

# INCORPORATIE VAN VREEMD RECHT IN EEN OVEREENKOMST

door

Jacques HERBOTS  
Gewoon Hoogleraar K.U.Leuven

1. In deze bijdrage waarin de aandacht gevestigd wordt op de mogelijkheid die partijen hebben om in hun overeenkomst buitenlands recht op te nemen, zal slechts over internationale overeenkomsten gehandeld worden. Van dit soort overeenkomsten lijkt het weliswaar nog altijd moeilijk een bepaling te geven(1).

Iedereen lijkt akkoord wanneer de partijen in verschillende Staten hun bedrijvigheid uitoefenen, en wanneer ter nakoming van de contractuele verbintenissen de goederen, diensten of betalingen een grens moeten overschrijden. Maar wanneer één van die twee elementen ontbreekt, luidt het antwoord niet meer eensgezind. Vanuit het Sovjetstandpunt moet minstens één der partijen van vreemde nationaliteit zijn. Volgens een oudere Franse theorie die met betrekking tot de geldigheid van goudbedingen toegepast werd, was een „flux et reflux de valeurs” over een grens nodig, maar ook voldoende. Later werd die definitie als te eng opgegeven, en er werd geen poging meer ondernomen om er een betere te vinden.

De eenvormige wet op de internationale koop van roerende zaken van 1964 (L.U.V.I.) bevat een bepaling. Volgens artikel 1 is de wet toepasselijk op de koop gesloten door partijen waarvan de maatschappelijke zetel zich op het gebied van verschillende Staten bevindt, en waarbij hetzij de goederen vervoerd (moeten) worden over een grens, hetzij aanbod en aanvaarding een grens overschreden, hetzij de aflevering moet gebeuren in een ander land dan dat waarin het contract gesloten werd. Deze definitie geldt echter slechts voor de toepassing van de L.U.V.I. De pogingen om een algemeen geldende bepaling op te stellen werden vroeger reeds gestaakt, toen in 1951 de Haagse Conventie over het op internationale koopovereenkomsten toepasselijk recht opgesteld werd. Artikel 3, par. 3, beperkt er zich toe op negatieve wijze te bepalen dat de loutere verklaring van partijen met betrekking tot het toepasselijk recht of tot de

---

(1) DELAUME, G.R., *What is an international contract? An american and a Gallic dilemma*, *I.C.L.Q.*, 1979, 528.

bevoegde rechtbank of scheidsrechter een overeenkomst niet *per se* tot een internationale overeenkomst maakt.

Het Franse hof van cassatie stelde in 1930 in vage bewoordingen dat het om een contract gaat „mettant en jeu des intérêts de commerce international”. Bedoeld wordt een contract dat bindingen heeft met verscheidene rechtsstelsels, of met andere woorden een overeenkomst waarvan niet alle aanknopingspunten in hetzelfde rechtsstelsel te vinden zijn (2). In Duitsland spreekt men van contracten „mit Auslandberührung” (3). Dit is allemaal vrij floe. Ole Lando heeft het bij het rechte eind, wanneer hij schrijft: „Each case, it is submitted, should be decided upon its merits” (4).

2. Alvorens de mogelijkheid van incorporatie van vreemd recht in een internationale overeenkomst te onderzoeken, wordt eerst de aandacht getrokken op de verschillende mogelijke rechtsstelsels die op zo'n contract kunnen van toepassing zijn. Er kunnen wel vier rechtsstelsels in aanmerking komen:

- a. Het (door partijen gekozen of door de rechtbank of scheidsrechter aangeduide) *kaderrecht*. Verder zal aangestipt worden dat de auteurs die — ten onrechte — de „*dépeçage*” voorstaan, zelfs de mogelijkheid van verscheidene kaderrechtsstelsels aanvaarden.
- b. Een *politiewet* die, om reden van objectieve elementen van de contractuele situatie van onmiddellijke toepassing is.
- c. Geen van reeds vernoemde rechtsregels — kaderrecht enerzijds, politiewet anderzijds — mag strijdig zijn met de openbare orde in de zin van het *internationaal privaatrecht van de rechtbank* door wie de zaak moet beslecht worden. Dit is uiteraard niet noodzakelijk hetzelfde rechtsstelsel als het kaderrecht of als de onmiddellijk toepasselijke politiewet.
- d. Daarnaast kan dan nog eventueel een geïncorporeerd rechtsstelsel in aanmerking komen, dat op zijn beurt niet strijdig mag zijn met ditmaal de openbare orde van het kaderrecht.

Deze laatste mogelijkheid maakt het voorwerp uit van onderhavige bijdrage. Voor een goed begrip worden eerst toch de grondbeginselen die aan de basis liggen voor de bepaling van het kaderrecht, van de onmiddellijk

---

(2) LOUSSOUARN, Y., en BREDIN, J.-D., *Droit du commerce international*, Parijs, 1969, nr. 511, 593; LANDO, VON HOFMANN en SIEHR, *European Private International Law of Obligations*, Tübingen, 1975, 3.

(3) B.A.G., 20 juli 1967, *I.P.R. Sprache*, 167, nr. 50 b.

(4) LANDO, O., *International Encyclopedia of Comparative law*, III, *Contracts*, Mouton, 1976, 35, nr. 63.

toepasselijke politiewet, en van de openbare orde van het forum in herinnering gebracht.

#### AFDELING I

### HET KADERRECHT EN ZIJN FUNCTIES

3. HET BEGINSSEL VAN DE WILSAUTONOMIE — „La loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée”, stelde het Franse hof van cassatie op 5 december 1910. Het werd in de Franse rechtspraak sindsdien bestendig herhaald. Dit beginsel heeft tot hevige theoretische discussies aanleiding gegeven. Het fundamentele probleem lijkt hierin te bestaan: kiezen partijen nu werkelijk een wet die toepasselijk zal zijn op hun overeenkomst, zoals ze dat samen wensen? Of is het voorwerp van hun wilsovereenstemming slechts de localisatie van het contract, dit is het plaatsen van hun contractuele verhouding in een welbepaalde juridische sfeer? In dit geval maakt hun keuze slechts één element uit tussen anderen, weliswaar meestal het belangrijkste element, om de overeenkomst te localiseren. De huidige Franse rechtspraak lijkt naar laatstgenoemde, door Batiffol voorgehouden stelling te neigen.

Het Belgische hof van cassatie heeft op 24 februari 1938 eveneens uitdrukkelijk het beginsel van de vrijheid der contracterende partijen bevestigd. Het recht dat van toepassing is op contracten, de totstandkoming, de voorwaarden en gevolgen ervan, is het recht dat de partijen kozen. In de *Common law* geldt dit beginsel sedert 1796 (5).

Men mag nu wel zeggen dat het recht van partijen om het rechtsstelsel te kiezen dat op een internationaal contract toepasselijk is, wijd en zijd, in alle landen ter wereld, aanvaard wordt: „*it belongs to the common core of the legal systems*” (6). Er bestaat alleen verschil met betrekking tot de perken die aan de vrijheid van de partijen gesteld worden.

Sommige Staten (zoals België en de Duitse Bondsrepubliek) lijken de partijen een schier onbepaalde vrijheid te laten om het toepasselijk recht te kiezen. Anderen beperken hun vrijheid door een plaatselijk contact met het gekozen rechtsstelsel te vereisen, of door bepaalde vraagstukken die door dwingend recht geregeld worden, of bepaalde contracten uit te sluiten.

---

(5) CHESHIRE's *Private International Law*, London, Butterworths, 1970, 205; DICEY en MORRIS, *The Conflict of Laws*, 1973, 728; THOMSON, A., *A different approach to choice of law in contract*, *Modern Law Review*, 1980, 650.

(6) LANDO, O., *a.w.*, 3.

Dit is een goede zaak, die vrije rechtskeuze. De vrije keuze zorgt voor zekerheid in de handelsbetrekkingen. Bij afwezigheid van dergelijk beding zal het op het contract toepasselijk recht vaak onbekend blijven voor de partijen totdat een rechtbank uitspraak heeft gedaan. Bij het sluiten van een internationaal contract kan dikwijls niet voorspeld worden welke rechtbank dit zijn zal, en zelfs al kon dit, dan nog kan zeer vaak het toepasselijk recht niet voorspeld worden, gezien de onzekerheid die in vele landen heerst met betrekking tot de verwijzingsregels ter zake. Op één punt althans is er eensgezindheid: een beding van rechtskeuze moet in beginsel geëerbiedigd worden. Die eenvormigheid verzekert dat die verwijzing partijen zal ontlasten van het ongewisse betreffende het op hun overeenkomst toepasselijke recht. Zoals Rabel het schrijft in zijn „*Conflict of Laws*”, de rechtskeuze door partijen „*endeavors to obviate the unpredictable findings of unforeseeable tribunals and to consolidate the contract under one law while negotiation is in course*” (7).

Het is aangeraden het toepasselijk recht te kiezen, want anders zal de rechtbank het doen of, indien dit noodzakelijk blijkt, de scheidsrechter, op grond van een objectieve benadering van de contractuele situatie. De *impliciete* keuze van partijen wordt dan gezocht en afgeleid uit de feiten en omstandigheden van de zaak; slechts bij gebreke aan elke verdere localisatie wordt het contract verbonden aan de wet van de plaats waar het gesloten werd.

Kahn laat opmerken dat heden alle productiecontracten sleutel in de hand of de toeleveringscontracten een clause van rechtskeuze bevatten (los van een mogelijke arbitrageclause, wat een andere zaak is). Dit is geen teken van onderwerping aan een Staat, maar een technisch middel om een mogelijke leemte te vullen. In werkelijkheid is het een residuele clause (8).

Ook Deelen vindt dat het beter lijkt het aan partijen over te laten, de „centrale” contractswet in vrijheid te kiezen, zodat ze van stond af aan in ieder geval op dit punt zeker zijn, en daarmee, afgezien van het aanvullend recht, ook zeker zijn van de dwingende bepalingen (9). Hierover mag inderdaad geen misverstand heersen: de gekozen wet is niet gelijk met een aantal gekozen clauses. Het is een rechtssysteem. De bevoegdheid van het gekozen vreemde recht is niet beperkt tot een inlassing van vreemde wettelijke bepalingen tussen de contractuele bedingen. De clause is een aanknopingsfactor aan een rechtsstelsel. Een voorbeeld wordt ons gege-

---

(7) Aangehaald door Ole Lando, *a.w.*, 33.

(8) Referaten studiedagen Jean Dabin 1973, *Le contrat économique international. Stabilité et évolution*, Bruylant, 1975, 208.

(9) DEELEN, *Rechtskeuze in het Nederlands Internationaal Contractenrecht*, 1965, 263.

ven door een cassatiearrest van 21 februari 1975: een factuur waarop Duits recht van toepassing was, werd volgens de feitenrechter stilzwijgend aanvaard. Het Duitse recht vereist echter een uitdrukkelijke aanvaarding. Het Gents arrest dat dit over het hoofd zag werd gecasseerd (10).

4. ONBEPERKTE VRIJHEID? — Kunnen partijen een rechtsstelsel kiezen dat geen enkele normale betrekking („*a real connection*”) met hun contract zou vertonen? Men vindt een negatief antwoord in de Amerikaanse en een oudere Duitse rechtspraak, en in Engelse *dicta*. Hoger werd reeds gezegd dat in België en de Duitse Bondsrepubliek de partijen heden van een schier onbepaalde vrijheid genieten. Een recente uitzondering in het Duitse recht kan hier aangestipt worden. De Westduitse wet op de standaardcontracten van 1976 is toepasselijk op consumentencontracten, zelfs wanneer het contract door vreemd recht beheerst wordt, indien het sluiten ervan voorafgegaan werd door publiciteit of benadering in West-Duitsland, en indien de consument zijn gewone verblijfplaats had in dat land en er zijn toestemming gaf. Een rechtskeuze in een standaardcontract mag opzij gelegd worden, indien het niet gegrond is op een rechtmatig belang (§ 10, nr. 8). Dit geldt voor contracten met consumenten. In alle standaardcontracten echter — en niet alleen dus in die met consumenten — mag een rechtskeuze die *overdreven* nadelig is voor de andere partij opzij gelegd worden: „*Wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen*” (11).

5. KUNNEN PARTIJEN MEERDERE KADERRECHTEN KIEZEN? — Het kan gebeuren dat partijen meer dan één recht selecteren om hun overeenkomst te beheersen. Het komt voor dat partijen overeenkomen dat het contract beheerst wordt door recht A, maar dat het recht A' toepasselijk is op bijzondere problemen uit het contract. Ole Lando analyseert dit eensdeels als een rechtskeuze, en anderdeels als een incorporatie: „*The agreement on the applicability of the law of A is then, in general, to be understood as a party reference and the selection of the law of A' as an incorporation*” (12). Verder zal bepaald worden wat precies onder incorporatie moet verstaan worden.

Maar indien partijen werkelijk bedoeld hebben meer dan één rechtsstelsel als kaderrecht aan te duiden (*if the parties have made a party reference to more than one law*), hangt de geldigheid van dit beding af van het type van

---

(10) RIGAUX, *Droit international privé*, II, 1979, 372, nr. 1123.

(11) A.G.B. *Gesetz*, 9 december 1976, § 9 en § 10, 8.

(12) LANDO, O., *a.w.*, 43.

contract waarop het toepasselijk is, en op de belangen die de keuze motiveren. Partijen die meerdere contracttypes in éénzelfde formeel contractsg geheel samenvoegen — bijvoorbeeld een exclusiviteitsvereenkomst en een licentieovereenkomst — kunnen een rechtmatig belang hebben om de verschillende delen aan verschillende wetten te onderwerpen. Ze mogen eveneens overeenkomen dat een contract dat uitgevoerd moet worden in verschillende Staten, wat de uitvoering betreft achtereenvolgens zal onderworpen zijn aan het recht van het land waar een bijzondere uitvoeringshandeling zal plaats grijpen. Dit betreft de aspecten van het contract die afgescheiden kunnen worden van de algemene contractuele relatie. Ook Batiffol en Lagarde lijken de gestelde vraag bevestigend te beantwoorden<sup>(13)</sup>. In het *Répertoire Dalloz*, schrijft Batiffol: „Les parties peuvent-elles soumettre leur contrat à plusieurs lois, en disant ses stipulations? Dans la mesure où la division correspond à une réalité certaine, en ce sens que l'accord conclu en un seul instrument enveloppe en réalité deux ou plusieurs opérations effectivement distinctes, la référence à une loi différente pour chacune d'elles est entièrement légitime. Ainsi un contrat où intervient un tiers pour se porter garant de l'obligation contractée par le débiteur crée assurément deux liens obligatoires distincts malgré leurs relations” (14).

Er worde tenslotte aan herinnerd dat het beginsel volgens hetwelk bij wetsconflicten in de ruimte een contract *als een eenheid* te beschouwen is, heden aanvaard is door de rechtbanken in Engeland en de Common Wealthlanden, in Frankrijk, Zwitserland, de Benelux, de Scandinavische landen en de Oosteuropese landen. Terecht. De „*dépeçage*” en de „*splitting*” van een internationale overeenkomst zijn verwerpelijk. Ze leiden tot een kunstmatige opdeling van het contract. Onder *dépeçage* (ook wel genoemd: *coupure générale*; *morcellement*) wordt verstaan dat verscheidene aspecten van een contract door verscheidene rechtsstelsels worden beheerst (de geldigheid, vormen, interpretatie, uitvoering). Het contract wordt uiteengerafeld.

*Splitting* (*coupure spéciale*; *Spaltung*) beduidt dat de verbintenissen van beide partijen bij een wederzijds contract door verscheidene rechtsstelsels worden beheerst.

Aan de hand van de twee volgende voorbeelden ziet men duidelijk in hoe onzinnig dit allemaal is. Impliceert de ontbinding van een contract wegens wanprestatie een verbintenis van de verkoper de goederen terug te nemen en de reeds betaalde prijs terug te betalen, of impliceert het een wijziging

---

(13) BATIFFOL en LAGARDE, *Droit International Privé*, 1971, II, 244, voetnoot 24.

(14) *Répertoire Dalloz*, V°, *Contrats*, nr. 38.

van 's kopers verplichting de prijs te betalen? Het andere geval: volgens recht A gaat het risico over bij het sluiten van de overeenkomst, en volgens recht B bij de levering. Wie zal het verlies dragen, indien de zaak na het sluiten, maar vóór de levering teniet gaat, terwijl de verbintenissen van de verkoper zouden beheerst worden door recht A en die van de koper door recht B? Lando drukt het zeer goed uit: „*It may be true that each party expects his own law to govern, but this expectation applies to the contract as a whole and not only to his own obligations. In international contracts, however, which are concluded between residents of different states or countries the expectation of both parties cannot be fulfilled. One law must govern*”.

Hierbij weze onderstreept dat met de rechtsstelsels waarvan in dit nummer sprake was, kaderrechtsstelsels (*proper laws of the contract*) bedoeld zijn. Iets heel anders is de incorporatie van één of meerdere vreemde rechtsstelsels.

**6. FUNCTIES VAN HET KADERRECHT** — *Het dwingend recht*. Het kaderrecht bevat de dwingende regels waarvan in de internationale overeenkomst niet mag afgeweken worden. Indien er een rechtskeuze is, zullen de dwingende bepalingen (*the mandatory requirements*) van andere rechtsstelsels dan het door partijen geselecteerde opzij gelegd kunnen worden. Men mag afwijken van de dwingende bepalingen van de wet die „normaal toepasselijk” zou zijn (15).

De contractuele openbare orde wordt aldus aangegeven door het gekozen rechtsstelsel. De door partijen gekozen wetgever is als het ware de orkestleider die alles controleert en bijeenhoudt tot een harmonisch geheel. De openbare orde van het kaderrechtsstelsel oordeelt over de geldigheid van de contractuele mozaïek. Zelfs al worden verschillende aspecten van het contract beheerst door verschillende rechtsstelsels, dan eisen de staatsrechtbanken toch steeds de onderwerping van de overeenkomst aan één bepaald recht, welke dit ook weze, dat de gehele overeenkomst structureert en aan de hand van dewelke de geldigheid van de ingelaste vreemde rechtsregels die van dit recht afwijken, wordt gewaardeerd. Hierop wordt verder teruggekomen bij de behandeling van de „incorporatie”. Die contractuele openbare orde is niet met verwante begrippen te verwarren, met name:

— het onmiddellijk toepasselijk recht, waarover in het volgend nummer 7 gesproken wordt.

---

(15) RIGAUX, *a.w.*, II, 1979, 370, nr. 1121.

- de openbare orde in de zin van het I.P.R. van het forum. Dit begrip is voldoende gekend. Verder wordt in nr. 8 een voorbeeld gegeven in verband met fiduciaire eigendomsoverdracht en met de clause van eigendomsvoorbehoud.
- de „internationale” openbare orde (de openbare orde van het *jus gentium* noemt Lew het, en geeft als voorbeelden de apartheid of de omkoperij van ambtenaren (16). Hierop wordt verder niet ingegaan.

**7. DE ONMIDDELLIJKE TOEPASSELIJKE CONTRACTUELE POLITIEWET** — Sommige wetten bepalen uitdrukkelijk of stilzwijgend hun eigen geografisch toepassingsgebied. Hun toepassing hangt niet af van de werking van een verwijzingsregel en daarom noemde men ze in de rechtsleer „onmiddellijk toepasselijk” (17). Een rechtbank kan oordelen dat de bepalingen van een contractuele politiewet van een ander land voorrang heeft op de gekozen wet. Die politiewet moet met de inhoud van het contract een zodanige band vertonen dat haar toepassing onontkoombaar is. Het zal vaak om administratief-rechtelijke of om strafrechtelijk gesanctioneerde bepalingen gaan. Als voorbeelden kunnen gelden de regels met betrekking tot de bescherming van de gezondheid en de veiligheid der arbeiders van het land waar het contract uitgevoerd wordt; de bouwvergunning of de vergunning voor een hinderlijk bedrijf; het bepalen van de betalingsmunt (voorbeeld: artikel 3 van de Belgische wet van 12 april 1957).

De politiewet van een ander land dan dat van de „*proper law*” van het contract kan aldus bepaalde aspecten van de contractuele situatie regelen (18).

**8. OPENBARE ORDE IN DE ZIN VAN HET I.P.R. VAN HET FORUM** — De openbare orde nu in de zin van het I.P.R. van het forum is een gekend begrip. Het Franse cassatie-arrest van 3 mei 1973 geeft ons een mooi voorbeeld (19). Een Nederlandse bank had tot zekerheid van een toegestane lening een machine gekocht van de lener en hem die onmiddellijk terug afgestaan in huur-koop. Men weet dat in het Nederlands rechts sinds de gekende cassatiearresten van 1929 de kredietverlening met zekerheidsstelling door middel van fiduciaire eigendom een enorme vlucht genomen heeft. Na-

(16) *Le contrat économique international*, 155 en 166.

(17) Ole LANDO, *a.w.*, 40, voetnoot 327; RIGAUX, *a.w.*, 1979, II, 1121 en 1144; BATIFFOL en LAGARDE, *a.w.*, 247; TOUBIANA, A., *Le domaine de la loi en droit international privé*, Dalloz, 1972, 218.

(18) Alhoewel de Anglo-amerikaanse rechtspraak dit onderscheid niet maakt, kan men drie voorbeelden uit die rechtstelsels vinden over dwingend recht van de plaats waar het contract moet uitgevoerd worden bij Deelen, *a.w.*, 252.

(19) *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1974, 100, noot Mezger; *Clunet*, 1975, 74, noot Fouchard.



dien werd de machine naar Frankrijk vervoerd. Het hof van cassatie beschouwde de verrichting als een bezitloos pand. Als strijdig met artikel 1076 B.W. kan dit de bank geen in Frankrijk tegenstelbaar feit verschaffen. Een in het buitenland tot stand gekomen zekerheid moet van een in het Franse recht gekend type zijn. Het verworven recht mag niet strijdig zijn met de openbare orde, die niet dulden kan dat op een zich in Frankrijk bevindend roerend goed een door de Franse wetgeving ongekend zekerheidsrecht zou ingeroepen worden(20).

Men weet eveneens dat in het Duits recht de clause van eigendomsvoorbehoud in beginsel tegenstelbaar is aan derden. In de meeste handelssectoren wordt systematisch de eigendomsvoorbehoudclause in de standaardvoorwaarden ingelast. Men heeft ze trouwens vergeleken met onderzeeboten die onverwachts kunnen opduiken. De clause zou in Frankrijk — althans vóór de wet van 12 mei 1980 — of bij ons hetzelfde lot ondergaan als daarnet beschreven voor het bezitloos pand. Zekerheden zonder buitenbezitstelling bedongen in internationale contracten kennen een onzeker lot. Aan die onzekerheid staan bloot: de uitvoerder die op grond van een bedongen of door zijn wetgeving verleende zekerheid op het verkochte goed aan zijn koper krediet geeft; de uitlener die zich in zijn land een zekerheid doet geven op een roerend goed dat zich in het buitenland bevindt; of om 't even welke schuldeiser die over een zekerheidsrecht beschikt op een goed dat verplaatst kan worden naar het buitenland.

„*La loi française est seule applicable aux droits réels dont sont l'objet des biens mobiliers situés en France*”. Die regel werd dikwijls aangehaald in verband met conflicten met betrekking tot zekerheden zonder buitenbezitstelling of gelijkaardige instellingen die berusten op een overdracht of eigendomsvoorbehoud tot zekerheid van een schuldeiser(22). Deze stelling steunt op de schijnleer, ter bescherming van de derden: roerende transacties moeten vlot kunnen verlopen, zonder dat men over de oorsprong van het goed een onderzoek moet instellen noch een vreemde wet

---

(20) NIBOYET, *Traité de droit international privé*, IV, nr. 1194.

(21) De Franse wet van 12 mei 1980 staat bij faling van een koper van roerende goederen, die verkocht werden onder beding dat de eigendomsoverdracht opgeschort wordt tot de volle betaling van de prijs, de revendicatie ervan toe aan de niet betaalde verkoper, indien het beding tussen partijen overeengekomen werd in een geschrift dat ten laatste op het ogenblik van de levering opgesteld werd. Zie GHESTIN, J., *Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété*, *Rec. Sirey Dalloz*, 1981, chron. I, 1; DERRIDA, F., *La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives*, *Rec. Sirey Dalloz*, 1981, chron. 293.

(22) Cass., 24 mei 1933, *D.*, 1935, I, 257, noot Batiffol; *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1934, 142, noot Niboyet; Cass., 8 juli 1969, *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1971, 75, noot Fouchard; CLUNET, 1970, 916, noot Derupé; *J.C.P.*, 1970, II, 16.182, noot Gaudemet-Tallon; Cass., 3 mei 1973, *gécit*. Zie voor het Engelse recht: CHESTERMAN, M.R., *Choice of law aspects of liens and similar claims in international sale of goods*, *I.C.L.Q.*, april 1973, 213.

moet kennen. Tot hiertoe geldt dit zelfs nog voor auto's met buitenlandse plaat; men oordeelt dat de immatriculatie slechts een administratiefrechtelijke waarde heeft(23).

In België werd in dezelfde zin geoordeeld dat een verkoper een eigendomsvoorbehoudclausule jegens derden niet zal kunnen invoeren, zelfs indien de op het contract toepasselijke wet de Nederlandse, Duitse of Italiaanse is. Dit zou indruisen tegen de openbare orde in de zin van ons I.P.R.(24). Een Schots voorbeeld: in *Carse v. Coppen* (1951) — geciteerd door Collins, L., *Floating charges, receivers and managers and the conflict of laws, I.C.L.Q.*; oktober 1979, 691 — een geval waarin het Engels recht van toepassing was op een internationaal contract, werd een *floating charge* (een soort inpandgeving zonder buitenbezitstelling van het hele vermogen van een vennootschap) strijdig geacht met de Schotse openbare orde (utterly repugnant to the principles of Scots law).

Het Duitse hoogste gerechtshof daarentegen erkende — terloops gezegd — het zekerheidsrecht van een Franse bank op een Franse vrachtwagen tegen de aanspraken in van een Duitse schuldeiser die in Duitsland op de wagen beslag gelegd had(25). Juristen die met het opstellen van internationale contracten belast zijn, moeten hieraan denken.

**9. Het suppletieve recht.** Naast het leveren van de dwingende rechtsregels, heeft het kaderrecht eveneens tot taak subsidiaire rechtsregels te leveren. Aldus regelt het de verjaring (niet in het Anglo-amerikaans recht echter waar de vraag door de *lex fori* geregeld wordt)(26). Het kaderrecht levert eventueel het suppletief recht: heden nochtans proberen de contracterende partijen in hun tekst zelf een volledige materieelrechtelijke regeling uit te werken. Hierop wordt in het besluit teruggekomen.

**10. De interpretatieregels.** Het kaderrecht levert ook de regels volgens welke die internationale overeenkomst zal geïnterpreteerd worden(27).

---

(23) Zie over dit alles: CABRILLAC, M., *La reconnaissance en droit international privé des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger*, verslag op het XIde congres van de Internationale Academie voor rechtsvergelijking te Budapest in de zomer 1978.

(24) Kh. Brussel, 27 oktober 1958, *B.R.H.*, 1959, 81; 18 juni 1964, *ibid.*, 1968, 161, met noot R. Vander Elst.

(25) DROBNIG, U., Algemeen verslag, aangehaald Congres Budapest, 9.

(26) Zie Cass. fr., 31 januari 1950; 28 maart 1960; geciteerd door Batiffol-Lagarde, *a.w.*, nr. 615 en blz. 250, voetnoot 33; zie ook de contracten van de Internationale Bank voor heropbouw en ontwikkeling.

(27) LANDO, O., *a.w.*, 114, nr. 212; zie ook Cass. fr., 23 november 1892, *S.* 94.1.441; Trib. féd. Suisse, 5 december 1961, *J.* 1965. 940, noot Lalivé; C.A. juni 1937, *St. Pierre v. South America Stores, J.*, 1938. 589. 593; 1937, 3. *All E.R.* 349 (C.A.); zie ook Ole LANDO, *a.w.*, 114, noot 897 en 898.

Men vindt in de wereld verschillende methoden om contracten te interpreteren. Tegenover de subjectieve methode (of theorie van de wil) die bij ons traditioneel is, plaatst men de objectieve methode (van de verklaring van de wil), die in de Germaanse landen voorgehouden wordt door de rechtsleer en toegepast door de rechtspraak.

Volgens de objectieve methode heeft de formule die gebruikt werd om het contract op te stellen een waarde op zichzelf: de wil van de partijen moet slechts in beschouwing genomen worden in de mate waarin een verklaring van de wil deze belichaamt. Om de formule uit te leggen moet men een beroep doen op objectieve gegevens: de gebruiken die in de zakenwereld aanvaard zijn, de aanvaarding ervan in het sociaal milieu.

De Amerikaanse, en nog meer de Engelse rechter, voelt zich minder vrij t. o. v. de tekst van het contract dan de Romaans-germaanse. In het Anglo-amerikaans gebied is de kwaliteit van de contractuele bepalingen in het algemeen ook groter, en zeker eveneens hun aantal. Contracten lijken er soms op boekdelen! Door de detaillering van de rechtsverhouding in het contract ligt het ook voor de hand er minder gemakkelijk van af te wijken(28).

In verband hiermede kan gemeld worden dat het secretariaat generaal van Unidroit een werkdocument heeft voorbereid waarin de interpretatiemethode voor internationale handelsovereenkomsten in formules wordt vastgesteld(29). Er worden twee voorbeelden gegeven, waarin een rechtbank besliste dat de bijzondere interpretatieregels die voorhanden zijn in de wet of de rechtspraak van het kaderrecht, moeten toegepast worden. Aldus stelde een *Federal Circuit Court* die in Pennsylvania zetelde dat een kartelovereenkomst in Illinois moest geïnterpreteerd worden op grond van een Illinois rechtsregel volgens welke de vrijheid van handel slechts ingeperkt kan worden indien de woorden van het contract dit duidelijk bepalen(30).

De gedrukte tekst van een zeeverzekeringspolis hield een rechtskeuze in voor het Italiaans recht. Een met de hand geschreven tekst refereerde echter naar het Franse recht. Het Duitse hoogste gerechtshof besliste dat het Duitse recht, in dit geval weliswaar als *lex fori*, voorrang gaf aan de met de hand geschreven tekst(31).

---

(28) *Chitty on contracts*, 322, nr. 698 v.; *Corbin on contracts*, 506.

(29) Zie HERBOTS, J.H., *Interpretatievoorschriften voor handelsovereenkomsten en standaardbedingen*, R.W., 1977-1978, 2429.

(30) LANDO, O., *a.w.*, 115.

(31) RG 20 februari 1929, *IPRspr.* 1929, nr. 35.

11. De centrale contractwet is bevoegd om richtlijnen te geven voor de interpretatie van het contract. Dit verhindert echter niet te onderzoeken of de partijen deze of gene term niet gebruikt hebben in de betekenis die hij heeft volgens een ander recht, bijvoorbeeld dat van het land van de afsluiting of van de uitvoering. Dit is dan een feitenkwestie. Dit probleem kan in het bijzonder rijzen wanneer de partijen hun contract opstelden in een andere taal dan die van de toepasselijke wet. Uitgemaakt moet worden of de partijen wilden refereren naar de juridische begrippen van de gebruikte taal, of eenvoudigweg de begrippen uit het toepasselijk recht hebben *vertaald*.

Een Engelse rechtbank moet beslissen of de woorden „shipment before 30 november” betekende lading aan boord van een schip zoals in de Engelse taal, of zoals in de Amerikaanse terminologie eveneens lading aan boord van een treinwagon. De Amerikaanse verkoper sloot de overeenkomst met zijn Engelse koper door bemiddeling van zijn agent in Liverpool en de betaling zou in Engeland geschieden. Vermits de *proper law* het Engels recht was werd het woord „shipment” in zijn Engelse betekenis verstaan. De verwijzing naar de *proper law* snijdt geen hout in dit geval.

Het gebeurt vrij dikwijls, bijvoorbeeld bij een onderhandeling tussen een Belgische en een Iraanse firma, dat de onderhandeling in het Engels gebeurt, hoewel die taal niet gesproken wordt in de landen waarin de contracterende bedrijven hun zetel hebben. Het onderhandelen in een vreemde taal impliceert aldus niet alleen de kennis van de termen uit de taal, maar ook die van de begrippen en van de juridische regelingen die met die termen overeenkomen.

Onder de auspiciën voor Europa worden soms standaardvoorwaarden opgesteld voor het internationaal verkeer. Wanneer ze opgesteld zijn in het Engels moeten ze *prima facie* uitgelegd worden in overeenstemming met de Engelse betekenis van de gebruikte woorden en zinnen.

De vraag werd aan de Zweedse rechtbanken gesteld of de woorden „*perils of war*” uit een verzekeringscontract in Zweden gesloten tussen twee Zweden verstaan moesten worden in overeenstemming met hun betekenis in het Engels recht of eerder in de ietwat verschillende betekenis van de corresponderende Zweedse term. Het hoogste gerechtshof besliste in laatstgenoemde zin in 1917 (32), maar later ging de rechtspraak contracten van Engelse oorsprong interpreteren in overeenstemming met het Engels recht. Dit gebeurde eveneens in andere Scandinavische landen, in Enge-

---

(32) Zie ook het Duitse Olg. Hamburg, 28 september 1954, *IPRsprache* 1954-1955, nr. 34b.

land en Duitsland (33). Die oplossing bevordert de voorspelbaarheid en de rechtszekerheid.

Batiffol en Lagarde schrijven in dezelfde zin: „*Un problème analogue peut se poser lorsque les parties ont employé la langue d'un pays autre que celui dont la loi gouverne le contrat. Il sera parfois nécessaire, pour déterminer le sens des termes employés, de se référer à la loi du pays dont le contrat a utilisé la langue* (34). *Et l'on peut ainsi expliquer la formule donnée par certaines décisions d'après laquelle la loi du contrat n'est pas nécessairement, celle qui gouverne son interprétation. La formule ne doit toutefois pas être prise à la lettre: la traduction d'un contrat rédigé en langue étrangère reste une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond par la Cour de cassation, qui déclare même irrecevable en cette hypothèse le grief de dénaturation*” (35). Er heerse dus geen misverstand over de stelregel volgens welke het kaderrecht de interpretatieregels levert.

#### AFDELING 2

### HET GEÏNCORPOREERDE RECHT

**12. TERMINOLOGIE EN BEPALING** — Een verwijzing naar een rechtssysteem door partijen — in Engelse handboeken noemt men het „*party reference*” — is een uitdrukkelijke of stilzwijgende rechtskeuze. Dat is een aanknopingsfactor. Het maakt deel uit van de verwijzingsregel van het forum die het gekozen recht toepasselijk maakt. De Duitsers spreken van „*Kollisionsrechtliche Parteiverweisung*”. Door hun rechtskeuze onderwerpen partijen hun overeenkomst aan het gekozen recht, — het kaderrecht, de „centrale contractswet” (Deelen). Die manier van doen moet onderscheiden worden van de incorporatie (*incorporation*) van vreemd recht. Het onderscheid werd eerst in Duitsland voorgesteld, en later in andere landen aanvaard (36). In zijn proefschrift spreekt Deelen in dit geval van

(33) Zie ook Ole LANDO, *a.w.*, 115, noot 904 en 905.

(34) „Ce ne sera d'ailleurs pas le cas, si les parties se sont bornées à transcrire dans cet idiome des conceptions juridiques empruntées à un autre système. Certaines expressions peuvent être considérées comme indissociables d'un système juridique. Foote, *Private international Law*, 1925, 418, donne comme exemple: *The King's enemies*”.

(35) BATIFFOL en LAGARDE, *a.w.*, nr. 604.

(36) HAUDEK, *Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht*, Berlijn, 1931. Zie ook: MANN, F.A., in: *British Yearbook of international law*, 1939, 97; DICEY and MORRIS, *a.w.*, 734; CHESHIRE en NORTH, *a.w.*, 210; GRAVESON, *a.w.*, 434; KAHN-FREUND, *General problems of private international law*, Slijthof, Leiden, 1976, 93 en 195; VISCHER, *Vertragsrecht*, 21; U.S.A. Restatement 2d (1971) § 187; H.R., 13 mei 1966, *N.J.*, 1967, nr. 3; een Engels voorbeeld: Adamastos v. Anglo-Saxon Petroleum (1958) A.C. 133. Zie hierover THOMSON, A., *A different approach to choice of law in contract, art. cit.*, 662.

„secundaire rechtskeuze” (39). Partijen die hun overeenkomst bijvoorbeeld onder het Franse recht plaatsen, mogen hun verbintenissen scheppen zoals ze dat wensen, althans binnen de perken van de dwingende regels van het Franse recht. In uitgebreide en uitdrukkelijke clausules kunnen ze dit doen, maar ook bondiger door te verwijzen naar vreemde rechtsregels, bijvoorbeeld Engelse. Dit is een incorporatie van vreemd recht in de overeenkomst (*Materiellrechtliche Parteiverweisung*). Verondersteld wordt dus dat het kaderrecht verschilt van het geïncorporeerde recht. Dit laatste ontleent zijn gelding aan het kaderrecht, en niet aan het I.P.R. van het forum.

Fontaine geeft het voorbeeld van een contract waarin met betrekking tot een overmachtsclausule het Oostduitse recht geïncorporeerd wordt: „*Unabwendbare Gewalt is a circumstance preventing the fulfilment of contractual obligations which at the time of conclusion of this agreement, was unforeseeable and could not be prevented with the diligence commonly required in international trade as set forth in article 293, paragraph 1 of the Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge of February 5, 1976, as published in the Gesetzblatt der D.D.R., dated February 10, 1976*”. Voor de rest was de overeenkomst aan een ander rechtstelsel onderworpen (38).

**13.** Zoals alle comparatisten weten, moet een vreemd recht geïnterpreteerd worden, niet op de wijze die gebruikelijk is in het systeem van de *lex fori*, maar wel volgens de interpretatiemethode die gebruikelijk is in dat rechtstelsel zelf. De hiërarchie der bronnen die ginds geldt, moet geëerbiedigd worden (39).

Meestal wordt daarentegen gezegd dat het geïncorporeerde vreemde recht geïnterpreteerd moet worden volgens de methode van het kaderrecht. Hiermede is Kelly het terecht niet eens (40).

**14. VOORBEELDEN VAN INCORPORATIE — *De trust*.** Een trust is een fiduciaire rechtsverhouding krachtens welke een persoon, de *trustee*, verplicht is bepaalde rechten waarvan hij titularis is, te bewaren en uit te oefenen ten gunste van een *beneficiary* (41). Ofschoon de *trustee* in streng juridische

(37) DEELEN, *a.w.*, 82.

(38) FONTAINE, M., *Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux, Droit et Pratique du commerce international*, december 1979, 477.

(39) Zie MARCH, N.S., *Interpretation in national and international context*, U.G.A., Brussel, 1974.

(40) KELLY, D. St. L., *Reference, choice, restriction and prohibition*, I.C.L.Q., 1977.

(41) VAN GERVEN, W., *Algemeen Deel, Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, 157, 160, 250, 269, 457 en 460.

zin van het woord eigenaar is van de hem overgedragen goederen of rechten, is dit eigendomsrecht meer schijn dan werkelijkheid. De in *trust* gegeven goederen of rechten vormen een door de oorspronkelijke eigenaar ervan vrij in het leven geroepen afgescheiden vermogen. De *trust* is de meest typische vrucht van de Engelse *equity* rechtspraak. Thans zijn de gebruiksmogelijkheden van deze instelling ongemeen talrijk in het Anglo-amerikaanse recht. Er zijn belangrijke toepassingen in het handelsrecht, in het bijzonder in het vennootschapsrecht (4). Gebaseerd op het onderscheid tussen *legal* en *equitable ownership* is de instelling van de *trust* bijzonder geschikt om juridische vorm te geven aan situaties, waarin de zeggenschap over een groep vermogensbestanddelen en het economisch belang met betrekking tot diezelfde vermogensbestanddelen niet in één hand verenigd zijn.

15. De praktijk van de internationale petroleumcontracten levert een recente toepassing van de *trust*. Gedacht wordt hier aan de overeenkomsten ter financiering en gebruik van een petroleumterminal, dit is een geheel van installaties zoals dijken, reservoirs, pipelines en andere middelen die de ontscheping, de bewaring en het verder vervoer mogelijk maken van door tankers aangevoerde aardolie. Het betreft een ingewikkelde verrichting die gerealiseerd wordt door middel van verschillende overeenkomsten die er in hoofdzaak toe bestemd zijn waarborgen te verschaffen aan de banken die aanvaardden de noodzakelijke investeringen te financieren door leningen: door een *throughput agreement*, verbinden de gebruikers zich ertoe jegens de bouwer (waarvan ze over het algemeen het kapitaal bezitten) genoegzaam van de terminal gebruik te maken, zodat ze door hetgeen ze hiervoor betalen moeten, hem in staat stellen de aangegane schuld terug te betalen; anderzijds cedeert de bouwondernemer, na door een *common trust deed* een *common trustee* aangesteld te hebben, al zijn rechten aan laatstgenoemde, door een *assignment agreement*, zodat hij in staat is de voordelen van de operatie te innen en op het verloop ervan toezicht te houden door alle middelen: aldus is de *trustee*, die alle nodige bevoegdheden ontving, gewapend om banken de goede afloop van de operatie te waarborgen.

16. De laatste jaren werd de *trust* figuur eveneens aangewend bij Euro-emissies (43). Sinds 1963 ontstond er, zoals men weet, een internationale door eurodeviezen gevoede kapitaalmarkt. Onder eurodeviezen wordt

---

(42) Bijvoorbeeld: *debenture trust* bij de emissie van obligaties; *voting trust*; *investment trust*.

(43) Zie OPPETIT, B., *Le „trust“ dans le droit du commerce international*, *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1973, 1.

verstaan geld dat buiten zijn wettelijk gebied circuleert. Op die markt opereren investeerders die op zoek zijn naar kapitalen die hen op de te enge nationale markten geweigerd worden. Het betreft hoofdzakelijk multinationals en Amerikaanse groepen; hoe langer hoe meer echter doen Europese vennootschappen mee. De *trust* vormt de spil van een complexe operatie: de *trust* is eigenlijk het orgaan dat over de goede afloop van de emissie waakt, en een waarborg is voor de verschillende partijen. De *legal property* van de trustee is niet gevestigd op zaken die voorwerp zijn van zakelijke rechten, maar op vorderingsrechten. De *trustee* is titularis van alle rechten van de euro-inschrijvers, die schuldeiser zijn van de emittende vennootschap. De contracten worden, zoals blijkt uit de praktijk, opgesteld in termen van wetsconflicten. Er is immers nog geen eenvormig recht terzake.

Bij sommige euro-emissies werd de lening onder een bepaald recht geplaatst, bijvoorbeeld het Franse bij de emissie van de *Compagnie Financière de Suez*, of het Japanse bij de emissie § U.S. 15.000.000 1970-1985 van *Fuzi Photo Film w, Ltd.* of § U.S. 25.000.000 1970-1985 *Toshiba*. Maar de *trust* viel onder toepassing van het recht van de Staat New York: een incorporatie dus. Hierbij zijn wel enkele bedenkingen te maken.

17. Men kan de vraag stellen wat verstaan wordt onder „de wet van de *trust*”. De plaats waar de goederen zich bevinden bepaalt de rechten van de beneficiarissen van de *trust* op die goederen, alsook de rechten van de *trustee* en van de schuldeisers. De bekwaamheid van de persoon die de *trust* vestigt wordt bepaald door zijn nationale wet. Men is het er echter over eens dat een *trust* op geldige wijze gevestigd werd, indien die vestiging beantwoordt aan de vereisten van de wet die door partijen aangeduid werd. Dit impliceert dat men de *trust* als een instelling van het verbintenissenrecht beschouwt. Hoort de *trust* niet eerder in het zakenrecht? Op dit theoretisch kwalificatieprobleem wordt hier verder niet ingegaan. De contractuele kwalificatie, en de vastknoping aan het vrij gekozen recht denatureert eigenlijk de *trust*, maar niettemin neemt de rechtsleer over het algemeen aan dat de uitdrukkelijke rechtskeuze het haalt. Zelfs als het niet gaat om een geïncorporeerd recht (wat meestal het geval is), zal de keuze van een (uiteraard anglo-amerikaans) rechtsstelsel niet opzij gelegd worden, al is het helemaal vreemd aan de operatie, omdat die keuze niet voortvloeit uit een bedrieglijk opzet, maar uit de bezorgdheid de *trust* vast te knopen aan een rechtsstelsel waarin de instelling gereguleerd wordt.

18. De interpretatie van het recht van de *trust* door een rechtbank van een land dat die instelling niet kent, levert wel problemen. Het betreft inder-



daad oorspronkelijk een gewetensplicht die door de *equity* opgelegd wordt. De *Chancery Court* beschikt over een efficiënte sanctie, met name de *injunction* die op straffe van *contempt of court* gehoorzaamd moet worden. Die efficiënte sanctie kennen de continentale rechtsstelsels niet. Ook missen de banken in continentale landen de nodige instellingen. Voor continentale juristen lijkt het op het eerste gezicht ook moeilijk het bestaan van concurrerende rechten op éénzelfde zaak te aanvaarden (44).

**19. Eigendomsvoorbehoud.** Tenslotte kan de reeds besproken clauseule van eigendomsvoorbehoud ons nog een voorbeeld leveren. De eigendomsverhouding tussen partijen blijft geregeld door de *lex contractus*. Maar wat de tegenstelbaarheid betreft zullen de uitleners en de verkopers zich moeten wenden tot het recht van het land van bestemming om te onderzoeken of ze krachtens dat recht een voldoende zekerheid kunnen bekomen. Dat lijkt voor het ogenblik de enige oplossing. Aldus kunnen de geldigheid en de gevolgen van een eigendomsvoorbehoudbeding beheerst worden door het recht van het land van bestemming. Die rechtsregels zullen dan geïncorporeerd worden.

Indien geweten is dat het goed in een ander land vervoerd zou kunnen worden, zou een beding kunnen ingelast worden krachtens welke de partijen zich ertoe verbinden om mee te werken tot de maatregelen die nodig zijn om in het nieuwe land de zekerheid aan te passen aan de publiciteits- en geldigheidsvereisten van dat rechtsstelsel. Aldus kan de zekerheid ingepast worden in de types van zekerheidsrechten die aanvaard zijn in de nieuwe *lex situs*.

Verwezen kan hier worden naar een bevredigende uitspraak van het Duitse gerechtshof waarin een conversie aanvaard werd van een eigendomsvoorbehoudsbeding dat gedeeltelijk geldig was volgens het Italiaans recht, in een volledig geldige clauseule bij aankomst van de ingevoerde goederen in de verblijfplaats van de Duitse koper (45).

In zijn boek over transnationale contracten komt Delaume bestendig terug op de gedachte dat de kennis van het I.P.R. niet voldoende is voor „*successful conflict avoidance*”, en dat men vóór dat de rechtskeuze of de forumkeuze gemaakt wordt de oplossingen nauwkeurig moet onder-

---

(44) Zijn echter het recht van de handelshuurder en de pachter bijvoorbeeld niet geëvolueerd naar een soort zakelijke last, zodat het een concurrerend recht werd met dat van de eigenaar?

(45) DROBNIG, o.c., 29; SIEHR, K., *Der Eigentumsvorbehalt an beweglichen Sachen im Internationalen Privatrecht, insbesondere im deutsch-italienischen Rechtsverkehr*, Aussenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters, 1971, 10 v.

zoeken die gegeven worden in alle mogelijkerwijze toepasselijke rechtsstelsels of in het recht van het eventuele forum(46).

**20. BETEKENIS VAN DE INCORPORATIE.** Het onderscheid tussen partijkeuze en incorporatie wordt betekenisvol, wanneer men aan het volgende denkt. Wanneer partijen een rechtskeuze maken, tellen ten eerste met betrekking tot de inhoud van het contract, de dwingende regels van andere rechtsstelsels dan het gekozen niet mee. Bij incorporatie is het dwingend recht van het kaderrecht toepasselijk, en de ingelijfde rechtsregels kunnen er niet strijdig mee zijn.

We hernemen even het gegeven voorbeeld van de overmachtsclausule (geïncorporeerd Oostduits recht). Het lijkt dat in algemene regel — er zijn uitzonderingen bijvoorbeeld in het vervoerrecht — de regeling van de gronden van ontlasting die niet toerekenbaar zijn aan de schuldenaar, slechts van suppletieve aard is. Geldig zijn daarom overmachtsclausules die de voorwaarden versoepelen waaraan de beschouwde gebeurtenissen moeten beantwoorden, of die een regeling ontwerpen op het vlak der gevolgen (kennisgeving, opschorting, nieuwe onderhandelingen, enz.), als ze worden ingelast in overeenkomsten waarvan het kaderrecht de *common law* of een continentaal rechtstelsel is. Men bedenke evenwel dat clausules die de aansprakelijkheid beperken of doen verdwijnen niet zonder voorbehoud toegelaten zijn. In het Franse recht kan men zich bijvoorbeeld niet exonereren voor opzet of zware fout(47).

In dezelfde zin kan de vraag gesteld worden of de geïncorporeerde bepalingen over de *trust* niet strijdig zijn met de openbare orde van het kaderrecht. Kan de *trustee* de dubbele hoedanigheid cumuleren van lasthebber van de emiterende vennootschap en van de inschrijver? Indien het kaderrecht het Franse is, kan men op beide oren slapen(48).

**21.** In de rechtspraak met betrekking tot aan het goud geïndexeerde internationale leningen werd ten tweede de vraag of partijen hun internationale overeenkomst mogen onttrekken aan de wettelijke veranderingen die na het sluiten van de overeenkomst ingrijpen, negatief beantwoord. Dit geldt slechts voor het kaderrecht. Een dergelijke clausule die het recht „versteend” is daarentegen voor het geïncorporeerde recht wel mogelijk.

---

(46) DELAUME, G.R., *Transnational contracts. Applicable law and settlement of disputes. A Study in conflict avoidance*, 1979, § 3.04.

(47) MERCADAL, B., *Ordre public et contrat international*, D.P.C.I., 1977, 3, 457; *chronique, ibid.*, 1978, 4, 576. Aangehaald door FONTAINE, M., *a.w.*, 495.

(48) Cass. fr., 19 februari 1908, *Clunet*, 1912, 243.

**22.** De reeds eerder gestelde vraag tenslotte of er een werkelijke connectie moet bestaan tussen de contractuele situatie en het gekozen recht, betreft slechts de rechtskeuze. Er kunnen geen bezwaren zijn tegen de incorporatie van een vreemd recht dat met de contractuele situatie geen aanknopng heeft. Als men maar niet de dwingende regels van het kaderrecht schendt (49).

**23.** ONGELDIGE RECHTSKEUZE. Een rechtskeuze kan ongeldig zijn wegens gebrek aan connectie met de contractuele situatie of wegens de bedoeling de wet te omzeilen. Het I.P.R. duidt dan het kaderrecht aan, alsof er geen uitdrukkelijke rechtskeuze ware geweest. Kan echter op gebied van het suppletieve recht, het *ius dispositivum* van het aangeduide kaderrecht, het door partijen gekozen recht, geen toepassing vinden?

De vraag hoort beantwoord te worden door het kaderrecht. Indien een rechtbank bijvoorbeeld vindt dat het op een standaardcontract toepasselijk recht het Duitse is, moet in het Duitse recht uitgemaakt worden of de keuze voor een ander recht volledig opzij gelegd moet worden op grond van het *AGB Gesetz* van 1976, met het gevolg dat uitsluitend Duits recht van toepassing zou zijn.

**24.** DE GELDIGHEID VAN DE INCORPORATIE. De vraag of een bepaalde incorporatie van vreemd recht wel geldig is, moet door het kaderrecht — en niet door het recht van het forum bijvoorbeeld — beantwoord worden. De Duitse wet op de standaardvoorwaarden geeft ons een toepassingsgeval. Of een incorporatiebeding in een standaardcontract geldig is om reden van het handelsrechtelijk karakter van de overeenkomst, of ongeldig omwille van de bescherming van de zwakkere partij, moet door het kaderrecht uitgemaakt worden (50).

**25.** Indien partijen geen uitdrukkelijke rechtskeuze gedaan hebben, kan een referentie naar vreemd recht dat geïncorporeerd wordt, — verkeerdelijk wellicht — opgevat worden als een aanduiding dat dit recht het kaderrecht is.

Dit lijkt normaal indien het om een belangrijke kwestie gaat, welke door die wet dwingend geregeld wordt. Het is dit echter niet indien het om een geïsoleerde referentie gaat, die slechts tot doel heeft een bijzondere bepaling uit het aangeduide recht tussen de contractuele bedingen in te lassen. In een dergelijk geval had een Zwitser een Française gehuwd, met

---

(49) CHESHIRE, *a.w.*, 210; DICEY en MORRIS, *a.w.*, 732.

(50) Ole LANDO, *a.w.*, 46, nr. 86.

name in Parijs in 1904. Het huwelijkscontract werd verleden te Baal, waar de echtelijke woonplaats gevestigd werd. Er is geen twijfel dat het om een internationaal contract gaat. In 1936 werd in Parijs de echtscheiding toegelaten. Er rees echter een moeilijkheid bij de afwikkeling: de devaluatie van de Franse munt. Moest bij de teruggave rekening gehouden worden met de Zwitserse munt als rekeneenheid of als betaalmunt? In het contract werd ergens met betrekking tot het bewijs van terugnemingen verwezen naar artikel 1498 en artikel 1499 van het Frans Burgerlijk Wetboek. Er werd gelukkiglijk beslist dat dit niet volstond om het Franse recht toepasselijk te maken (51). Voorzichtigheid is nochtans geboden bij de redactie van het contract.

**26. Volkenrecht.** Ook het internationaal recht kan in de overeenkomst geïncorporeerd worden. Partijen kunnen bijvoorbeeld bedingen dat het begrip „overmacht” de inhoud heeft, die het internationaal recht het toekent. De overeenkomst tussen NIOC en Sapphire bepaalde bijvoorbeeld in artikel 37, § 2 dat overmacht moet geïnterpreteerd worden „according to the principles of international law” (52). Het internationaal recht inzake overmacht wordt aldus als het ware een beding van de overeenkomst.

Deze incorporatie mag, het weze nog eens herhaald, niet gelijk gesteld met een onderwerpen van de overeenkomst aan het internationaal recht (53). In de Sapphire-uitspraak werd een verwijzing naar het internationaal recht om inhoud te geven aan het begrip „overmacht” daarentegen wel als een aanduiding beschouwd van het internationaal recht als „*lex contractus*”.

Ondanks de incorporatie moet de overeenkomst nog door een recht beheerst worden. De incorporatie zal slechts geldig zijn in de mate waarin de dwingende normen van het recht dat de overeenkomst beheerst — we noemden het het kaderrecht — niet geraakt worden. Indien het recht, dat de overeenkomst beheerst, het recht van de Staat-medcontractant is, zal het geïncorporeerde internationaal recht bijvoorbeeld geen bescherming bieden tegen het invoeren van nieuwe dwingende wetten door de Staat-medcontractant.

---

(51) Cass. fr., 18 december 1951, *Dall. Hebd.*, 1952, 357; zie BATIFFOL-LAGARDE, *a.w.*, 270. Voor een referentie naar een „trust”, zie Parijs, 10 januari 1970, *Dall. Hebd.*, 1972, 122, noot Malaurie.

(52) *I.C.L.Q.*, 1964, 1013, geciteerd door Van Houtte, H., *Rechtsvinding bij transnationale handelsarbitrage*, gestencild, K.U. Leuven, 378; zie tevens DELAUME, 10 col., *Journ. Transn. L.*, 1971, 247.

(53) Zie DELAUME, *B.T.I.R.*, 1968, 347-350.

27. Na in deze korte bijdrage de rechtsincorporatie in het zonnetje geplaatst te hebben, zou dit procédé tenslotte toch moeten gerelativeerd worden.

De uitdrukkelijke aanduiding van een kaderrecht blijft gewenst in een internationale overeenkomst. Daarover is iedereen het eens. Maar die aanduiding is bijzaak, in die zin dat de essentiële taak van de redacteurs bestaat in de opstelling van een contractuele inhoud die zoveel mogelijk op zich zelf volstaan moet om alles te regelen (54). Dit is geen contract zonder wet. In het gekozen wettelijk kader wordt het eigen contract door partijen „op maat” gemaakt, zover dit maar mogelijk is (zonder buiten het raam te geraken). De enige reden van bestaan van het gekozen kaderrecht bestaat erin het dwingend recht te leveren dat niet opzij gelegd kan worden.

Beter dan de incorporatie lijkt het, indien mogelijk, zelf alle mogelijke hypothesen in het contract te voorzien, zodat suppletief recht nutteloos wordt. Aldus heeft — om tot onze overmachtsclausule terug te komen — de Internationale Kamer van Koophandel aan prof. P. Van Ommeslaghe gevraagd model-bedingen op te stellen van overmacht en *hardship*. Partijen zouden die clausule dan aan hun bijzondere toestand moeten aanpassen. Het contract moet op maat gemaakt worden. Dit lijkt beter dan te verwijzen naar het begrip overmacht in het geïncorporeerde Oostduitse recht, zoals in het hoger aangehaald voorbeeld. In verband met het besproken toepassingsgeval over de *trust*, vraagt Oppetit zich eveneens af of het wel nodig is aan „incorporatie” te doen. Zou men niet tot een even bevredigend resultaat kunnen komen door een beroep te doen op een „onbenoemde overeenkomst” (55)?

Het is een kwestie van integratie van nieuwe begrippen in een bepaald nationaal rechtssysteem. Een delicate taak voor comparatisten, men merkt het. Veel belangrijker aldus dan de kennis van I.P.R. is voor de juristen die een internationaal contract in elkaar timmeren, de vertrouwde methode van de rechtsvergelijking en de kennis van het vreemde recht, — om te beginnen het recht van de contractuele partner. In vele gevallen zullen de contractuele partners onder een verschillend rechtssysteem leven, en zullen hun juristen denken volgens verschillende patronen, in verschillende begrippen. Zij zijn het nochtans die een uitgebreid contract zullen in elkaar steken. Behalve in het geval de verschillende rechtssystemen vrij dicht bij elkaar staan — tot dezelfde familie behoren — en behalve ook in het geval waarin een partij aan de andere een toetredingscontract kan opdringen, zullen de contractuele partners het terrein rechts-

---

(54) HORSMANS, G., *Le contrat économique international*, 462.

(55) OPPETIT, B., *a.w.*, 1973, 1.

vergelijkend moeten aftasten, om vertrekkend vanuit verschillende rechtssystemen een compromis te vinden die in het klein een soort eenmaking van de beide rechtssystemen is, — een mini-harmonisatie van twee of meerdere rechtssystemen.

Het essentiële bestaat er vandaag voor de redacteurs in, het contract een inhoud te geven die, voor zover als mogelijk, aan zichzelf genoeg heeft. De huidige praktijk van de economische internationale contracten heeft, eerder dan aan de technieken van het I.P.R., nood aan de rijkdom van de rechtsvergelijking (56).

## SOMMAIRE

### L'INCORPORATION D'UN DROIT DANS UN CONTRAT INTERNATIONAL

Plusieurs droits peuvent être applicables à un contrat international:

1. un droit-cadre, choisi expressément (la loi d'autonomie) ou désigné par le tribunal ou l'arbitre; plusieurs droits-cadre pourraient même être d'application;
2. la loi de police contractuelle qui serait, étant donné les éléments objectifs de la situation contractuelle, immédiatement applicable;
3. le droit du tribunal, puisqu'aucune des règles des droits mentionnés ne peut être contraire à l'ordre public au sens du droit international privé du tribunal;
4. un autre droit encore qui serait incorporé au contrat.

C'est précisément cette incorporation d'un droit dans un contrat international qui est l'objet de cet article. La clause de force majeure, la clause de réserve de propriété, et le trust dans le commerce international ont été choisis comme exemples.

Les fonctions du système juridique qui sert de droit-cadre consistent en ceci qu'il donne:

1. les règles impératives régissant le contrat (et il importe de ne pas confondre ces règles d'une part, et d'autre part l'ordre public du forum, l'ordre public international ou le droit immédiatement applicable);
2. le droit supplétif ou subsidiaire, si nécessaire;
3. les règles d'interprétation du contrat.

Il se peut qu'un contrat ait été ancré explicitement ou tacitement sur un système déterminé de droit, mais que les parties estiment que ce droit n'offre pas, à certains égards, les solutions appropriées. Les parties ont alors la possibilité de se tourner vers un autre droit pour chercher une solution à leur problème.

La distinction entre choix du droit (*kollisionsrechtliche Parteiverweisung, party reference*) et incorporation (*materiellrechtliche Parteiverweisung, incorporation*) a d'abord été proposée en Allemagne; d'autres pays l'ont adoptée ensuite.

---

(56) Zie ook CONSTANTINESCO, L.-J., *Traité de droit comparé*, II, *La méthode comparative*, Parijs, 1974, 144 en 326.

Le droit incorporé ne peut être contraire à l'ordre public du droit-cadre. Il présente comme caractéristique la liberté complète du choix (allant même jusqu'au droit international) et la possibilité d'être stipulé immuable. Un choix de droit déclaré non valable par le tribunal peut encore être considéré comme clause d'incorporation.

Il faut cependant être attentif au danger qu'une référence à un droit étranger pourrait être considérée comme choix d'un droit-cadre, et également au danger d'incohérence en cas de panachage.

Il est suggéré qu'il vaudrait mieux, au lieu d'avoir recours à l'incorporation, façonner soi-même un contrat élaboré, de façon à rendre un droit supplétif inutile. Plus que la connaissance du droit international privé, les juristes devant rédiger un contrat international doivent posséder la méthode comparative et être au courant des droits étrangers, à commencer par le droit du partenaire contractuel.

## SUMMARY

### THE INCORPORATION OF FOREIGN LAW INTO AN INTERNATIONAL CONTRACT

An international contract can be subject to a number of legal systems:

1. Framework laws, expressly referred to by the parties or by the court or arbitrator; it would even be possible for several framework laws to apply at one and the same time.
2. The coercive law of the contract which would apply immediately in view of the objective elements of the contract.
3. The legal system of the court, since none of the systems mentioned above may contravene public policy from the point of view of private international law.
4. Rules from a different legal system which were incorporated in the agreement.

This incorporation of foreign law into an international contract precisely constitutes the substance of this article. The "force majeure" clause, retention of title and trusts in international transactions are used as examples.

The framework law has the following purpose:

1. to provide the coercive rules which apply to the contract (without confusing these rules with the public policy rules of the home country, international public policy or immediately applicable coercive law of the contract);
2. to provide additional rules;
3. to provide rules of interpretation of the contract.

It can occur that a contract is entrenched either expressly or implicitly in a contract, but that nevertheless the parties consider that this legal system does not provide a satisfactory legal solution. They still have the possibility open to them of invoking other rules for the purpose of solving their problem.

The distinction between party reference and incorporation was first made in Germany, with other systems following suit. Incorporated rules may not be contrary to the coercive rules of the framework law. It is characterised by an unlimited freedom of choice (which can be related to public international law) and by the possibility of making this an unchangeable provision in the agreement. Even if it is declared null and void by the courts, the choice of legal system can still be interpreted as being an interpretation clause.

Attention should be drawn, however, to the danger that reference to a foreign legal system could be wrongly interpreted as a choice of framework law, as well as to the dangers of confusion in case both options are mixed.

Infinitely preferable to using the incorporation method would be for the parties to elaborate an agreement themselves in which as many contingencies as possible are envisaged, which would make additional provisions superfluous. Lawyers who draw up international contracts, more than scholars of Public International Law, need to have a thorough command of comparative law method and a knowledge of foreign law, particularly that of the other party to the agreement.

## ZUSAMMENFASSUNG

### DIE INKORPORATION FREMDEN RECHTES IN EINEN INTERNATIONALEN VERTRAG

Auf einen internationalen Vertrag können verschiedene Rechtssysteme anwendbar sein:

1. ein Rahmenrecht, das ausdrücklich von Parteien gewählt wurde, oder das vom Gericht oder vom Schiedsrichter angedeutet wurde; es können sogar verschiedene Kaderrechtssysteme anwendbar sein;
2. das vertragsmässige Polizeigesetz, das angesichts der objektiven Elemente der vertragsmässigen Situation anwendbar wäre;
3. das Rechtssystem des Gerichtes, weil keine einzige der schon erwähnten Rechtsregeln der öffentlichen Ordnung im Sinne des internationalen Privatrechtes des Gerichtes widersprechen dürfte;
4. Rechtsregeln aus einem weiteren Rechtssystem die in den Vertrag aufgenommen werden sollten.

Die Inkorporation fremden Rechtes in einen internationalen Vertrag ist gerade das Thema dieses Artikels. Die Übermachtsklausel, die Eigentumsvorbehaltklausel und der Trust im internationalen Handelsverkehr wurden als Beispiele angeführt.

Die Funktionen des Rahmenrechtes bestehen darin:

1. dass es die zwingenden Rechtsregeln die auf den Vertrag anwendbar sein liefert (man darf diese Regeln allerdings weder mit der öffentlichen Ordnung des Forums verwechseln, noch mit der internationalen öffentlichen Ordnung, noch mit dem unmittelbar anwendbaren Polizeigesetz);
2. dass es das ergänzende oder supplementäre Recht zur Verfügung stellt;
3. dass es die Regeln der Interpretation des Vertrages umfasst.

Es kann geschehen dass ein Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend in einem bestimmten Rechtssystem festgelegt wird, dass die Parteien aber der Ansicht sind, dass dieses Rechtssystem in einer gewissen Hinsicht keine geeignete juristische Lösung biete. Sie haben dann die Möglichkeit sich an ein anderes Recht zu wenden um für diese Schwierigkeit eine Lösung zu finden.

Der Unterschied zwischen der Verweisung auf das Rahmenrecht (kollisionsrechtliche Parteiverweisung) und der Inkorporation (materiellrechtliche Parteiverweisung) wurde zunächst in Deutschland vorgeschlagen; andere Länder haben ihn später akzeptiert. Das inkorporierte Recht darf den zwingenden Regeln des Rahmenrechtes nicht widersprechen.



Es wird durch eine uneingeschränkte Wahlfreiheit gekennzeichnet (die sogar das Völkerrecht gelten kann) und durch die Möglichkeit um als unänderbar stipuliert zu werden. Eine vom Gericht ungültig befundene Rechtswahl kann noch als Inkorporationsklausel betrachtet werden. Man soll allerdings die Gefahr beachten, dass die Verweisung auf ein fremdes Recht mit Unrecht als die Wahl eines Rahmenrechtes betrachtet werden könnte; und ebenfalls die Gefahr der Unzusammenhängigkeit im Fall der Panaschierung. Es wäre besser, statt sich auf die Inkorporationstechnik zu berufen, selber einen Vertrag zu erarbeiten, in dem alles möglichst vollständig vorgesehen ist, sodass ergänzendes Recht überflüssig wird. Es mangelt den Juristen die einen internationalen Vertrag abfassen, viel mehr als an der Kenntnis des Inkorporationsrechtes, an der Beherrschung der rechtsvergleichenden Methode, und an der Kenntnis des fremden Rechtes und an erster Stelle an der Kenntnis des Rechtes des kontrahierenden Partners.