bepalingen van de overeenkomst*, laat dit geen plaats meer voor elementen vreemd aan die bepalingen zelf.

Met welke gegevens mag de rechter dan nog wel rekening houden bij het bepalen van het toepasselijke recht? Een antwoord hierop kan enkel verkregen worden door een grondige analyse van de voorbereidende werken van het verdrag zelf, een onderzoek van de voorbereidende werken van de Belgische goedkeuringswet en de binnen- en buitenlandse rechtsleer; een onderzoek van de rechtspraak kan de gedane bevindingen aanvullen en/of nuanceren (infra; nrs. 35-64).

### 4. *De voorbereidende werken van het verdrag*

35. Het verslag van Julliot de la Morandière verschaft ons omtrent de betekenis van de onderzochte zinsnede tal van waardevolle aanwijzingen. In één welbepaalde passage wordt zeer concreet de betekenis van art. 2 lid 2,2 nagegaan en komt expliciet de wijze van rechtskeuze door de partijen aan bod. Deze passage luidt als volgt: "Doit-on cependant exiger toujours ... une clause sacramentelle disant: "Le contrat sera

(77) *Ibid.*, 42.

soumis à la loi anglaise” p.ex. Il a semblé au Comité que ce serait faire preuve d’un formalisme exagéré: *tout ce que l’on peut vouloir, c’est que les parties aient prévu le problème, soient tombées d’accord, pour le résoudre, en faveur de l’application de telle loi et aient laissé apparaître leur volonté dans les termes de leur contrat: celui-ci, par exemple, est rédigé en anglais, il contient des clauses reproduisant les solutions du droit anglais, il est copié sur un contrat-modèle de droit anglais, il n’est pas douteux que les parties ont voulu l’application de ce droit* (eigen cursivering). Aussi le texte du projet permet-il qu’à défaut de clause expresse, la désignation de la loi applicable puisse “résulter indubitablement des dispositions du contrat”. “Résulter des dispositions du contrat”, *c’est le système de la preuve intrinsèque* (eigen cursivering), le juge ne pourra fonder sa décision, pour déclarer telle ou telle loi applicable, que sur *les clauses du contrat* (eigen cursivering), sur les déclarations mêmes des parties, à *l’exclusion de toutes circonstances extérieures* (eigen cursivering); - “indubitablement”, on a voulu par là tracer une limite aux investigations du juge, *celui-ci ne doit pas scruter les termes du contrat, si ceux-ci sont ambigus et laissent place à un doute sérieux: il faut, pour déclarer telle loi applicable, de par la volonté des parties, que celle-ci soit manifeste et ne se prête pas à une contestation sérieuse* (eigen cursivering)” (78).

36. Op basis van de enkele lectuur van dit gedeelte uit de voorbereidende werken, lijkt de besproken problematiek nauwelijks vragen op te roepen. Deze passage noopt immers spontaan tot enige conclusies waartegen op het eerste gezicht niets in te brengen valt.

Vooreerst lijkt men zich hier duidelijk uit te spreken voor de toelaatbaarheid van de stilzwijgende rechtskeuze. Julliot de la Morandière onderzoekt immers zeer nauwgezet aan de hand van het “Engelse voorbeeld” die situatie waarin er van een uitdrukkelijke rechtskeuze (supra; nr. 18) geen sprake is en de partijen op een meer indirecte wijze hun wil te kennen hebben gegeven, wat stilzwijgende rechtskeuze genoemd wordt (supra; nr. 19).

Vervolgens wordt geponeerd dat het uit de elementen van de overeenkomst zelf is, en nergens anders, dat de rechter zijn wijsheid moet halen: “c’est le système de la preuve intrinsèque”.

Ten derde blijkt uit de geciteerde passage op onbetwistbare wijze dat men de interpretatievrijheid van de rechter nog verder wenst te beperken. De rechter mag uit dubbelzinnige en twijfelachtige termen geen conclusies m.b.t. de rechtskeuze trekken. De wil van de partijen moet manifest zijn en mag niet voor enige ernstige betwisting vatbaar zijn.

(78) Verslag Julliot de la Morandière, o.c., 24.

Tenslotte verschaft het gebruikte voorbeeld ons een bijzonder praktische indicatie aangaande de wijze waarop de rechter bij afwezigheid van uitdrukkelijke rechtskeuze in een concreet geval tewerk moet gaan. Julliot de la Morandière somt drie elementen op die wijzen in de richting van de toepasselijkheid van het Engelse recht. Deze elementen zijn duidelijk niet disjunctief (nergens is er sprake van "ou"), maar wel cumulatief: blijkbaar moeten er dus meerdere aanwijzingen in de richting van een bepaald recht voorhanden zijn en is één enkele indicatie verre van voldoende, want te onzeker en dus niet "indubitable".

37. De prima facie-bevinding dat stilzwijgende rechtskeuze door de partijen toegestaan is en door de rechter mag nagespeurd worden, zij het binnen bepaalde grenzen, wordt echter ondermijnd door andere fragmenten uit het verslag en de voorbereidende werken.

Zo stelt het verslag: "c'est seulement à défaut de volonté expresse... par les contractants, que l'on fixe la loi applicable" (79); "la désignation ne puisse être ... tacite" (80); zie ook de reeds eerder geciteerde passages in nr. 28.

Daartegenover staan dan enige opmerkingen die in de loop der discussies in de bijzondere commissie door bepaalde sprekers werden geformuleerd. Zo oordeelde de Zwitserse afgevaardigde Gutzwiller dat het amendement door zijn delegatie voorgesteld en ertoe strekkend de woorden "des dispositions du contrat" te vervangen door "de l'accord des parties" (supra; nr. 30) ertoe strekte "d'éviter que le juge puisse créer une volonté fictive des parties sous prétexte d'interpréter leur volonté soidisant tacite" (81). En de Zweedse gedelegeerde Bagge merkte op: "On a parlé d'une clause expresse, ..., mais il suffit que la désignation résulte indubitablement des dispositions du contrat" (82). Deze uitspraken wijzen m.i. eerder in de richting van de principiële toelaatbaarheid van een stilzwijgende rechtskeuze. De Japanse afgevaardigde Saito wenste echter de afschaffing van gans het art. 2 lid 2 "pour que le juge puisse tenir compte de la volonté présumée, tacite des parties" (83). Blijkbaar was dat, naar zijn mening, met de voorgestelde tekst niet mogelijk. Bemerkt overigens het bijzonder verwarrend en slordig taalgebruik: de veronderstelde en de stilzwijgende rechtskeuze worden door Saito blijkbaar gelijkgeschakeld.

38. M.i. is de tegenstrijdigheid die uit de voorbereidende werken naar voor komt het gevolg van een verkeerd begrip van de juridisch-techni-

(79) *Ibid.*, 21.

(80) *Ibid.*, 25.

(81) *Actes, o.c.*, 42.

(82) *Ibid.*, 42.

(83) *Ibid.*, 42.

sche categorieën “uitdrukkelijke rechtskeuze” en “stilzwijgende rechtskeuze” in hoofde van de opstellers van het verdrag. Dezen waren er zo op gebrand de in hun ogen al te vrije interpretatiemethodes van heel wat nationale rechters te beperken - vergeten wij niet dat de eerste discussies omtrent het verdrag reeds plaats vonden tijdens de zesde sessie van de Conferentie, in 1928 dus (supra; nr. 5) en men toen kordaat wenste op te treden tegen de vlotheid waarmee de rechters stilzwijgende wilsuïtingen aanwezig achtten (supra, nr. 20) - dat zij de verschillende methodes die er ook maar enigszins toe neigden de rechter een in hun ogen al te discretionaire bevoegdheid te verlenen, stevig aan banden wensten te leggen. Dus wellicht ook de stilzwijgende rechtskeuze die maar al te vaak uitmondde in de keuze van het toepasselijke recht door de rechter en niet door de partijen.

Wat deze “founding fathers” echter met de lippen verketterden, aanbaden zij met de geest. Want door eenvoudigweg de juridische categorie van de “uitdrukkelijke rechtskeuze” te verruimen, te herdefiniëren a.h.w., en daarin onder te brengen de rechtskeuze die wij eigenlijk als “stilzwijgend” moeten bestempelen, lieten zij de facto deze rechtskeuze toe. M.a.w. voor hen werd “onbetwifelbaar voortvloeiende uit de bepalingen van de overeenkomst” haast synoniem voor een uitdrukkelijke rechtskeuze (84). Voor hen is een dergelijke rechtskeuze dus niet enkel mogelijk door inlating van een clause in het contract die expliciet naar een bepaald recht verwijst, maar ook door aanduiding van een recht op een wijze die onbetwifelbaar voortvloeit uit de bepalingen van de overeenkomst. Dit blijkt m.i. het duidelijkst uit volgende passage uit het verslag: “... il faut donner aux individus plus de sécurité et exiger d'eux qu'ils prévoient expressément la loi à laquelle ils veulent se soumettre; s'ils ne le font pas, le traité, ..., déterminera la législation applicable (eigen cursivering) ... Doit-on cependant exiger toujours ... une clause sacramentelle (eigen cursivering) disant: “Le contrat sera soumis à la loi anglaise” ... Il a semblé au Comité que se serait faire preuve d'un formalisme exagéré (eigen cursivering): tout ce que l'on peut vouloir, c'est que les parties aient prévu le problème, soient tombées d'accord, ... et aient laissé apparaître leur volonté dans les termes de leur contrat ...” (85).

(84) Gelijkaardige gedachten lijken ook door het hoofd te hebben gespeeld van GUTZWILLER, M., “Das Kaufrecht”, in *Beiträge zum Haager Internationalprivatrecht*, deel *Kaufrecht-Gesellschaftsrecht*, Freiburg, Universitätsbuchhandlung, 1952, (1), 48: “... wenn eine Parteiwahl “ressort indubitablement des dispositions du contrat”, dann ist die Grenze zwischen “ausdrücklicher” und “stilzweigender” Willenserklärung in Tat und Wahrheit bis zur Unkenntlichkeit verwischt”.

(85) Verslag Julliot de la Morandière, o.c., 24.

39. Door de zaken zo te stellen, gaan de opstellers in tegen een gevestigde juridische terminologie. Van een "uitdrukkelijke rechtskeuze" is er immers slechts sprake in die gevallen waarin de partijen expliciet een bepaald recht op hun overeenkomst van toepassing hebben verklaard d.m.v. een daartoe bestemde clause (supra; nr. 18). Zo dat niet het geval is, kan er eventueel, d.i. wanneer de voorwaarden daartoe vervuld zijn, sprake zijn van een "stilzwijgende rechtskeuze" (supra; nr. 19).

Wanneer de geciteerde passages dus vanuit een correcte juridische invalshoek worden bekeken, dan moet men m.i. concluderen dat art. 2 lid 2,2 van het verdrag de stilzwijgende rechtskeuze door de partijen en de naspeuring ervan door de rechter geenszins uitsluit. Het enige wat het verdrag doet, is het gebruik van deze methode aan bepaalde beperkingen onderwerpen of, wanneer wij de bepaling vanuit het oogpunt van de rechter bekijken, een grens trekken aan dezès interpretatievrijheid: "tracer une limite aux investigations du juge" (86). Deze stelling vindt steun in de enkele tekst van het verdrag. Deze lijkt mij op dat punt bijzonder duidelijk te zijn en zich zeker niet tegen de methode van de stilzwijgende rechtskeuze te verzetten (supra; nr. 34). Dat argument lijkt mij ten eerste doorslaggevend: Cum in verbis nulla ambiguitas est, non est movenda voluntatis (van de opstellers; eigen toevoeging) quaestio.

40. Wanneer dan de concrete limieten moeten bepaald worden waarbinnen de stilzwijgende rechtskeuze aanvaardbaar is, lijkt mij de in nr. 35 geciteerde en in nr. 36 ontleedde passage de meest aangewezen bron. De conclusie die hieruit kan worden getrokken, meen ik (voorlopig; voor een definitief besluit: infra; nr. 50) als volgt te mogen formuleren: Het verdrag verzet zich niet tegen de stilzwijgende rechtskeuze door de partijen en het naspeuren ervan door de rechter. De rechter mag echter slechts tot de toepasselijkheid van een bepaald recht besluiten wanneer er meerdere, ondubbelzinnige en niet-tegenstrijdige intrinsieke elementen van de overeenkomst in de richting van dat recht wijzen. Onder geen enkele voorwaarde mag de rechter een beroep doen op elementen extrinsiek aan het contract.

41. Eén precisering moet hier nog aan toegevoegd worden. De term "overeenkomst" moet *in deze context* wat ruimer begrepen worden dan als "akte" stricto sensu (87). De Zweedse afgevaardigde Denmark stelde in de bijzondere commissie immers de vraag of voorafgaande

(86) *Ibid.*, 24.

(87) Zie ook: KAHN, *l.c.*, 322.

briefwisseling tot het contract moest gerekend worden (88). Julliot de la Morandière antwoordde daarop dat "la correspondance (fait) partie du contrat" (89). Dit wekt geen verwondering. Hierboven (nr. 30) bleek immers reeds dat wat de opstellers op het oog hadden het contract-negotium was. Daarvan maakt de voorafgaande briefwisseling zeker deel uit. Bovendien stelt het reeds eerder besproken bewijsprobleem (supra; nr. 31) zich hier niet. Briefwisseling is immers per definitie van "instrumentaire" aard.

##### 5. De voorbereidende werken van de Belgische goedkeuringswet

42. Enkel de Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende goedkeuring van het verdrag verschaft ons enige interessante aanwijzingen omtrent de interpretatie van art. 2 lid 2,2. De Memorie stelt m.b.t. de gekozen wet: "Indien zij niet in de overeenkomst tot uiting is gebracht, moet zij toch "onbetwifelbaar" uit de bepalingen daarvan voortvloeien. *De rechter moet de bewoordingen van de overeenkomst niet onderzoeken wanneer deze dubbelzinnig zijn; de wil van de partijen moet klaar blijken* (eigen cursivering). Indien hij niet klaar blijkt wordt de toepasselijke wet door art. 3 van het verdrag bepaalt. *Aldus, bijvoorbeeld, wanneer de partijen een scheidsman hebben aangewezen die onderdanig is van een bepaalde Staat, geldt die aanwijzing alleen niet als keuze van de toepasselijke wet* (eigen cursivering)" (90). M.b.t. de toepasselijkheid van art. 3 voegt de memorie daaraan toe: "Dit artikel bepaalt welke wet bij het stilzwijgen van de partijen van toepassing is. *Het vervangt het vroegere in elk land verschillende stelsel waarbij op vermoedens wordt gesteund om de werkelijke wil van de partijen te ontdekken*" (91).

43. De hierboven gecursiveerde zinnen liggen volkomen in de lijn van wat reeds werd opgemerkt aangaande de voorbereidende werken van het verdrag zelf. Het staat vast dat er voor dubbelzinnigheid en onduidelijkheid geen plaats meer is: "de wil van de partijen moet klaar blijken", d.i. er mag geen twijfel bestaan over de wet die de partijen op hun overeenkomst wensen toe te passen. Bijzonder veelzeggend is het voorbeeld dat wordt gegeven van een onvoldoende klare aanwijzing: de aanduiding van een arbiter die onderhorige van een bepaalde staat is; a contrario kan daaruit afgeleid worden dat wanneer deze aanduiding gepaard gaat met andere elementen er wél sprake is van een onbetwifelbare rechtskeuze - zo althans aan de andere, hierboven

(88) Actes, o.c., 42.

(89) *Ibid.*, 42.

(90) *Parl. St.*, Kamer, nr. 648/1, 3.

(91) *Ibid.*, nr. 648/1, 3.



opgesomde (nr. 40), voorwaarden is voldaan. Dit kwam ook reeds tot uiting in het voorbeeld dat door Julliot de la Morandière geformuleerd werd (supra; nr. 35). Beroep op vermoedens is uitgesloten.

## 6. De rechtsleer

44. De doctrine biedt m.b.t. de vraag of het verdrag de stilzwijgende rechtskeuze en de naspeuring ervan door de rechter al dan niet uitsluit, een bijzonder verwarde aanblik. Tal van auteurs verkondigen de meest diverse stellingen en slagen erin deze dan zo weinig mogelijk te staven. Een mening wordt geponereerd en daarmee is meestal de kous af. Zelfs wanneer een auteur poogt zijn keuze rationeel te verantwoorden, is de daartoe aangevoerde redenering vaak weinig diepgaand. Ik meen in de rechtsleer vier hoofdstrekkingen te onderscheiden, waarvan m.i. slechts één de betekenis van art. 2 lid 2,2 op correcte wijze heeft gevat.

### a. Stilzwijgende rechtskeuze mag niet (92)

45. Deze strekking gaat ervan uit dat het verdrag enkel de uitdrukkelijke rechtskeuze toelaat en ieder beroep op een stilzwijgende wilsuiting uitsluit.

Deze stelling wordt scherp geformuleerd door Offerhaus: "La désignation de la loi doit faire l'objet d'une clause expresse, ou résulter indubitablement des dispositions du contrat (...), ce qui exclut la "volonté tacite", formule appliquée de préférence dans la jurisprudence de

(92) O.a.: DE WINTER, L.J., "De eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken en het internationaal privaatrecht", *N.J.B.*, 1964, (833), 840; ERAUW, J., "In het labyrint van de internationale koop-verkoop" (noot onder Vred. Zaventem, 21 mei 1981), *R.W.*, 1982-83, (664), 666; FOKKEMA, D.C., "Eenvormig kooprecht en internationaal privaatrecht", in *Preadviezen eenvormig kooprecht en internationaal privaatrecht*, VAN BOESCHOTEN, C.D. en FOKKEMA, D.C. (ed.), Zwolle, Tjeenk Wilink, 1966, (81), 107, 126, 129; HAAK, W.E., "Eenvormig kooprecht en internationaal privaatrecht", *N.J.B.*, 1966, (517), 518; KOLLEWIJN, R.D., "De conventies voor eenvormig internationaal kooprecht en het internationaal privaatrecht", *N.J.B.*, 1965, (149), 157-159; NADELMANN, K., "The uniform law on the international sale of goods: a conflict of laws imbroglio", *The Yale law journal*, 1964-65, (449), 451-452; OFFERHAUS, J., "De drie ontwerp-conventies over internationaal privaatrecht van de Haagse Conferentie", *W.P.N.R.*, 1952, (285), 287; —, "La septième session de la Conférence de La Haye de droit international privé", *Clunet*, 1952, (1070), 1082; —, "Het verdrag van 15 juni 1955 over de internationale koopcontracten", *Economisch-statistische berichten*, 1959, (296), 298; VON CAEMMERER, *l.c.*, 215; —, "Measures for unifying the rules on choice of law", in *Unification of the law governing international sales of goods. The comparison and possible harmonization of national and regional unifications*, HONNOLD, J. (ed.), Parijs, Dalloz, (313), 317; ZWEIGERT, K. en DROBNIG, U., "Einheitliches Kaufgesetz und Internationales Privatrecht", *Rabelsz.*, 1965, (146), 155; X., "Internationale koop", *N.J.B.*, 1964, 802.

bien des pays" (93). In deze bewoordingen klinkt m.i. het gedachten-  
goed van de opstellers van het verdrag maar al te duidelijk door.  
Ook Erauw kant zich tegen het nagaan van de stilzwijgende wilsuiting.  
In een noot bij een vonnis van de Zaventemse vrederechter (infra ;nr.  
56) drukt hij zich als volgt uit: "De impliciete of zelfs vermoedelijke  
wil moest niet worden gezocht en er is geen sprake van, dat het verdrag  
toelating geeft zulks te doen" (94).  
Op basis van de elementen die hierboven reeds werden aangereikt (nrs.  
34-43), leidt het geen twijfel dat deze visie resoluut moet worden afge-  
wezen.

#### b. Stilzwijgende rechtskeuze mag wel (95)

46. Deze stelling wordt nauwelijks verdedigd. Zo stelde Van Hecke  
eens: "Bij afwezigheid van uitdrukkelijke of stilzwijgende aanduiding  
door de partijen..." (96), wat erop zou kunnen wijzen dat hij de stil-  
zwijgende rechtskeuze zonder meer goedkeurt. Elders laat deze auteur  
zich echter genuanceerder uit (97) (infra ; nr. 47), zodat ik meen te  
mogen veronderstellen dat het hier om een ongelukkige woordkeuze  
gaat, wellicht te wijten aan de beknoptheid waarmee de auteur verslag  
moest doen van de zevende sessie van de Conferentie.

#### c. Onduidelijke formuleringen waaruit moeilijk een stellingname kan worden gedistilleerd (98)

#### 47. Vrij veel auteurs beperken zich tot het overnemen van de formule-

(93) OFFERHAUS, "La septième session de la Conférence de La Haye de droit internatio-  
nal privé", 1082.

(94) ERAUW, "In het labyrint van de internationale koop-verkoop", 666.

(95) VAN HECKE, G., "De 7de Conferentie inzake internationaal privaatrecht en de confe-  
rentie over de verkoop", *R.W.*, 1951-52, (475), 475.

(96) *Ibid.*, 475.

(97) VAN HECKE, *American-Belgian international private law*, 73.

(98) O.a.: DE BAAT, M.G., "Verdrag nopens de op de internationale koop van roerende  
lichamelijke zaken toepasselijke wet", *W.P.N.R.*, 1957, (465), 468-469; DUTOIT, B.,  
KNOEPFLER, F., LALIVE, P. en MERCIER, P., *Répertoire de droit international privé  
suisse*, I, Bern, Editions Staempfli, 1982, p. 73, nr. 16; JULLIOT DE LA MORANDIERE,  
*l.c.*, 12; KAHN, *l.c.*, 322; LANDO, O., "New conflict rules respecting international sales  
of goods", *The Texas international law forum*, 1967, (253), 265-269; LOUSSOUARN en  
BREDIN, *o.c.*, nr. 575, p. 667; LOUSSOUARN, *l.c.*, 319-320; VAN HECKE, *American-  
Belgian international private law*, 73; WATTE, N., "Notes critiques relatives aux jugements  
concernant la faillite, la vente d'objets mobiliers, la signification des jugements et l'effet des  
jugements", *B.R.H.*, 1976, (651), 659; WEILL, A., "Les conventions de la Haye sur la  
vente à caractère international d'objets mobiliers corporels", in *Travaux du comité Français  
de droit international privé 1958-1959*, Parijs, Dalloz, 1960, (37), 44-45; X., "Stellungnahme  
des deutschen Rates für Internationales Privatrecht zu den Entwurf von 1951 über Interna-  
tionales Kaufrecht", *Rabelsz.*, 1959, (151), 152-154.

ring van art. 2 lid 2,2, het overpennen van bepaalde delen van de voorbereidende werken, het opwerpen van enige ideeën..., maar dit alles zonder de besproken zinsnede aan een grondig onderzoek te onderwerpen. Het gevolg daarvan is dat zij vaak bijzonder onduidelijke bewoordingen gebruiken waaruit onmogelijk de draagwijdte van art. 2 lid 2,2 kan worden gededuceerd. Enige voorbeelden kunnen dat illustreren.

Zo beperkt Julliot de la Morandière zelf zich in een bijdrage omtrent de werkzaamheden van de zevende sessie van de Conferentie tot volgende lapidaire opmerking: "... on exige que cette désignation fasse l'objet d'une clause expresse, ou tout au moins résulte indubitablement des clauses du contrat" (99). Dat kan eenieder in het verdrag zelf lezen. Kahn, die het verdrag in een uitstekend artikel diepgaand analyseert, komt hier niet verder dan het aan elkaar lijmen van stukjes uit de voorbereidende werken en dringt niet dieper in de materie door (wat hij schrijft, is overigens wel correct): "Aucune difficulté évidemment quand les parties inscrivent dans leur contrat une clause disant expressément qu'il sera soumis à telle loi nationale, mais on n'a pas voulu limiter la liberté d'expression par un formalisme trop grand. Si les parties soumettent leur accord à un contrat-type de la London Corn Trade Association avec arbitrage à Londres, le climat anglais du contrat est trop certain pour qu'on puisse reprocher aux parties de ne pas avoir ajouté la mention expresse à la loi anglaise. Mais les auteurs de la convention n'ont pas voulu aller plus loin et autoriser des recherches de volonté arbitraires: il faut que la désignation de la loi choisie résulte du contrat (entendu au sens large en y incluant la correspondance échangée avant la conclusion définitive de la vente) et non de comportements ou de déclarations des parties au moment du litige. C'est le système de la preuve intrinsèque. A l'intérieur du document contractuel, la volonté des parties doit être certaine et ne pas donner lieu à interprétation. La moindre ambiguïté, la moindre contestation sérieuse... détruisent l'apparence de désignation et ce sont les rattachements prévus par la convention qui doivent être appliqués" (100).

Van Hecke merkt enkel erg beknopt op dat het, bij gebreke van uitdrukkelijke rechtskeuze, moet gaan om een keuze "clearly implied" (101).

Watté blinkt ook al niet uit door helderheid waar zij schrijft: "L'article 2 consacre... la théorie classique de l'autonomie de la volonté, mais s'écarte de la jurisprudence belge qui permet au juge, à défaut de volonté expresse, de rechercher l'intention des contractants à partir d'élé-

(99) JULLIOT DE LA MORANDIERE, *l.c.*, 12.

(100) KAHN, *l.c.*, 322.

(101) VAN HECKE, *American-Belgian international private law*, 73.

ments extrinsèques au contrat et notamment de leur comportement antérieur ou postérieur à sa conclusion" (102). Neemt zij hier a contrario aan dat enkel beroep mag worden gedaan op intrinsieke elementen? Betekent het feit dat zij het "comportement antérieur" van de partijen uitsluit dat voorafgaande briefwisseling niet als interpretatiemiddel mag dienen?

d. Stilzwijgende rechtskeuze mag, maar dan wel binnen bepaalde grenzen (103)

48. Deze auteurs houden er m.i. een correct en dus verdedigbaar standpunt op na. Zij voeren, de ene al wat explicieter dan de andere, maar in haast elk geval zonder veel overtuigingskracht geformuleerd en omzeggens nooit gefundeerd, aan dat het verdrag zich niet tegen een stilzwijgende wilsuiting verzet, maar dat het uitdrukken daarvan wel op een bepaalde wijze moet gebeuren en de rechter bij het onderzoeken daarvan binnen bepaalde limieten moet blijven.

Niet alleen is deze zienswijze met de tekst van het verdrag verenigbaar, maar bovendien komt zij ook tegemoet aan de doelstellingen van de opstellers: de partijen verplichten een minimum-standaard van duidelijkheid te hanteren en een al te arbitrair optreden van de rechter tegen te gaan. Deze stelling wordt zeer inzichtelijk verwoord door von Hülse: "Die stillzweigende Rechtswahl wird mithin nicht in demselben *Umfange* (eigen cursivering) zugelassen wie bisher ..." (104).

## 7. Besluit

49. Nu de elementen waarop ik mij mocht baseren om de betekenis van het "onbetwifelbaar voortvloeien uit de bepalingen van de overeenkomst" na te gaan - tekst en voorbereidende werken van het verdrag - werden ontleed en een voorlopige conclusie (supra; nr. 40) steun

(102) WATTE, *l.c.*, 659.

(103) O.a.: GUTZWILLER, *l.c.*, 46-48; HAAK, W.E., "Preadvies", in *Preadviezen internationaal overeenkomstenrecht*, HAAK, W.E. en JESSURUN D'OLIVEIRA, H.U. (ed.), Deventer, Kluwer, 1975, (1), 46-47 (noteer dat deze auteur zich voorheen tegen een stilzwijgende rechtskeuze uitsprak: supra; noot (92)); MAHAJAN, R., *Law relating to international sale of goods*, New-Delhi, Asian-African legal consultative committee, s.d., 129; PAK, M., *Die Parteiautonomie in internationalen Kaufverträgen*, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1967, 106; SAUVEPLANNE, J.G., "Het toepasselijk recht op de internationale koop van roerende lichamelijke zaken", *N.J.B.*, 1979, (693), 695; SOMERS, J.M., "Twee ontwerp-regelingen voor internationale koop van roerende goederen, vergeleken met het geldende recht", *Ars Aequi*, 1957-58, (195), 202; VON HULSEN, H.-V., "Stillschweigende Rechtswahl bei Inkorporation der Charterpartie ins Konossement und Abschluss von Schiedsvereinbarungen durch Verweisung", *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters*, 1967, (267), 267-268.

(104) VON HULSEN, *l.c.*, 267-268.

vond in een deel van de rechtsleer, meen ik een definitief besluit omtrent de betekenis van de onderzochte zinsnede te mogen formuleren.

50. *Wanneer de rechter, bij het ontbreken van een uitdrukkelijke rechtskeuze, het recht dat toepasselijk is op een internationale koop van roerende lichamelijke zaken vallend onder het toepassingsgebied van het verdrag van Den Haag van 1955 moet bepalen, is hij verplicht beroep te doen op elementen intrinsiek aan de overeenkomst. Daarbij mag de rechter slechts tot de toepasselijkheid van een bepaald recht besluiten wanneer er meerdere, ondubbelzinnige en niet-tegenstrijdige elementen in de richting van dat recht wijzen. De rechter moet hierbij het begrip "overeenkomst" ruim interpreteren en daar ook de voorafgaande briefwisseling tussen de partijen bij betrekken. Onder geen enkele voorwaarde mag hij beroep doen op elementen extrinsiek aan de overeenkomst.*

*Het verdrag sluit dus de stilzwijgende rechtskeuze door de partijen en het naspeuren ervan door de rechter geenszins uit. De partijen moeten enkel een bijzondere zorg aan de dag leggen bij het formuleren van hun contractsclausules en de rechter mag zijn onderzoek naar de wil van de partijen slechts binnen bepaalde grenzen voltrekken.*

*Wat de Belgische rechter betreft, betekent dit al bij al dus slechts een beperkte modificatie van zijn gevestigde interpretatiemethodiek.*

51. Dit gezegd zijnde, kan het nuttig zijn een blik te werpen op binnen- en buitenlandse rechtspraak, teneinde na te gaan hoe de rechter in de aan hem voorgelegde gevallen art. 2 lid 2,2 (niet) heeft begrepen en (niet) heeft toegepast. M.a.w. wat ik in wat volgt wens te doen, is de hierboven geformuleerde conclusie toetsen aan enige rechterlijke uitspraken.

## **G. ART. 2 LID 2,2 IN DE RECHTSPRAAK (105)**

52. De rechtspraak onderzoeken van alle landen die op één of andere manier bij het verdrag betrokken zijn of waren, is binnen het kader van deze bijdrage onbegonnen werk. Vandaar dat ik mij beperk tot de bespreking van enige gekozen voorbeelden uit de jurisprudentie van België, Frankrijk en Nederland, aangevuld met een arbitrale uitspraak. Hierbij moet overigens opgemerkt worden dat de gevallen waarin de rechter art. 2 lid 2 - al dan niet correct - effectief toepast, erg zeldzaam zijn. De enige bedoeling van dit hoofdstukje is dan ook aan de hand

(105) Rechtspraak omtrent het verdrag werd verzameld in: SUMAMPOUW, M., *Les nouvelles conventions de La Haye, leur application par les juges nationaux: jurisprudence - situation actuelle - bibliographie*, I, 1976, 31-40, II, 1980, 20-28, III, 1984, 15-20, Antwerpen, Maarten Kluwer.

van deze voorbeelden uit de praktijk te wijzen op de ronduit erbarmelijke wijze waarop het verdrag (niet) wordt toegepast. Een gebrek aan grondige IPR-scholing van de rechter is daar ongetwijfeld niet vreemd aan.

## 1. België

### a. Kh. Luik, 29 oktober 1975 (106)

53. Allereerst betreft het hier een bevoegdheidsgeschil. Obiter komt echter ook het probleem van de rechtskeuze bij een internationale koop van roerende lichamelijke zaken ter sprake. De rechtbank stelt dienaangaande dat: "... en l'absence d'une clause expresse contraire - ce qui est le cas - la vente est régie par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande, c'est-à-dire la loi française". De rechtbank vermeldt hier niet eens het onbetwifelbaar voortvloeien uit de bepalingen van de overeenkomst. Dit kan betekenen dat art. 2 lid 2 niet zorgvuldig gelezen werd of dat het onbetwifelbaar voortvloeien uit de bepalingen van de overeenkomst gelijkgeschakeld werd met een uitdrukkelijke rechtskeuze. In het licht van de hierboven geformuleerde conclusie (nr. 50), verdient de rechtbank in beide gevallen een berisping.

### b. Kh. Tongeren, 18 maart 1976 (107)

54. Ook deze rechtbank geeft blijk slechts over een summiere kennis te beschikken aangaande de verdragen die ons land binden. In casu hadden de partijen uitdrukkelijk bepaald dat het Engelse recht op hun overeenkomst toepasselijk was. De rechtbank pas dan ook volkomen correct dit recht toe: "Dat op het vlak van het internationaal privaatrecht de wet door de contractanten gekozen voorrang geniet ... Dat de betwisting ... derhalve door de Engelse wet wordt beheerst". Doch nergens vermeldt zij het bestaan, laat staan de toepassing, van het verdrag. Dit roept vragen op omtrent wat de rechtbank zou gedaan hebben zo er van een uitdrukkelijke rechtskeuze geen sprake ware geweest.

Zou de rechtbank dan de weg naar het onbetwifelbare in art. 2 lid 2,2 gevonden hebben?

(106) Kh. Luik, 29 oktober 1975, *B.R.H.*, 1976, 646.

(107) Kh. Tongeren, 18 maart 1976, *B.R.H.*, 1976, 501.

c. Kh. Tongeren, 9 juni 1977 (108)

55. Dit geval sluit nauw aan bij het voorgaande. In casu ging het om een internationale eierkoop waarbij de partijen het toepasselijke recht niet expliciet hadden aangeduid. De rechtbank merkt dan ook correct op dat "bij ontstentenis van uitdrukkelijk gemaakte rechtskeuze, de wil van de partijen dienaangaande derhalve opgespoord zal worden ...". Op basis van zowel intrinsieke als extrinsieke elementen besluit de rechtbank vervolgens tot de toepasselijkheid van het Belgische recht. Over het verdrag: geen woord.

d. Vred. Zaventem, 21 mei 1981 (109)

56. Dit meer recente vonnis geeft ons een prachtig voorbeeld van een verkeerde toepassing van art. 2 lid 2 van het verdrag. Met Erauw moet toegegeven worden dat het al als een hele prestatie van de partijen en de rechter mag gelden dat zij een op de internationale koop toepasselijk verdrag gevonden hebben (110). De rechter past inderdaad art. 2 lid 2 toe. Een correcte toepassing zou echter van het goede teveel geweest zijn. Wegens het ontbreken van een uitdrukkelijke rechtskeuze onderzoekt de vrederechter de gehele context waarin de overeenkomst tot stand kwam, om daaruit te besluiten dat op basis van art. 2 lid 2 het Duitse recht op de litigeuze overeenkomst van toepassing is. De rechter doet bij zijn onderzoek ook beroep op elementen extrinsiek aan de overeenkomst, bijvoorbeeld de plaats van uitvoering, en gaat daarbij dus te ver. Hij had zich moeten beperken tot intrinsieke elementen. Erauw merkt in zijn noot onderaan deze uitspraak dan ook terecht op dat een verkeerde toepassing van art. 2 lid 2 werd gemaakt, maar slaat m.i. de bal mis wanneer hij beweert dat de impliciete wil van de partijen niet moest onderzocht worden en het verdrag geen toelating geeft zulks te doen (111) (*supra*; nr. 45).

e. Kh. Luik, 28 oktober 1982 (112)

57. In dit vonnis past de rechtbank op een internationale koop onmiddellijk de eenvormige wet op de internationale koop van roerende lichamelijke zaken toe. Nu heeft België verklaard deze eenvormige wet slechts toe te passen indien het Haagse verdrag tot de toepassing ervan

(108) Kh. Tongeren, 9 juni 1977, *B.R.H.*, 1978, 181.

(109) Vred. Zaventem, 21 mei 1981, *R.W.*, 1982-83, 662, noot ERAUW, J.

(110) ERAUW, "In het labyrint van de internationale koop-verkoop", 666.

(111) *Ibid.*, 666.

(112) Kh. Luik, 28 oktober 1982, *Jur. Liège*, 1982, 453.

leidt (113). De rechtbank vergeet dus eerst art. 2 lid 2 van het verdrag toe te passen en na te gaan of de partijen op een volgens het verdrag aanvaarde wijze het Belgische of een ander recht als toepasselijk op hun overeenkomst hadden bestempeld.

## 2. *Nederland*

58. Nederland, dat aanvankelijk het verdrag had ondertekend, bekrachtigde het uiteindelijk niet. De redenen daarvoor zijn hier van geen belang. Wat ons wél interesseert, is dat het verdrag, toen het er nog naar uitzag dat Nederland het zou bekrachtigen, anticipatief en, toen het duidelijk was dat er van bekrachtiging geen sprake kon zijn, per analogie door de rechtbanken werd toegepast (114). Dergelijke anticipatieve en analoge toepassing komt bij onze Noorderburen wel eens meer voor (115). Dit leverde ons een paar interessante, gemakkelijk toegankelijke en leerrijke uitspraken op.

### a. Arr. rb. Leeuwaarden, 4 juni 1964 (116)

59. Dit geval is bijzonder interessant en verdient ruime aandacht. Een Nederlandse verkoper verbindt er zich toe aan een Engelse koper een schip van Nederlandse makelij te leveren. De rechtbank dient uit te maken welk recht deze overeenkomst beheerst. Zij past daartoe op het litigieuze contract art. 2 lid 2 van het verdrag toe - of de levering van een schip wel onder het toepassingsgebied van het verdrag valt, zoals de rechtbank aanneemt, is een andere zaak. Van een uitdrukkelijke rechtskeuze is er geen sprake. Vloeit de keuze van een bepaald recht dan onbetwijfelbaar voort uit de bepalingen van de overeenkomst? Neen, stelt de rechtbank, want het beding van de overeenkomst waarbij de betalingsverplichting in Engelse ponden wordt opgelegd, laat een dergelijke conclusie niet toe. Maar de rechtbank gaat verder: "de Rb. merkt op dat volgens het tweede lid van art. 2 alleen mag worden gelet op de bepalingen van de overeenkomst, zodat daarbuiten gelezen aanwijzingen inzake de bedoeling van pp. ten deze (zoals de taal, waarvan zij zich hebben bediend, hun forumkeuze en hun processuele houding) irrelevant zijn".

(113) ERAUW en DE FOER, *o.c.*, 205, noot 10.

(114) Zie hierover: SAUVEPLANNE, *l.c.*, 695.

(115) Zo bijvoorbeeld: Arr. rb. Den Haag, 17 september 1982, *R.C.D.I.P.*, 1983, 473, waar het EG-verdrag van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, anticipatief wordt toegepast. Meer over dit verdrag en zijn relatie tot het hier besproken Haagse verdrag: *infra*; nrs. 64-66.

(116) Arr. rb. Leeuwaarden, 4 juni 1964, *N.J.*, 1966, nr. 12.



Deze passage behoeft enige commentaar. Stellen dat de taal waarvan de partijen zich hebben bediend en de forumkeuze niet kunnen beschouwd worden als aan de overeenkomst intrinsieke elementen, lijkt mij een verregaande bewering, die enkel kan verantwoord worden wanneer aan de rechtbank het begrip "overeenkomst" in de zin van "negotium" voorligt. Hierboven (nr. 31) wees ik reeds op het irrealistische karakter van deze benadering in gevallen als dit. Bovendien meen ik te mogen stellen dat de taal waarvan de partijen zich bedienden per definitie en noodzakelijk een intrinsiek element van de overeenkomst is - zelfs van het negotium - al was het maar doordat de concrete afspraken die men maakt nu eenmaal in een bepaalde taal moeten worden uitgedrukt en men dus, bewust of onbewust, te kennen geeft dat aan die taal een bijzonder belang moet worden toegekend.

M.i. zijn het gebruik van het Engels, de clause die bepaalt dat betaling in Engelse ponden moet geschieden en een forumkeuze voldoende elementen om te concluderen dat de partijen op een wijze die onbetwifelbaar uit de bepalingen van de overeenkomst voortvloeit, hebben gechoosd voor de toepasselijkheid van een bepaald recht, zo althans de diverse indicatoren ondubbelzinnig en niet-tegenstrijdig zijn.

b. Arr. rb. Leeuwarden, 30 november 1967 (117)

60. De toepassing die de rechtbank in dit geval van art. 2 lid 2 maakt, lijkt mij al heel wat orthodoxer. Een Nederlandse verkoper en een Griekse koper sloten een overeenkomst af voor de levering van 400 vaarzen. In het in het Duits opgestelde contract - de Griekse koper werkte met een Duitse vertegenwoordiger - komt een bepaling voor die luidt als volgt: "Erfüllungsort und Gerichtsstand für Streitigkeiten aus diesem Vertrag ist Recklinghausen". De rechtbank beslist, bij toepassing van art. 2 lid 2 en na vastgesteld te hebben dat er van een uitdrukkelijke rechtskeuze geen sprake is, dat deze clause geenszins toelaat de toepasselijke wet onbetwifelbaar uit de bepaling van de overeenkomst af te leiden. Er is immers niet duidelijk bepaald voor wie het "Erfüllungsort" geldt (voor beide partijen, alleen voor de verkoper?) en de forumkeuze is niet exclusief (getuige daarvan de dagvaarding door de verkoper-opsteller van het contract voor de rechtbank van Leeuwarden).

Een uitspraak die mij verdedigbaar lijkt.

### 3. Frankrijk

Lyon, 28 februari 1979 (118)

61. Ook in dit geschil tussen een Franse verkoper en een Duitse koper omtrent de levering en de betaling van wijn, ziet de rechter zich geplaatst voor de toepassing van art. 2 lid 2. Het Hof constateert "qu'il n'est pas soutenu par la Société les fils de Henri Ramel qu'une convention soit intervenu entre elle et la Société Aujoux et Compagnie GMBH pour désigner le pays dont la loi régirait la vente, que cette loi est en conséquence la loi française, comme étant celle du lieu où le vendeur avait sa résidence au moment où il a reçu la commande". Dit argument is volledig uit de lucht gegrepen. Hierboven (nr. 27) merkte ik reeds op dat art. 2 lid 2 eigenlijk een interpretatievoorschrift gericht tot de rechter inhoudt. Hij is het die moet nagaan of de partijen, het weze uitdrukkelijk, het weze op een wijze die onbetwifelbaar uit de bepalingen van de overeenkomst voortvloeit, een bepaald recht hebben gekozen. In casu doet het Hof niets van dit alles. Integendeel, het verlegt de "aanvoeringslast" naar de eiser en past, wanneer blijkt dat deze geen elementen heeft aangebracht, art. 3 van het verdrag toe. Ik begrijp dan ook niet dat Kahn in een noot onder dit arrest het volgende kan neerpennen: "Les parties n'ayant pas indiqué à quel droit elles entendaient soumettre leur contrat, *très correctement* (eigen cursivering) la cour de Lyon a appliqué l'article 3..." (119). Hier is van een correcte toepassing allerminst sprake.

### 4. Arbitrale uitspraken

62. Ook arbitrale uitspraken kunnen het inzicht in art. 2 lid 2,2 bevorderen. Arbiters kiezen immers zelf hun verwijzingsrecht. Zij kunnen dus gerust per analogie IPR-verdragen toepassen. Dat gebeurt ook met het hier onderzochte verdrag. Een voorbeeld.

Internationale Kamer van Koophandel, zaken nr. 2745 en nr. 2762 (120)

63. Een Duitse verkoper A begeeft zich voor de arbiter zonder de minste aanduiding van het recht dat hij op een internationale koop die hij heeft gesloten met C toepasselijk acht. De Belgische koper C daarentegen voert aan dat de - in de uitspraak niet nader gepreciseerde - hou-

(118) Lyon, 28 februari 1979, *Clunet*, 1980, 104, noot KAHN, Ph.

(119) KAHN, Ph., noot onder Lyon, 28 februari 1979, *o.c.*, 107.

(120) Chambre de Commerce Internationale, Sentence rendue dans les affaires N° 2745 et N° 2762 en 1977, *Clunet*, 1978, 989, noot.

ding van A de keuze van de Belgische wet als *lex contractus* inhoudt en dit volgens de vereisten van art. 2 lid 2 van het verdrag. De arbiter stelt dat de houding van A niet beantwoordt aan de vereisten door dat artikel gesteld. Beter ware geweest dat de arbiter zou opgemerkt hebben dat een "houding" nooit een rechtskeuze kan impliceren in overeenstemming met art. 2 lid 2. De arbiter had bovendien nauwkeurig moeten onderzoeken of op een andere wijze wellicht voldaan was aan de vereisten van dit artikel, wat hij nu geenszins deed.

## **H. HET VERDRAG VAN 19 JUNI 1980 INZAKE HET RECHT DAT VAN TOEPASSING IS OP VERBINTENISSEN UIT OVEREENKOMST (121)**

64. Op 19 juni 1980 ondertekenden een aantal lidstaten van de Europese Gemeenschappen bovenvermeld verdrag (verder: EG-verdrag). Hierdoor wensen zij een uniform verwijzingsrecht te creëren op het gebied van de verbintenissen uit overeenkomst. Aangezien enkele lidstaten eveneens partij zijn bij het Haagse verdrag (nl. België, Denemarken, Frankrijk en Italië) dat dezelfde problematiek behandelt, weze het weliswaar m.b.t. een bepaald deelaspect, en beide verdragen een universeel toepassingsgebied hebben, d.i. ook worden toegepast in rechtsbetrekkingen met onderdanen uit niet-verdragssluitende staten, rijst de vraag of de landen die partij zijn bij beide verdragen niet voor moeilijkheden zullen komen te staan zogauw het EG-verdrag in werking treedt. Welk van beide verdragen moet de rechter dan toepassen op een internationale koop?

65. Art. 21 van het EG-verdrag is dienaangaande erg expliciet: "Dit verdrag laat onverlet de toepassing van internationale verdragen waarbij een verdragssluitende Staat partij is ...". Doel van deze bepaling is, luidens het begeleidende rapport opgesteld door Giuliano en Lagarde, dat aldus "de mogelijkheid (wordt) opengelaten tot een verdere internationale eenmaking die geheel of gedeeltelijk het gebied van het onderhavige Verdrag bestrijkt" (122). De rechters in de lidstaten die op beide verdragen te paard (zullen) zitten, zullen dus op een internationale koop van roerende lichamelijke zaken het Haagse verdrag toepassen en op andere internationale overeenkomsten het EG-verdrag. Deze stelling wordt bevestigd in het rapport: "... zullen deze algemene regels, die in iedere Lid-Staat het gemene internationaal privaatrecht

(121) Voor de tekst van het verdrag: *P.B.L.*, 1980, 266/1-7. Voor zover ik kon nagaan, werd dit verdrag nog door geen enkele lidstaat bekrachtigd.

(122) GIULIANO, M. en LAGARDE, P., "Rapport betreffende het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst", *P.B.C.*, 1980, (282/1), 282/39.

zouden moeten worden, geen afbreuk doen aan gedetailleerde regelingen van deelvestedies die de vrucht zijn van het werk in andere gremia, in het bijzonder de Haagse Conferentie voor internationaal privaatrecht. De toepassing van deze bijzondere Verdragen wordt door art. 21 gegarandeerd" (123).

Hierdoor zal echter een disharmonie ontstaan. T.a.v. de internationale koop zal de rechter dan een ander verwijzingsrecht met een andere interpretatiemethodiek moeten toepassen dat t.a.v. de overige internationale overeenkomsten (infra; nr. 66). Dat maakt de zaken alleen maar moeilijker en een oplossing dringt zich dus op. Deze wordt reeds gedeeltelijk gevonden in de herziening van het Haagse verdrag die momenteel op touw wordt gezet (infra; nr. 67).

66. Het is interessant eventjes een blik te werpen op het systeem van rechtskeuze gehuldigd in het EG-verdrag. Art. 3 bepaalt: "Een overeenkomst wordt beheerst door het recht dat partijen hebben gekozen. De rechtskeuze moet uitdrukkelijk zijn gedaan of voldoende blijken uit de bepalingen van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval ...". Meteen is duidelijk dat deze formulering veel breder is dan deze van het Haagse verdrag. Men herkent hierin dadelijk het beroep op zowel intrinsieke als extrinsieke elementen en het lijkt duidelijk dat de opstellers de stilzwijgende rechtskeuze geenszins wensten uit te sluiten. Dit wordt overigens bevestigd in het rapport waar men spreekt van een "uitdrukkelijke of stilzwijgende keuze door de partijen" (124). Een diepgaande analyse van de vrijheid van rechtskeuze in het kader van dit nieuwe verdrag zou echter een afzonderlijke bijdrage vergen.

## I. ALGEMEEN BESLUIT

67. Art. 2 lid 2,2 is dus wel enigmatisch, maar dan ook weer niet in die mate als men op het eerste gezicht zou denken. Een grondige analyse van de beschikbare bronnen toont duidelijk de juiste draagwijdte van deze bepaling aan. De meningen over deze bepaling in de rechtsleer en de toepassing ervan in de rechtspraak laten echter veel te wensen over. Dat is natuurlijk weinig bevorderlijk voor de rechtszekerheid. Vandaar dat een nieuwe redactie van de besproken bepaling zich opdringt. Deze nieuwe tekst zou zich ondubbelzinnig moeten uitspreken voor de stilzwijgende rechtskeuze en voor het beroep op aan de overeenkomst extrinsieke elementen bij het naspeuren daarvan.

De herziening van het verdrag is trouwens reeds enige jaren aan de gang en de jonge generatie juristen die deze taak op zich genomen

(123) *Ibid.*, 282/9.

(124) *Ibid.*, 282/9.

heeft, staat gelukkig ongecomplexieerd tegenover de stilzwijgende wilsuïting. Zo luidt art. 7.1 van het ontwerp van aangepast verdrag dat het huidige art. 2 lid 2 zou moeten vervangen: "La vente est régie par la loi choisie par les parties. L'accord des parties sur ce choix doit être exprès ou résulter des termes du contrat et des circonstances de la cause (eigen cursivering), envisagés dans leur ensemble". Hiermee heeft men m.i. de stilzwijgende rechtskeuze in ere hersteld en haar de plaats (terug) gegeven die haar in het internationaal privaatrecht toekomt. Dat blijkt ook uit het rapport van de bijzondere commissie belast met het opstellen van het ontwerp, opgesteld door von Mehren: "... la plupart des délégations désiraient une formulation moins restrictive (que celle de 1955) ... la majorité exigeait ... "une volonté effective"; le choix doit, s'il n'est pas clairement exprimé, "résulter des termes du contrat et des circonstances de la cause, envisagés dans leur ensemble". Les termes "envisagés dans leur ensemble" ont été retenus afin de préciser que tant les termes du contrat que les circonstances de la cause devaient être considérés, mais que, le cas échéant, le choix pouvait résulter soit du contrat, soit des circonstances" (125). Deze optie kwam ook reeds tot uiting in het preliminair rapport van Pelichet: "Ce qu'il est souhaitable d'avoir dans la future convention, c'est une disposition qui soit d'une part suffisamment souple pour permettre à un juge ou à un arbitre de tenir compte, en l'absence d'un choix exprès, des dispositions du contrat ou de toute circonstance entourant les négociations du contrat (eigen cursivering), mais d'autre part suffisamment rigoureuse pour que le juge ou l'arbitre ne puisse pas valider un choix des parties que s'il a la certitude que ce choix résulte bien de leur commune volonté" (126).

In oktober 1985 vergadert de Haagse Conferentie om dit ontwerp van aangepast verdrag ten gronde te bespreken. Zo zal men wellicht na haast 60 jaar van terughoudendheid een realistisch en aanvaardbaar standpunt innemen t.a.v. het moeilijke probleem van het onderzoek der subjectieve toestanden der partijen bij een internationale koop. Beter laat dan nooit.

(125) VON MEHREN, A.T., *Rapport sur le projet de convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*, Den Haag, Bureau permanent de la Conférence, 1984, 49-51.

(126) PELICHET, M., *Rapport sur la loi applicable aux ventes internationales de marchandises*, Den Haag, Bureau permanent de la Conférence, 1982, 116.