

## WEG MET DE IMPLICIETE RECHTSKEUZE!

Patrick WAUTELET\*

---



---

“[d]e louter hypothetische wil is in de praktijk echter niet steeds duidelijk te onderscheiden van de stilzwijgende wil van de partijen ...”

(J. ERAUW en H. STORME, *Internationaal privaatrecht*, 2009, Kluwer, 668, nr. 584).

---



---

Johan ERAUW heeft het internationaal contractenrecht niet alleen lang in de praktijk bedreven. Hij heeft het ook in al zijn gedaanten becommentarieerd – van het EVO<sup>1</sup> tot de Rome I-Vo.<sup>2</sup> Een van de klassieke leerstukken van het internationaal contractenrecht is de mogelijkheid voor de rechter om ondanks het ontbreken van een rechtskeuzebeding, toch te oordelen dat partijen stilzwijgend voor een bepaald recht gekozen hebben. Wanneer partijen hun wil niet uitdrukkelijk te kennen hebben gegeven, mag de rechter (of arbiter) desondanks op zoek gaan naar elementen die deze wil gestalte geven. Zoals de gevierde het schrijft, verdient de expliciete rechtskeuze de voorkeur, want het valt moeilijk voor te spellen of de rechter inderdaad zal aannemen dat partijen impliciet een keuze hebben gemaakt.<sup>3</sup> In het interne recht wordt ook vaak op de impliciete wil van een partij of van partijen een beroep gedaan. Men beseft wel dat dit niet zonder moeilijkheden of risico's gaat. De wil van partijen achterhalen is nooit eenvoudig – zeker niet wanneer de relatie tussen rechtspersonen tot stand gekomen is.<sup>4</sup>

---

\* Universiteit Luik.

<sup>1</sup> J. ERAUW, “Een nieuw ontwerp voor een Europees internationaal privaatrecht van de contractuele verbintenissen”, *RW* 1979-80, kol. 145-154.

<sup>2</sup> J. ERAUW en J. DE MEYER, “Aansprakelijkheid en contracten onder de nieuwe regels van internationaal privaatrecht – 2009”, *De Verz.* 2009, 5-15; J. DE MEYER en J. ERAUW, “Het recht van toepassing op verbintenissen uit overeenkomst volgens de nieuwe Rome I –Verordening” in *Nieuw internationaal privaatrecht – Meer Europees, meer international*, Kluwer, 2009, 277-331.

<sup>3</sup> J. DE MEYER en J. ERAUW, *art.cit.*, in *Nieuw internationaal privaatrecht – Meer Europees, meer international*, Kluwer, 2009, 297, nr. 34.

<sup>4</sup> Zie vooral P.-A. FORIERS, “Rêves et pensées de personnes morales. Observations sur l'imputabilité d'éléments psychologiques aux sociétés dotées de la personnalité juridique” in *Liber amicorum Bernard Glansdorff*, Bruylant, 2008, 210-233.

Ook in het internationaal privaatrecht kan de stilzwijgende rechtskeuze op een lange en rijke traditie bogen. We zijn er echter van overtuigd dat het internationaal privaatrecht beter zou werken zonder dit leerstuk dat zich zo moeilijk tussen de subjectieve en de objectieve aanknopingsnestelt.<sup>5</sup> De mogelijkheid voor de rechter om nadat een contract of een andere rechtsrelatie tot stand gekomen is, na te gaan of partijen inderdaad een keuze hebben willen maken, werkt onzekerheid in de hand en veroorzaakt onnodige kosten. Het huidige internationaal privaatrecht van contracten kan perfect zonder de stilzwijgende keuze werkbaar blijven. Ook buiten het contractenrecht is er weinig aanleiding om met een niet uitgedrukte wil rekening te houden. Om dit betoog te staven, zal eerst worden stilgestaan bij de opmars van de impliciete rechtskeuze (I). Hieruit zal blijken dat deze techniek thans op een brede, hoewel niet algemene, erkenning kan rekenen. Evenwel zal ook worden aangetoond dat dit leerstuk een erfenis van het verleden is, dat voor een stuk zijn rechtvaardiging ontleende aan de bijzondere omstandigheden waarin de wilsautonomie na een lange evolutie erkenning kreeg (II). Tenslotte zal blijken dat wat de vorm ook moge zijn van de impliciete rechtskeuze, de nadelen van deze techniek veel zwaarder wegen dan de (veronderstelde) voordelen (III). Daarom dit voorstel om de tussenstap van de impliciete rechtskeuze af te schaffen!

## 1. DE LANGE OPMARS VAN DE IMPLICIETE RECHTSKEUZE

De wilsautonomie is vandaag alomtegenwoordig in het internationaal privaatrecht.<sup>6</sup> De wil van partijen geldt in eerste instantie als belangrijkste regel voor *contractuele* relaties. Doch ook buiten het rijk der contracten geeft het internationaal privaatrecht gevolg aan de wil van partijen. De wilsautonomie heeft de laatste decennia immers heel wat terrein veroverd.<sup>7</sup> In het Europees conflictenrecht wordt bijvoorbeeld een rechtskeuze toegelaten in onderhoudsvragen, voor echtscheidingen en sinds kort ook in het erfrecht. Een overzicht van de bestaande regelingen laat zien dat er hierbij vaak niet alleen naar de door partijen uitgesproken voorkeur wordt gepeild, doch ook naar de niet uitgedrukte, maar zekere intentie.

In vele regelingen wordt vandaag immers aanvaard dat de relatie tussen partijen beheerst wordt door het door hen impliciet gekozen recht. Het bekendste

<sup>5</sup> In dezelfde zin zie ook het betoog van T. AZZI, "La volonté tacite en droit international privé", *Trav. comité français DIP 2010-2012*, Pedone, 2013, 147-177.

<sup>6</sup> Zie evenwel de poging om licht te werpen op de schaduwkanten van de wilsautonomie door H. MUIR WATT, "'Party Autonomy' in International Contracts: From the Makings of a Myth to the Requirements of Global Governance", *European Review Contract Law* 2010, 1-34.

<sup>7</sup> Algemeen CH. KOHLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatisme*, ADI-poche, 2013, 155-262.

voorbeeld is zonder twijfel te vinden in de Rome I-Verordening. Volgens artikel 3(1) van de Verordening wordt een contract beheerst door het recht waarvoor partijen uitdrukkelijk gekozen hebben. Evenwel kan ook “uit de bepalingen van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval” blijken dat partijen een bepaald recht gekozen hebben. Deze bepaling bestond al in de voorganger van de Verordening, met name het Europees Overeenkomstenverdrag. Krachtens artikel 3 EVO kon de rechtskeuze ofwel uitdrukkelijk worden gedaan, ofwel “voldoende duidelijk blijken uit de bepalingen van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval”. In hun gezaghebbende verslag schreven GIULIANO en LAGARDE dat “[h]et Verdrag biedt de rechter [...] de mogelijkheid om rekening te houden met alle omstandigheden van het geval, vast te stellen dat partijen een echte rechtskeuze hebben gedaan, ook al is deze niet met zoveel woorden in de overeenkomst tot uitdrukking gebracht”.<sup>8</sup>

Bij de omzetting van het Verdrag in een Verordening werd deze bepaling slechts marginaal gewijzigd: voortaan moest de rechtskeuze “duidelijk uit de bepalingen van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval” blijken. Ook de Rome II Verordening laat een impliciete keuze toe.<sup>9</sup>

Daarmee heeft de Europese wetgever zeker niet geïnnoveerd. Ook in vroegere internationale codificaties werd ruimte gelaten om een impliciete keuze te vinden. Zo bepaalde artikel 2 van het Haagse Koopverdrag van 15 juni 1955 dat een koopcontract beheerst wordt door de door partijen gekozen wet. Een dergelijke aanwijzing kon volgens het verdrag d.m.v. een uitdrukkelijke bepaling geschieden of “ontwifelbaar voortvloeien uit de bepalingen van de overeenkomst”.<sup>10</sup> In de eenvormige Beneluxwet werd eveneens ruimte gelaten voor een impliciete rechtskeuze. In artikel 13 lid 3 van de wet was er immers sprake van een “uitdrukkelijke of een stilzwijgende, doch zekere partijkeuze”.<sup>11</sup> Latere verdragen hebben dezelfde weg gevolgd.<sup>12</sup>

Verskillende resoluties van het Institut de droit international hadden de weg voor deze regelingen voorbereid. Zo kon men in een resolutie aangenomen door het Instituut in 1908 lezen dat “*la manifestation même tacite de la volonté effective*

<sup>8</sup> Rapport van M. GIULIANO en P. LAGARDE, *Pb.C.* 31 oktober 1980, 282, (1) 17.

<sup>9</sup> Art. 14 lid 1 *in fine*: “De keuze moet uitdrukkelijk geschieden of voldoende duidelijk blijken uit de omstandigheden van het geval”.

<sup>10</sup> In de Franse versie: “*résulter indubitablement des dispositions du contrat*”. In de Duitse versie: “*Diese Bezeichnung muss Gegenstand einer ausdrücklichen Abrede sein oder unzweifelhaft aus den Bestimmungen des Vertrages hervorgehen*”.

<sup>11</sup> Zie over dit verdrag J. ERAUW, “Het Benelux-Verdrag houdende eenvormige wet betreffende het internationaal privaatrecht opgeborgen”, *RW* 1975-76, kol. 2392-2399.

<sup>12</sup> Zie bv. art. 5(2) Haags Vertegenwoordigingsverdrag van 1978 (krachtens deze bepaling, “Deze keuze dient uitdrukkelijk te zijn of met redelijke zekerheid te kunnen worden afgeleid uit de bepalingen van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval”) of art. 7 Haags Koopverdrag 22 december 1986 (“*La vente est régie par la loi choisie par les parties. L'accord des parties sur ce choix doit être exprès ou résulter clairement des termes du contrat et du comportement des parties, envisagés dans leur ensemble. [...]*”).

*des parties contractantes prévaudra toujours contre elles et devra être respectée*".<sup>13</sup> Ook in latere resoluties liet het Instituut systematisch ruimte om te peilen naar de intentie van partijen, hoewel die niet met zoveel woorden was uitgedrukt.<sup>14</sup>

De recentste codificatie van het internationaal privaatrecht van contracten breekt niet met deze lange traditie. In de *Draft Hague Principles* wordt voor de impliciete keuze immers ook ruimte gelaten.<sup>15</sup> Volgens artikel 4, "A choice of law, or any modification of a choice of law, must be made expressly or appear clearly from the provisions of the contract or the circumstances".

De rechtspraak heeft de leer van de impliciete keuze openlijk omarmd. Zo stelde het Franse Hof van Cassatie in het bekende *American Trading* arrest dat "La loi applicable aux contrats [...] est celle que les parties ont adoptée; que [...] non seulement cette manifestation peut être expresse, mais qu'elle peut s'induire des faits et circonstances de la cause, ainsi que des termes du contrat".<sup>16</sup> In een ander uitspraak had hetzelfde Hof reeds onderlijnd dat uit de bijzondere omstandigheden van het geval kon afgeleid worden dat partijen de intentie hadden gehad om zich aan het Franse recht te onderwerpen.<sup>17</sup>

Het is dan ook niet verwonderlijk dat de impliciete rechtskeuze zijn weg gevonden heeft in de nationale codificaties. Zo bepaalt artikel 116-2 van de Zwitserse IPR-Gesetz dat "L'élection de droit doit être expresse ou ressortir de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances ...".<sup>18</sup>

Op eerste gezicht kan de impliciete rechtskeuze aldus op algemeen bijval rekenen. Dit moet evenwel genuanceerd worden. In vele regelingen wordt in het mid-

<sup>13</sup> Resolutie van Institut de droit international i.v.m. de "Règles sur la détermination de la loi qui doit régir les obligations contractuelles à titre de droit supplétif" (Firenze, 1908). De wilsautonomie werd in deze resolutie evenwel slechts aanvaard voor vragen waarvoor het recht aanvullende regels voorziet.

<sup>14</sup> Bv. de resolutie aangenomen tijdens de sessie in Oslo in 1977 i.v.m. 'Contracts Concluded by International Organizations with Private Persons'. Hierin kon men lezen dat "If not expressly indicated in the contract, the proper law shall, where necessary and unless otherwise agreed by the parties at a later stage, be determined by the body entrusted with the settlement of the dispute, which shall try to ascertain the parties' tacit intention or, failing this, apply objective criteria". De resolutie aangenomen tijdens de sessie van Basel in 1991 i.v.m. de 'Autonomy of the Parties in International Contracts Between Private Persons or Entities' bepaalde dat "In the absence of an express agreement, the choice shall be derived from those circumstances which indicate clearly the intention of the parties". Zie ook de resolutie i.v.m. koop-verkoopcontracten aangenomen door de International Law Association tijdens de sessie van Wenen in 1926 (afgedrukt in *Revue critique de droit international privé*, 1927, 315).

<sup>15</sup> Draft Hague Principles aangenomen in november 2012 door de 'Special Commisison Meeting on Choice of law in International Contracts'. Zie M. PERTEGÁS SENDER, "Les travaux de la Conférence de La Haye sur un instrument non contraignant favorisant l'autonomie des parties" in S. CORNELOUP en N. JOUBERT (eds.), *Le règlement communautaire 'Rome I' et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, 19-33.

<sup>16</sup> Cass fr. 5 december 1910, *JDI* 1912, 1156 (we cursiveren).

<sup>17</sup> Cass. fr. 19 mei 1884, S. 1885, I, 113, noot LACOINTA.

<sup>18</sup> Art. 3111 van het Burgelijk Wetboek van Québec bepaalt in dezelfde zin dat "L'acte juridique [...] est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte."

den gelaten of de keuze van partijen voor een bepaald recht ook impliciet kan geschieden. In een aantal uitspraken wordt bijvoorbeeld geen melding gemaakt van de impliciete rechtskeuze. In het bekende *Antwerpia* arrest waarin de wilsautonomie in het Belgische internationaal privaatrecht voor het eerst erkend werd, stelde het Hof van Cassatie dat “*la loi applicable aux contrats, tant pour leur formation que pour leurs conditions et effets, étant celle que les parties ont adoptée ...*”.<sup>19</sup> Dit stilzwijgen kan evenwel ook wijzen op het feit dat het voor de betrokken rechtscollage onnodig was om zich over de mogelijkheid van een impliciete rechtskeuze uit te spreken, bijv. omdat partijen een uitdrukkelijke keuze gemaakt hadden.<sup>20</sup>

Ook in internationale regelingen wordt soms in het midden gelaten of er ruimte is voor een impliciete rechtskeuze. Zo bijvoorbeeld in het Verdrag van Washington van 1965 i.v.m. de beslechting van investeringsgeschillen. Volgens artikel 42(1) van dit Verdrag, “*Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties*”. De bepaling bevat verder een subsidiaire regel die toepassing moet vinden indien partijen geen akkoord gesloten hebben.<sup>21</sup> Het is *prima facie* onduidelijk of het akkoord tussen partijen uitdrukkelijk dient te zijn of niet.

Soms wordt de impliciete rechtskeuze wel aanvaard, doch met enig voorbehoud. Zo kan men uit de resolutie aangenomen door het Institut de droit international in 1979 afleiden dat de mogelijkheid van een impliciete rechtskeuze weliswaar bestaat, doch dat partijen ernaar zouden moeten streven om hun intentie duidelijk en uitdrukkelijk te laten kennen.<sup>22</sup>

In andere gebieden wordt de mogelijkheid om een impliciete rechtskeuze af te leiden, weliswaar erkend, doch begrensd. De Erfrechtverordening laat ook toe dat het toepasselijk recht door de betrokken partij gekozen wordt. Zoals in de andere Verordeningen wordt slechts een beperkte keuze toegelaten. De erflater kan een keuze maken voor het recht van zijn/haar nationaliteit. Volgens artikel 22 Erfrechtverordening kan een dergelijke keuze “uitdrukkelijk” gebeuren. Een rechtskeuze kan ook “duidelijk” blijken “uit de bewoordingen” van een verklaring in de

<sup>19</sup> Cass. 24 februari 1938, *Pas.* 1938, I, 66. Zie over de vraag of het Hof in dit arrest de subjectieve dan wel de objectieve leer gevolgd heeft, de opmerkingen van F. RIGAUX en G. ZORBAS, *Les grands arrêts de la jurisprudence belge: droit international privé*, Larcier, 1981, 202-203.

<sup>20</sup> Zie ook de onzekerheid in het Italiaanse internationaal privaatrecht voor de codificatie van 1995 over de vraag of een impliciete rechtskeuze mogelijk was: A. GIARDINA, “The Impact of the EEC Convention on the Italian System of Conflict of Laws” in P.M. NORTH (ed.), *Contract Conflicts. The EEC Contractual Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: a Comparative Study*, North-Holland, 1982, (237), 244, met verwijzingen.

<sup>21</sup> Zie over deze bepaling, E. GAILLARD en Y. BANIFAMETI, “The Meaning of ‘and’ in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process”, *ICSID Rev* 2003, 375 e.v.

<sup>22</sup> Volgens art. 4 van de Resolutie, “It is desirable that the parties expressly designate the proper law of the contract.” – dit suggereert dat er weliswaar ruimte is voor impliciete rechtskeuze, doch dat dit een subsidair middel is en moet blijven: Sessions van Athene, 1979 – ‘The Proper Law of the Contract in Agreements Between a State and a Foreign Private Person’.

vorm van een uiterste wilsbeschikking.<sup>23</sup> Er is aldus geen plaats om een impliciete rechtskeuze uit de omstandigheden van het geval af te leiden. Ook onder het Haags Huwelijksvermogensrechtverdrag van 1978<sup>24</sup> wordt de stilzwijgende rechtskeuze slechts in beperkte mate aanvaard. Krachtens artikel 11 van het Verdrag moet de rechtskeuze ofwel uitdrukkelijk geschieden, ofwel “ondubbelzinnig voortvloeien uit huwelijkse voorwaarden”.<sup>25</sup>

In onderhoudszaken wordt de rechtskeuze nog sterker aan banden gelegd. Het Haags Protocol i.v.m. onderhoudsvorderingen van november 2007 laat weliswaar de rechtskeuze toe. Artikel 8 van het Protocol bepaalt immers dat de schuldenaar en de schuldeiser te allen tijde een akkoord kunnen treffen i.v.m. het toepasselijke recht. Volgens Artikel 8 par. 2 moet een dergelijk akkoord evenwel “op schrift” worden gesteld.<sup>26</sup> Hiermee is er geen plaats voor een stilzwijgende keuze.<sup>27</sup> Ook de keuze ten processe dient krachtens artikel 7 van het Protocol “uitdrukkelijk” te gebeuren.<sup>28</sup>

Het is moeilijker om uit te maken of een rechtskeuze onder de Rome III Verordening ook impliciet kan geschieden. Artikel 7 par. 1 vereist dat het akkoord tussen echtgenoten over het toepasselijke recht “bij een schriftelijke overeenkomst, die door beide echtgenoten wordt gedagtekend en ondertekend” geschiedt. Deze materiële regel sluit niet uit dat de rechter een akkoord tussen partijen over de rechtskeuze uit diverse bepalingen van een contract afleidt.<sup>29</sup> Hiervoor zal de

<sup>23</sup> De Franse versie vereist dat “Le choix est formulé de manière expresse dans une déclaration revêtant la forme d’une disposition à cause de mort ou résulte des termes d’une telle disposition.”

<sup>24</sup> Zie voor kritische beschouwingen over dit verdrag, J. ERAUW, “Wetskeuze in het internationaal huwelijksvermogensrecht, volgens de Conferentie van Den Haag”, *T.Not.* 1979, 9-16.

<sup>25</sup> De Franse versie luidt als volgt: “... résulter indubitablement des dispositions d’un contrat de mariage”. De Engelse versie luidt: “... or arise by necessary implication from the provisions of a marriage contract”.

<sup>26</sup> De bepaling luidt als volgt: “De daartoe strekkende overeenkomst wordt op schrift gesteld of op zodanige wijze vastgelegd dat de inhoud ervan toegankelijk blijft voor raadpleging op een later tijdstip, en wordt door beide partijen ondertekend”. Zie de opmerkingen van A. BONOMI, *Rapport explicatif sur le Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires*, Haagse Conferentie, 2009, 34, nr. 144.

<sup>27</sup> In die zin T. AZZI, *o.c.*, 165.

<sup>28</sup> De bepaling luidt als volgt: “In afwijking van de artikelen 3 tot en met 6 kunnen de onderhoudsgerechtigde en de onderhoudsplichtige uitsluitend ten behoeve van een bepaalde procedure in een bepaalde Staat *uitdrukkelijk* het recht van die Staat als toepasselijk aanwijzen op een onderhoudsverplichting”. Zie hierover A. BONOMI, *Rapport explicatif sur le Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires*, Haagse Conferentie, 2009, 29-30, nr. 119 en M. DECHAMP, “Le règlement européen 4/2009 relatif aux aliments: Tentatives de simplification de la résolution des litiges transfrontières en matière d’obligations alimentaires”, *RTDF* 2011, (801), 816.

<sup>29</sup> Devers en Farge hebben de niet-uitsluiting van de stilzwijgende keuze bekritiseerd. Volgens deze auteurs, “En termes de prévisibilité des solutions et de sécurité juridique, il eût été préférable d’imposer un choix exprès. Le danger est que le juge saisi découvre un choix implicite de loi dans la référence faite par le contrat de mariage à certaines règles en matière de divorce et de séparation de corps.” (A. DEVERS en M. FARGE, “Le nouveau droit international privé du

rechter evenwel slechts kunnen steunen op de aanwijzingen in het contract, zonder rekening te kunnen houden met andere omstandigheden.<sup>30</sup>

Hoewel niet overal met open armen ontvangen, geniet de leer van de impliciete rechtskeuze aldus wijdverspreid bijval.<sup>31</sup> In een aantal materies mag de rechter peilen naar wat partijen niet met zoveel woorden hebben uitgedrukt, doch zeker gewild hebben. In andere gebieden wordt deze zoektocht slechts beperkt toegelaten. Slechts uitzonderlijk wordt bedongen dat de keuze van partijen alleen toereikend is indien partijen zich uitdrukkelijk hebben uitgesproken. Hierna zal aangetoond worden dat deze toestand hoogstens onbevredigend is.

## 2. TERUGBLIK OP DE GESCHIEDENIS: DE IMPLICIETE KEUZE ALS ERFENIS VAN EEN LANG MATURATIEPROCES

Zoals reeds aangetoond, is de mogelijkheid om een stilzwijgende keuze uit bepaalde elementen af te leiden, ver van een nieuwe regel. Reeds in de 19de eeuw, op een ogenblik dat de wilsautonomie nog in een intens gevecht verwickeld was met de tegenstanders van de rechtskeuze, werd aanvaard dat de rechter moest nagaan of uit het contract niet bleek dat partijen voor een bepaald recht hadden gekozen.<sup>32</sup> LAURENT liet bijvoorbeeld ruimte om rekening te houden met de niet

divorce – À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce”, *Dr.fam.* 2012, étude 13, nr. 17).

<sup>30</sup> Volgens AZZI is het bijzonder moeilijk om een stilzwijgende rechtskeuze met de bepalingen van de Rome III-Vo te verzoenen: T. AZZI, *o.c.*, 165.

<sup>31</sup> In deze bijdrage zal niet worden stilgestaan bij de mogelijkheid voor partijen om tijdens de procedure de toepassing van de verwijzingsregel ter zijde te schuiven. Een dergelijk ‘*accord procédural*’ kan ook stilzwijgend, bijv. doordat partijen geen toepassing vragen van de conflictenregel.

<sup>32</sup> De stilzwijgende keuze heeft zeer vroeg als rechtvaardiging gediend voor allerlei regels, zoals bijv. de toepassing op de nalatenschap van het recht van de domicilie van de overledene. Zoals door Meijers aangetoond, was de wilsautonomie en in het bijzonder de impliciete keuze een bijzonder handig middel om de toepassing van een bepaald recht te rechtvaardigen: E.M. MEIJERS, “Histoire de principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age”, *Recueil des cours* 1934-III, vol. 49, (543), 633-635. Zoals bekend, kreeg de leer van de stilzwijgende rechtskeuze een bijzonder impuls met de poging van Dumoulin om een oplossing te vinden voor echtgenoten getrouwd zonder huwelijkscontracten. Om te ontsnappen aan de *lex rei sitae*, waaraan echtgenoten onderworpen waren, wat mogelijkerwijze leidde tot de toepassing van verschillende wetten indien ze goederen hadden in verschillende plaatsen, stelde DUMOULIN voor om uit te gaan van een “*contrat tacite*”: echtgenoten werden verondersteld een keuze te hebben gemaakt voor het recht van hun *domicilium habitationis*. In de bekende *de Ganey*-zaak heeft het Parlement te Parijs deze oplossing bekrachtigd. Zie het overzicht van de theorie van Dumoulin en de reactie van d’Argentré door J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, vol. V, Sirey, 1948, 39-49, nr. 1390-1391 en meer recent B. ANCEL en H. MUIR WATT, “Annotations sur la Consultation 53 de du Moulin traduite en français” in *Le monde du droit. Mélanges Jacques Foyer*, Economica, 2008, 1-19. Sindsdien wordt in Frankrijk gekeken naar de eerste domicilie van de echtgenoten getrouwd zonder huwelijks

uitgedrukte wil van de partijen. In de hem bekende stijl schreef LAURENT dat “*c’est une vérité vieille comme le monde que le consentement tacite a la même puissance que le consentement exprès*”.<sup>33</sup> In zijn navolging schreef POULLET dat indien partijen niet uitdrukkelijk verklaard hebben welk recht hun overeenkomst beheerste, de rechter moest nagaan of uit de bepalingen die partijen hebben aangenomen, bleek dat ze een bepaalde wetgeving op het oog hadden in de bepaling van hun rechten en verplichtingen.<sup>34</sup>

Om meer duidelijkheid te hebben over de oorsprong van de stilzwijgende keuze, moet men naar het vroeg internationaal privaatrecht van de contracten teruggaan. Zoals geweten, werden contracten in de oude tijd onderworpen aan het recht van de plaats waar zij gesloten werden. Het beginsel *locus regit actum* heerste.<sup>35</sup> Het is slechts na een lange evolutie dat deze objectieve aanknopng vervangen werd door het huidige systeem, gekenmerkt door een duale aanknopng van contracten: naast de objectieve aanknopng werd er plaats gemaakt voor de aanknopng aan het door partijen gekozen recht.

De wilsautonomie heeft slechts zeer geleidelijk aan belang gewonnen. In eerste instantie was de rol van de wil van partijen bijzonder bescheiden. In de geschriften van de Italiaanse statutisten en van DUMOULIN was de wilsautonomie geen regel op zich, doch eerder de grondslag voor de toepassing van een bepaald recht.<sup>36</sup> De Italiaanse statutisten zagen immers in de wil van partijen de rechtvaardiging voor de toepassing van de *lex loci contractus*. Partijen die een contract sloten, kenden het recht van de plaats waar het contract gesloten werd. Daarom werden ze verondersteld om impliciet voor dit recht gekozen te hebben. De wil van partijen was m.a.w. eerder een bevestiging van het primaat van de wet van de plaats waar het contract tot stand kwam.<sup>37</sup> Deze redenering hield lange tijd stand.<sup>38</sup> De impliciete wil van partijen was in die redenering reeds

---

contract. De echtgenoten worden verondersteld om een keuze te hebben gemaakt voor het recht van het domicilie: zie Cass. 15 december 1965, *JDI* 1967, 398: de rechter moet nagaan wat de wil van de partijen is geweest “en tenant spécialement compte de la présomption résultant de la fixation du domicile conjugal”.

<sup>33</sup> F. LAURENT, *Le droit civil international*, deel VII, Bruylant-Marescq, 1881, 515, nr. 429.

<sup>34</sup> P. POULLET, *Manuel de droit international privé belge*, 3de uitgave, Polydore Pée, 1947, 342, nr. 298: “... il résulte cependant de l’ensemble des dispositions expresses qu’elles ont prises, ou de quelques unes d’entre elles, que dans la détermination de leurs droits et de leurs obligations respectives, elles ont eu en vue de telle ou de telle législation déterminée. Dans ce cas, le juge s’inspirera de leur volonté *tacite*”.

<sup>35</sup> Bv. F. RIGAUX, *Droit international privé, II, Droit positif belge*, Larcier, 1979, 367, nr. 1116.

<sup>36</sup> Zie M. GUTZWILLER, *Geschichte des Internationalprivatrechts. Von den Anfängen bis zu den grossen Privatrechtskodifikationen*, Helbing & Lichtenhahn, 1977, 76-78.

<sup>37</sup> G. VAN HECKE, “Signification et limites du principe de l’autonomie de la volonté dans les contrats internationaux” in *Miscellanea Georges van Hecke*, Kluwer, 1985, (275), 276.

<sup>38</sup> Zie bv. M. FOELIX, *Traité de droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, 4de ed., Marescq, 1866, 223, nr. 96: “Le principe général en cette matière est que les parties contractantes ont eu l’intention de se conformer, dans leurs conventions, à la loi du lieu où celles-ci ont été consenties et sont devenues parfaites, et, par suite, de les soumettre à cette loi”.



aanwezig, doch eerder als een metajuridisch gegeven dat de bestaande regel versterkte.<sup>39</sup>

In de 19de eeuw begon de strijd tussen de voor- en tegenstanders van de wilsautonomie. De autonomisten pleitten ervoor om het contract te onderwerpen aan het recht gekozen door partijen. De wil van partijen werd met andere woorden de regel en niet alleen de grondslag voor de toepassing van de *lex loci contractus*. De objectivisten daarentegen hielden het bij een objectieve bepaling van het toepasselijk recht, die zich in eerste instantie moest richten naar de plaats waar het contract gesloten werd.

Geleidelijk aan vond de wilsautonomie evenwel ingang in de rechtspraak<sup>40</sup>, ook al werd in de rechtsleer nog geprobeerd om de subjectieve aanknopingsplaats met alle mogelijke argumenten aan te vallen.<sup>41</sup> In een eerste periode werd nog getwist over de rol die de wil van de partijen toekwam in de bepaling van het toepasselijk recht. BATIFFOL stelde bijvoorbeeld voor om aan te nemen dat wat partijen kiezen, niet zozeer het toepasselijke recht is, doch eerder de lokalisering van het contract.<sup>42</sup> De rechtspraak bleef evenwel gewonnen voor de wilsautonomie.

Ondertussen diende ook uitgemaakt te worden wat het lot was van het contract indien partijen geen keuze hadden gemaakt. Ook hier woedde een intense strijd. In een eerste fase moest het *locus conclusionis* het uitvechten met de plaats van uitvoering van het contract. Tussen deze twee heerste lang een rivaliteit. Geleidelijk aan werd evenwel ervaren dat een eenvoudige aanknopingsplaats aan één van deze twee elementen geen voldoening gaf. Dit verklaart trouwens voor een deel het succes van de wilsautonomie. Om de toepassing van de subsidiaire regel, die tot onwenselijke resultaten leidde, te vermijden, werd een bijzonder ruime interpretatie van de rechtskeuze weerhouden.<sup>43</sup> Ook indien partijen zich niet uitdrukkelijk over het toepasselijk recht uitgesproken hadden, probeerde de rechtspraak de oplossing in de wil van de partijen te vinden.<sup>44</sup>

<sup>39</sup> Zie de verwijzingen naar o.a. Rochus Curtius in P. GRAULICH, *Principes de droit international privé*, Dalloz, 1961, 57, nr. 79.

<sup>40</sup> De Engelse rechtspraak heeft hierin de voortouw genomen, zie de verwijzingen in F. RIGAUX, *Droit international privé, II, Droit positif belge*, Larcier, 1979, 367, nr. 1117.

<sup>41</sup> Zie bv. de belangrijke pleidooi tegen de wilsautonomie door J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, vol. V, Sirey, 1948, 4-36. Recent zie V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux: étude critique des méthodes*, GLN, 1990, 392 p.

<sup>42</sup> H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats. Etude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938, 38-40, nr. 44-46 en H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ, 1949, 572-573, nr. 572.

<sup>43</sup> Lagarde heeft aangetoond dat aan de (uitgedrukte of niet) wil van de partijen een grote rol toegekend werd omdat de rechtspraak probeerde te ontsnappen aan de vrij starre subsidiaire verwijzingsregel die het contract aanknoopte aan de plaats van totstandkoming of uitvoering – P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *Rec. cours* 1986, (9) 33-39, nr. 8 –12.

<sup>44</sup> Dit was duidelijk aanwezig in de Japanse praktijk. Onder de oude codificatie bepaalde art. 7 van de Horei dat “La volonté des parties détermine d’après la loi de quel Etat seront réglés l’existence et les effets des actes juridiques. Si la volonté des parties n’est pas certaine, on applique les lois du lieu où l’acte s’est passé” (Franse vertaling van de wet verschenen in *JDI* 1901,

Aldus ontstond de *hypothetische* keuze: ook al wist men dat partijen geen keuze hadden gemaakt, probeerde men toch om een band te houden met de wil van partijen door te kijken naar welk recht partijen zouden gekozen hebben. Dit was duidelijk een vervolg op de ideeën van Dumoulin. Het voordeel van deze benadering is dat de oplossing van wetsconflicten voor contracten zoveel mogelijk in de (echte of vermoede) intentie van partijen gevonden werd.<sup>45</sup> Omdat de waarde van de plaats van het sluiten van het contract duidelijk beperkt gebleken was, werd voor de hypothetische keuze ruimer gekeken en werden andere elementen, zoals de taal van de contractuele documenten, de plaats van uitvoering van het contract of nog de nationaliteit van de partijen, in de beoordeling betrokken.

De hypothetische keuze was bijzonder sterk aanwezig in de Duitse rechtstraditie.<sup>46</sup> Indien bleek dat het contract geen rechtskeuze bevatte, ging het Reichsgericht immers uitdrukkelijk op zoek naar wat partijen zouden hebben gekozen. Zo besliste het Reichsgericht in een zaak waar een aantal Duitse aandeelhouders afspraken hadden gemaakt i.v.m. de uitoefening van hun stemrecht m.b.t. aandelen in een Deense vennootschap, dat de rechter zich in eerste instantie moest laten leiden door de *“Parteiwille”*. Het Reichsgericht voegde hieraan toe dat *“Haben die Parteien, wie hier, keine ausdrückliche Vereinbarung über das anzuwendende Recht getroffen, so ist aus den Umständen zu entnehmen, welches Recht sie verständigerweise als massgebend gewollt haben würden, wenn sie die Frage geregelt hätten”*.<sup>47</sup> Naast de uitdrukkelijke keuze kon de rechter aldus ook op zoek naar de

639 e.v., met aantekeningen door S. YAMADA, “Le droit international privé au Japon”, *JDI* 1901, 632 e.v.). Om te ontsnappen aan de toepassing van de *lex loci contractus*, die algemeen als ontoereikend ervaren werd, ontwikkelde de rechtspraak in Japan een bijzonder ruime opvatting van de rechtskeuze: ook indien partijen niet uitdrukkelijk een bepaald recht gekozen hadden, kon de rechter nagaan of er niet impliciet voor een bepaald recht gekozen werd. De rechtbanken gingen zelfs verder en probeerden de hypothetische wil van partijen te ontleden. Zie hierover Y. NISHITANI, “Parteiautonomie im internationalen Vertragsrechts Japans” in K. RIESENHUBER en Y. NISHITANI (eds.), *Wandlungen Oder Erosion der Privatautonomie? Deutsch-Japanische Perspektiven des Vertragsrechts*, de Gruyter, 2007, (269) 275-276. De recente codificatie breekt met deze traditie. De nieuwe objectieve aanknopng steunt op het beginsel van de nauwste band en laat dus meer ruimte voor maatwerk. Tegelijkertijd werd afgezien van het voornemen om in art. 7 preciseringen te geven over de manier waarop partijen een rechtskeuze moeten maken. Zie Y. OKUDA, “Aspects de la réforme du droit international privé au Japon”, *JDI* 2007, nr. 8 i.v.m. art. 7 van de ‘Horei’. De tekst van de wet is verschenen in *JDI* 2007, 921 e.v.

<sup>45</sup> NIBOYET beschreef deze poging als volgt: “On part de l’idée que les parties n’ont pas pu ne pas avoir une intention, et qu’il faut coûte que coûte, la trouver; elle doit résulter des circonstances de la cause. Mais comme il est assez difficile au juge de découvrir une volonté, la plupart du temps inexistante, les tribunaux ont parfois été conduits à s’arrêter à diverses circonstances de nature à leur fournir une solution” (J.-P. NIBOYET, “La théorie de l’autonomie de la volonté”, *Recueil des cours* 1927, I, vol. 16, 37).

<sup>46</sup> Zie bv. M. WOLFF, *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, Springer, 1954, 141-142: bij gebreke aan rechtskeuze gaat de Duitse praktijk op zoek naar de “hypothetische Parteiwille” – “festgestellt werden, was die Kontrahenten gewollt haben würden, wenn sie auf die Lücke ihrer Abmachungen hingewiesen worden wären”.

<sup>47</sup> RG 19 juni 1939, RGZ 161, p. 296, 298. In casu had het hof van beroep de toepassing van Duits recht weerhouden op grond van het feit dat het contract in Duitsland gesloten was en dat het

“*hypothetischen Parteiwillen*” gaan.<sup>48</sup> De zgn. *mutmassliche Will* werd voorgesteld als zijnde een van de exponenten van de partijautonomie. De subjectieve leer vormde aldus een coherent geheel: ook voor de subsidiaire aanknopng kon men op een wilselment steunen, hoewel dit bijzonder fictief was.

Ook in België werd de leer van de hypothetische keuze omarmd. Zo moest de rechter die met een grensoverschrijdend contract geconfronteerd was, volgens Pouillet eerst op zoek gaan naar de wil van partijen. Indien er onvoldoende elementen aanwezig waren om te besluiten tot een impliciete keuze, besloot Pouillet dat “dans ce cas, il ne reste à l’interprète qu’à rechercher la loi que vraisemblablement elles auraient choisie si elles avaient songé à faire un choix. Le juge appliquera au contrat la loi que les parties *sont réputées* avoir choisies”.<sup>49</sup>

Om de uitdrukkelijke en de hypothetische keuze te verbinden, kwam de *stilzwijgende* keuze bijzonder handig.<sup>50</sup> Deze keuze vormde immers een logisch tussenstap tussen de twee grote polen van de regel: de uitdrukkelijke keuze en de hypothetische keuze. Zo ontstond een coherente regeling, waarbij de (werkelijke of veronderstelde) wil van de partijen op de voorgrond stond: eerst werd het contract aangeknoopt aan wat partijen uitdrukkelijk hebben bepaald. Bij gebreke van uitdrukkelijke rechtskeuze werd op zoek gegaan naar elementen die wijzen op wat partijen hebben gewild. Ten slotte bood de hypothetische intentie van partijen een subsidiaire oplossing. De stilzwijgende keuze was m.a.w. in de subjectieve leer een noodzakelijke tussenstap tussen de subjectieve en de subsidiaire aanknopng.<sup>51</sup> Zonder stilzwijgende keuze kon men immers moeilijk blijven volhouden dat de aanknopng van een contract op de wil van de partijen steunde indien deze geen keuze hadden gemaakt. Het is dus niet toevallig dat de grootste

in Duitsland moest worden uitgevoerd. Het Reichsgericht was evenwel de mening toegedaan dat het contract in Denemarken moest worden uitgevoerd, alwaar de vennootschap gevestigd was. Desondanks besloot het Reichsgericht toch nog dat Duits recht toepassing kon vinden nu “*Der Erfüllungsort ist aber für die Frage, welchem Recht ein schuldrechtlicher Vertrag zu unterstellen ist, nicht allein ausschlaggebend ...*” (p. 299). Zie ook RG 4 april 1908, RGZ 68, 203, p. 205 (i.v.m. een ‘Charterpartie’ gesloten te Londen).

<sup>48</sup> Zie K. SIEHR, “Die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht” in *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*, P. FORSTMOSER et al. (eds.), Schulthess, Zürich 1989, (485-510), 494.

<sup>49</sup> P. POULLET, *Manuel de droit international privé belge*, 3<sup>de</sup> uitgave, Polydore Péé, 1947, 342, nr. 298. Zie ook de rechtspraak aangehaald door F. RIGAUD, *Droit international privé, II, Droit positif belge*, Larcier, 1979, 377-379, nr. 1134 e.v.

<sup>50</sup> In het systeem van BATIFFOL was er ook een plaats voor de stilzwijgende keuze, dit was zelfs onlosmakelijk verbonden met zijn leer – zie H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats. Etude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938, 40, nr. 46.

<sup>51</sup> Over het intrinsiek verband tussen de rechtskeuze, de impliciete keuze en de hypothetische keuze, zie B. AUDIT en L. D’AVOUT, *Droit international privé*, 2013, 7<sup>de</sup> ed., Economica, 808, nr. 902. NIBOYET, een van de grote critici van de wilsautonomie, heeft het verband tussen de verschillende vormen van rechtskeuze bijzonder goed ontleend: hij schreef dat de rechtspraak op zoek ging naar de hypothetische wil van de partijen omdat het was “emprisonnée dans son système général” (J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, vol. V, Sirey, 1948, 76, nr. 1401). NIBOYET schreef verder: “On s’est alors laissé entraîné sur un terrain parfaitement faux, celui de la *présomption de volonté*, sans s’apercevoir que l’on se détachait complètement du système volontariste lui-même”.

critici van de wilsautonomie bijzonder kritisch waren over de impliciete rechtskeuze.<sup>52</sup>

Na de Tweede Wereldoorlog werd de fictie van de hypothetische keuze, die al heel vroeg op kritiek had gestuit<sup>53</sup>, onhoudbaar. Zelfs in Duitsland, waar de hypothetische keuze zo sterk aanwezig was geweest, trad een grote verandering aan. Het Bundesgerichtshof hield formeel wel vast aan de ‘*hypothetische Parteiwille*’. Om deze wil te ontdekken, werd evenwel geoordeeld dat de oplossing niet gezocht moest worden in de “*subjektiven Vorstellungen der Parteien*”.<sup>54</sup> Integendeel, de vaststelling van het toepasselijk recht berustte op een onderzoek naar objectieve elementen. Wanneer partijen geen keuze hadden gemaakt, had de rechter “*einer vernünftigen Interessenabwägung nach objektiven Grundsätzen zu ermitteln*”.<sup>55</sup> De hypothetische rechtskeuze bleef maw slechts als dekmantel, terwijl de rechters elke poging staakten om de wil van de partijen te reconstrueren.<sup>56</sup>

Aldus verdween de hypothetische keuze.<sup>57</sup> Ook in het EVO werd komaf gemaakt met deze bijzondere vorm van rechtskeuze – tot grote treurnis van som-

<sup>52</sup> Zie J.-P. NIBOYET, “La théorie de l’autonomie de la volonté”, *Recueil des cours* 1927, I, vol. 16, 1-116, in het bijz. p. 63: “Si les parties n’ont rien voulu parce qu’elles n’ont pensé à rien, comment peut-on leur imputer légalement une volonté? ... De l’indifférence ne correspond pas à une volonté. Une volonté tacite n’est pas une volonté, mais une chose imaginaire. On nage en pleine fiction. On attribue à la volonté ce qui ne lui revient nullement, et l’on confond avec elle des règles d’équité ou de justice sociale ...”.

<sup>53</sup> NIBOYET beschreef de hypothetische keuze als “*un véritable contrat de justice, où la volonté judiciaire remplace la volonté contractuelle par l’effet d’une sorte de délégation du droit de vouloir, tout à fait imaginaire*” (J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, vol. V, Sirey, 1948, 77, nr. 1401). Zie ook M. WOLFF, *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, Springer, 1954, 141-142 (WOLFF schreef over die praktijk dat de rechtspraak “... arbeite mit einer Fiktion; sie führe der Lösung nicht näher”) en de scherpe veroordeling door Rigaux “Cette méthode a fait l’objet d’une double critique: elle trahit la réalité en s’efforçant d’imputer aux parties des intentions qu’elles n’ont pas eues et qui eussent peut-être été divergentes si elles s’étaient exprimées. Elle conduit à l’arbitraire du juge qui, sous couvert d’interpréter la volonté des parties, choisit lui-même la loi du contrat” (*Droit international privé*, Larcier, 1968, 422, nr. 355).

<sup>54</sup> BGH 28 okt 1965, BGHZ 44, 183, 186.

<sup>55</sup> Het BGH gaf ook aan dat “*Das anzuwendende Recht ist also nach Anküpfungspunkten zu bestimmen, die sich aus den besonderen Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Allgemeininteresses ergeben*” (BGH 28 okt 1965, BGHZ 44, 183, 186 – in deze zaak moest de rechter een geschil beslechten tussen een Amerikaanse advocaat en een cliënt uit Duitsland over de betaling van erelonen).

<sup>56</sup> Zie ook BGH 2 januari 1958, *IPRSpr* 1958/59, nr 37. In Zwitserland, zie TF 12 februari 1952, *Chevalley*, 78 II 74: “... la volonté présumée des parties ne fait en définitive que recouvrir l’ensemble des critères objectifs auxquels le juge recourt pour rattacher le contrat à un lieu déterminé ... la localisation du contrat devant s’opérer par elle-même, sans que le juge ait à se livrer à des conjectures sur ce que les parties pouvaient avoir à l’esprit”. Over de ontwikkeling van het Zwitserse ipr, zie M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, *Economica*, 2002, 14-26, nr. 19-37.

<sup>57</sup> In het Franse internationaal privaatrecht blijft de hypothetische keuze wel een rol spelen, met name voor huwelijkscontracten gesloten voor de inwerkingtreding van het Haags Huwelijksvermogensverdrag. Zie H. PEREZ en E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, Litec, 2010, 140, nr. 366.

migen. Nadat een eerste ontwerp verschenen was, kwam kritiek uit Duitsland. von Hoffmann pleitte er bijv. voor een ruime opvatting te hanteren van de impliciete keuze. Zo schreef VON HOFFMANN dat indien het de bedoeling was om een impliciete keuze slechts te aanvaarden indien aangetoond kon worden dat partijen het ipr-probleem onderkend hebben, “*the implied choice of law is dead*”. VON HOFFMANN pleitte er integendeel voor om in navolging van de Duitse praktijk meer soepelheid aan de dag te leggen. Volgens von Hoffmann, “*it seems to be more correct not to seek the intention of those particular parties but ... to ask what law ‘reasonable persons in the same situation as the parties usually consider to be applicable to the contract’*”.<sup>58</sup>

Deze opvatting haalde het evenwel niet. De verdragsopstellers verwezen de hypothetische rechtskeuze naar de prullenmand. Zo schreven LAGARDE en GIULIANO dat “[h]et is in ieder geval duidelijk dat de zin die zojuist is geciteerd, de rechter in geen geval de bevoegdheid verleent, de partijen een rechtskeuze toe te dichten wanneer zij niet de stellige bedoeling hebben gehad een dergelijke keuze te doen”.<sup>59</sup> Ondanks het ontbreken van beslissing hierover van het Hof van Justitie is er thans overeenstemming dat er onder de Europese regeling geen plaats mag zijn voor hypothetische keuze.<sup>60</sup>

Samen met het verdwijnen van de hypothetische keuze werd verder gezocht naar een geschikte ‘objectieve’ aanknopng. Naast de keuze van partijen, die algemeen als verwijzingsregel erkend werd, bleef er immers nog onduidelijkheid over het toepasselijk recht in afwezigheid van rechtskeuze. De ontwikkeling van een algemeen aanvaarde objectieve regel bleef duren. Voor de subsidiaire aanknopng werd in eerste instantie nog aangeknoopt aan de plaats waar het contract gesloten was.<sup>61</sup> Nu deze aanknopng veel te rigide bleek te zijn, werd voorgesteld om verschillende oplossingen uit te werken, telkens voor een categorie contracten.<sup>62</sup> Bij

<sup>58</sup> B. VON HOFFMANN, “Assessment of the EEC Convention from a German Point of View” in P. M. NORTH (ed.), *Contract Conflicts. The EEC Contractual Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: a Comparative Study*, North-Holland, 1982, (221) 225.

<sup>59</sup> Rapport van M. GIULIANO en P. LAGARDE, *Pb.C.* 31 oktober 1980, afl. 282, (1) 17. In dat geval, schreven de twee auteurs, “wordt de overeenkomst door artikel 4 van het Verdrag beheerst”.

<sup>60</sup> Zie bv. F. FERRARI, “Artikel 27 EGBGB” in *Internationales Vertragsrecht – EGBGB – CISG – CMR – FactÜ*, Beck, 2007, 13, nr. 24; L. STRIKWERDA, *De overeenkomst in het IPR*, 3de ed., Maklu, 2010, 112, nr. 190; J. ERAUW en H. STORME, *Internationaal privaatrecht*, 2009, Kluwer, 668, nr. 584.

<sup>61</sup> Zo oordeelde het Franse Hof van Cassatie in het *American Trading* arrest van 1910: Cass.fr. 5 december 1910, *JDI* 1912, 1156 (“... si entre personnes de nationalités différentes, la loi du lieu où le contrat est intervenu est en principe celle à laquelle il faut s’attacher ...”). In de Belgische rechtspraak, zie Cass. 27 maart 1968, *JT* 1968, 310.

<sup>62</sup> Vooraleer de kenmerkende prestatie zich opdrog, werd de oplossing gezocht in allerlei vermoedens die gesteund werden op dezelfde objectieve elementen waarop de hypothetische keuze had gesteund. De regel werd maw ontdaan van elke verwijzing naar de wil van partijen, doch voor het overige bleef de rechtspraak de oplossing verder zoeken aan de hand van dezelfde elementen (plaats waar het contract gesloten is, plaats waar het moet worden uitgevoerd enz.). Zie bv. de voorstelling door P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Droit international privé*, 7de ed., Dalloz, 1959, 595, nr. 478.

elk vermoeden werden een aantal kenmerkende elementen uit het contract weerhouden. In de rechtspraak bleef het spook van de wil van de partijen evenwel sterk aanwezig.<sup>63</sup> Geleidelijk aan won de aanknopng aan het recht van het land waarmee het contract het nauwst verbonden was, aan belang. Zoals geweten, mondde dit uit in de uitkristalliseren van de leer van de kenmerkende prestatie.

Zo ontstond er een tweeledig systeem, met aan de ene kant de rechtskeuze en aan de andere kant een objectieve aanknopng. Opvallend is wel dat de impliciete keuze bleef behouden: in de verschillende codificaties en internationale instrumenten werd de rechtskeuzemogelijkheid in een dubbele vorm weerhouden. Naast de uitdrukkelijke keuze kon de rechter ook acht slaan op de impliciete keuze. Wellicht heeft respect voor de traditie het hier gehaald op de vaststelling dat de stilzwijgende keuze geen noodzakelijke schakel meer vormde tussen de uitdrukkelijke en de hypothetische keuze. Dit kon ook anders. In de Franse praktijk werd bij de ontwikkeling van de objective aanknopng immers radicaal met het verleden gebroken. Het Hof van cassatie oordeelde in 1959 dat het bij gebreke aan uitdrukkelijke keuze door partijen aan de rechters toekwam om het toepasselijk recht te bepalen op basis van alle omstandigheden van het geval.<sup>64</sup> Wellicht was het mogelijk om in een pennentrek de stilzwijgende keuze af te schaffen omdat de hypothetische keuze in de Franse traditie nooit hetzelfde gewicht heeft gehad als in Duitsland.

De stilzwijgende keuze heeft aldus het verdwijnen van zijn 'tweelingbroer', de hypothetische keuze, overleefd. Dit overblijfsel bleef evenwel vele vragen oproepen. De belangrijkste ervan betrof de uitklaring van de criteria die moesten worden gehanteerd om het bestaan van een impliciete keuze te kunnen vaststellen.

### 3. DE ONDRAAGLIJKE TEGENSTRIJDIGHEID VAN DE STILZWIJGENDE RECHTSKEUZE

Met het verdwijnen van de hypothetische keuze en de ontwikkeling van een moderne objectieve regel won het internationaal privaatrecht van contracten aan duidelijkheid. Voortaan zou alleen worden rekening houden met de werkelijke wil van de partijen, zonder acht te kunnen slaan op een hypothetische keuze. De vraag bleef evenwel welke plaats er nog tussen de twee methodes overbleef voor

<sup>63</sup> Zie bv. Cass. 4 september 1975, *RW* 1975-76, kol. 1561, noot H. VAN HOUTTE en Cass. 27 november 1974, *RW* 1974-75, 1949, *JT* 1975, 62 – in deze twee uitspraken wordt voor de subsidiaire aanknopng ondanks het gebrek aan rechtskeuzebeding, toch nog naar de wil van partijen verwezen.

<sup>64</sup> Cass.fr. 6 juli 1959, *Rev.crit.dr.int.priv.* 1960, 708, noot H. BATIFFOL – het Hof oordeelde dat “*la loi applicable aux contrats ... est celle que les parties ont adoptée; qu'à défaut de déclaration expresse de leur part, il appartient aux juges du fond de rechercher, d'après l'économie de la convention et les circonstances de la cause, quelle est la loi qui doit régir les rapports des contractants*”.

het ‘tussenstation’ van de impliciete keuze.<sup>65</sup> De overgang van de subjectieve naar de objectieve aanknopng kan immers brutaal zijn of ruimte laten voor een tussenpauze. Nu in de meeste regelingen de keuze gemaakt werd om de tussenpauze te behouden, moest uitgemaakt worden welke maatstaf de rechter moet hanteren bij zijn zoektocht naar de impliciete wil van partijen.

In eerste instantie zal blijken dat er een consensus zich gevormd heeft om de impliciete rechtskeuze aan een streng regime te onderwerpen (A). De voorkeur wordt immers gegeven aan een allesomvattende benadering die met alle mogelijke omstandigheden rekening houdt. De zoektocht naar de wil van de partijen blijft evenwel een gevaarlijke onderneming. Meestal komt de rechter terug van zijn zoektocht met niets meer dan aanwijzingen over wat partijen mogelijk gewild hebben. Het spook van de vermoede rechtskeuze blijft m.a.w. sterk aanwezig (B).

### 3.1. HOE HOOG WORDT DE LAT GELEGD? DE IMPLICIETE RECHTSKEUZE TUSSEN TWEE UITERSTE MODELLEN

Wanneer een verwijzingsregel de rechter de opdracht geeft om een bepaalde rechtsverhouding te onderwerpen aan het recht waarvoor partijen *stilzwijgend* gekozen hebben, dient men te preciseren hoe ver de rechter moet gaan bij het bepalen van de ‘impliciete’ intentie van partijen. Reeds bij de onderhandelingen die tot het Haags Koopverdrag van 1955 hebben geleid, werd hierover gedebatteerd. De keuze was tussen een eerder beperkende formule, waarbij de rechter slechts acht mag slaan op een “manifest” duidelijke intentie, of een ruimere formulering. De eerder beperkende formulering die toen werd weerhouden, werd in Duitsland te strikt bevonden. Als gevolg hiervan weigerde Duitsland om het verdrag te ratificeren.<sup>66</sup>

Het debat kwam terug naar boven tijdens de lange mars die leidde tot de eenmaking binnen Europa van de verwijzingsregels inzake contracten. Volgens artikel 3(1) van het EVO moet de rechtskeuze “voldoende duidelijk blijken uit de bepalingen van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval”. Zoals geweten, werd deze formulering van meetaf aan door moeilijkheden geplaagd. De taalversies van het EVO verschilden immers precies op dit punt: volgens de Duitse versie moest de keuze “*mit hinreichender Sicherheit*” blijken, terwijl de Franse versie het bij een “*de façon certaine*” hield en de Engelse versie een “... *reasonable certainty*” vereiste.

<sup>65</sup> AUDIT en D’AVOUT wijzen op het belang van de vraag van “le critère marquant le passage d’une situation à l’autre” (B. AUDIT en L. D’AVOUT, *Droit international privé*, 2013, 7de ed., Economica, 215, nr. 234).

<sup>66</sup> Zie “Stellungnahme des Deutschen Rates für IPR zu dem Entwurf von 1951 über internationale Kaufrecht”, *RabelsZ.* 1959, (151) 152-156 en de opmerkingen van M. PELICHET, “La vente internationale de marchandises et le conflit de lois”, *Recueil des cours* 1987, vol. 201, (9) 53-54.

De verwarring rond de tekst verklaart wellicht waarom er na de totstandkoming van het EVO over de draagwijdte van de stilzwijgende rechtskeuze nog discussie bestond. Stone en Lasok bijv. voerden in de jaren 80 aan dat indien het de bedoeling was om de rechter te laten onderzoeken wat de “*actual subjective intention*” van partijen was, dit te ver ging. Volgens hen moest het eerder gaan om een poging om uit objectieve elementen na te gaan wat partijen hebben gewild.<sup>67</sup> De meest gangbare interpretatie was evenwel in een andere zin gevestigd. Volgens de meerderheid moest de rechter immers nagaan of er een “*tatsächlichen (wirklichen) Parteiwillens*” was.<sup>68</sup>

Het is niet verwonderlijk dat de tekst tot uiteenlopende uitspraken heeft geleid.<sup>69</sup> In het Groenboek gaf de Europese Commissie toe dat de uitspraken in de verschillende lidstaten “sterk uiteenlopen”, met eerdere soepele interpretaties door Duitse en Engelse rechters.<sup>70</sup>

Hoewel de Rome I-Vo de bewoordingen aanscherpte en meer duidelijkheid liet, bleef er een hiaat tussen de verschillende taalversies.<sup>71</sup>

Dit hoeft niet te verwonderen. Over de impliciete wil kan men immers nooit zekerheid hebben. De zekerheid is alleen mogelijk indien partijen zich uitdrukkelijk hadden uitgesproken. In afwezigheid van een dergelijke manifestatie, moet men noodgedwongen op zoek gaan naar elementen die op de intentie van partijen wijzen. De meningen kunnen sterk verschillen over de vraag hoe hoog men hierbij de lat moet leggen. In de praktijk worden aldus verschillende versies van de leer van de impliciete rechtskeuze weerhouden. Twee interpretaties kunnen alvast op weinig steun rekenen.

De meest extreme vorm vindt men slechts in bepaalde contexten. Soms wordt immers geëist dat partijen bewust zouden zijn geweest van het conflictenrechtelijk probleem om te kunnen aanvaarden dat ze een keuze hebben gemaakt. In deze opvatting mag de rechter slechts tot het bestaan van een impliciete rechtskeuze besluiten indien het bewijs voorligt dat partijen een ‘*Rechtswahlbewußstein*’ hadden. Dit betekent dat de rechter geen genoegen mag nemen met een aantal objectieve elementen, hoe gewichtig ook en ook al wijzen die elementen in dezelfde richting. De rechter zou eerder moeten nagaan of er aanwijzingen zijn dat de par-

<sup>67</sup> D. LASOK en P. A. STONE, *Conflict of Laws in the European Community*, 1987, 359.

<sup>68</sup> F. FERRARI, “Artikel 27 EGBGB” in *Internationales Vertragsrecht – EGBGB – CISG – CMR – FactÜ*, Beck, 2007, 13, nr. 24.

<sup>69</sup> N. JOUBERT, “Le choix tacite dans les jurisprudences nationales: vers une interprétation uniforme du Règlement Rome I?” in S. CORNELOUP en N. JOUBERT (eds.), *Le règlement communautaire ‘Rome I’ et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, (229) 234-238.

<sup>70</sup> Groenboek over de omzetting van het Verdrag van Rome van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst in een communautair instrument, alsmede over de modernisering ervan, COM(2002) 654 definitief, 14 januari 2003, 27, § 3.2.4.2. Zie hierover W.-H. ROTH, “Zur Stillschweigenden Rechtswahl in einem künftigen EU-Gemeinschaftsinstrument über das internationale Schuldvertragsrecht” in M.P. STATHOPOULOS *et al.* (eds.), *Festschrift für A. Georgiades zum 70. Geburtstag*, Beck, 2006, 905-919.

<sup>71</sup> P. LAGARDE en A. TENEBBAUM, “De la Convention de Rome au Règlement Rome I”, *Rev. crit. dr. int. priv.* 2008, (727) 736.



tijen bewust waren van het bestaan van een vraag naar het toepasselijk recht en aldus van de noodzaak om een keuze te maken. Dit wordt met name vereist in het Duitse internationaal erfrecht. Zo heeft het Landgericht Frankfurt in een zaak waar een dochter aanspraken liet gelden op de nalatenschap van haar overleden vader, het door deze laatste opgestelde testament onderzocht om na te gaan of er hierin tekenen waren van een *Bewußtsein* i.v.m. het toepasselijke recht.<sup>72</sup> Krachtens het Duitse ipr (§ 25 EGBGB) was het recht van Venezuela van toepassing, nu de overledene de Venezolaanse nationaliteit bezat. Het Landgericht ging evenwel na of de keuze in het testament voor een typische Duitse rechtsfiguur – in casu hadden de echtgenoten in het testament bedongen dat de hele nalatenschap aan de langstlevende zou overgaan – geen rechtskeuze voor Duits recht inhield. Volgens het Landgericht waren de indicïën voor een keuze van Duits recht ontoereikend. Belangrijker is dat het Landgericht ook naging of de erflater zich bewust was van de vraag naar het toepasselijk recht. Op grond van het woordgebruik van het testament besloot het Landgericht dat dit niet het geval was.<sup>73</sup>

In andere contexten is de vraag of de impliciete rechtskeuze zo'n '*Rechtswahlbewußtsein*' vereist, omstreden. Zo heeft het Zwitserse *Tribunal Fédéral* beslist dat er alleen sprake kan zijn van een stilzwijgende rechtskeuze indien de erflater bewust was van het feit dat verschillende rechtsstelsels mogelijkerwijze toepassing konden vinden.<sup>74</sup> In de rechtsleer wordt evenwel getwijfeld of een dergelijke vereiste gehandhaafd moet worden.<sup>75</sup> Ook in het internationaal huwelijksvermogensrecht staat niet onomwonden vast dat de echtgenoten zich bewust moeten zijn van de rechtsgevolgen van een rechtskeuze, om van een geldige keuze te spreken.<sup>76</sup>

<sup>72</sup> LG Frankfurt aM 29 juli 1997, *IPRspr.* 1997, nr. 122.

<sup>73</sup> Volgens het Landgericht, "Der Wortlaut des Testaments spricht dafür, dass ein Problembewusstsein dahin gehend, welches Recht anwendbar ist, nicht vorhanden war, da sich im Testament kein Hinweis auf die venezolanischen Staatsbürgerschaft der Ehegatten findet" (p. 233).

<sup>74</sup> TF 6 juni 1985, ATF 111 II 16, 20 – *in casu* moest het Tribunal fédéral zich uitspreken over de verdeling van de nalatenschap van een man die in Duitsland overleden was, doch de Braziliaanse nationaliteit bezat. In zijn testament had de betrokkene bedongen dat zijn vrouw onder geen beding als erfgechtigde mocht beschouwd worden. De echtgenoten waren in Brazilië gescheiden van tafel en bed (zgn. '*desquite*'). Het Tribunal fédéral stelde eerst vast dat een stilzwijgende rechtskeuze niet licht kon worden aangenomen en dat de bewoordingen van de laatste wilsbeschikking "*muss den entsprechenden Willen des Erblassers eindeutig erkennen lassen*". Na onderzoek van het testament besloot het Hoogste Gerechtshof dat "*Insbesondere lässt sich ihm nicht unzweifelhaft entnehmen, ob sich der Erblasser überhaupt bewusst war, dass verschiedene Rechtsordnungen zur Wahl standen*".

<sup>75</sup> Zie A. BUCHER, "Article 90" in A. BUCHER (ed.), *Loi sur le droit international privé: Convention de Lugano*, Helbing & Lichtenhahn, 2011, 802, nr. 4; B. DUTOIT, "Article 90" in *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2de ed., Helbing & Lichtenhahn, 1997, 248, nr. 4 en A.K. SCHNYDER en M. LIATOWITSCH, "Artikel 90" in H. HONSELL *et al.* (eds.), *Internationales Privatrecht (IPRG)*, 2de ed., 2007, Helbing & Lichtenhahn, 619, nr. 18.

<sup>76</sup> Zie in dit verband HR 9 maart 2013, *NJ* 2013, 473, *RvdW* 2013, 469, *NJB* 2013, 800, *RFR* 2013, 65 – *in casu* waren twee echtgenoten in Italië getrouwd. De door de katholieke priester opgestelde huwelijksakte vermeldde dat de partijen verklaard hadden te kiezen voor huwelijkskeuze

Het lijkt twijfelachtig of zo'n 'Rechtswahlbewußtsein' onder de Rome I-Vo vereist is. De meeste commentatoren houden het bij een vereiste dat de keuze zeker moet zijn, zonder zich over het bewustzijn van de partijen uit te spreken.<sup>77</sup> Onder ErfrechtVo lijkt zo'n *Rechtswahlbewusstsein* niet vereist.<sup>78</sup>

De vereiste van enig 'bewustzijn' bij de keuze voor een bepaald recht lijkt op weinig bijval te kunnen rekenen. Dit is begrijpelijk. Het is op zich al een hele opgave om te peilen naar de bedoeling die partijen hebben gehad zonder deze klaar en duidelijk te uiten. Nagaan of partijen al dan niet bewust waren van de vraag naar het toepasselijk recht, lijkt een haast onmogelijke opgave. Wellicht kan men indien deze interpretatie gevolgd wordt, de impliciete rechtskeuze begraven. Het wordt immers onmogelijk om nog enige stilzwijgende rechtskeuze aan te nemen indien dit slechts kan op voorwaarde dat de keuze bewust gebeurt. Bovendien zou men dan, om enige coherentie te bewaren, ook met het bewustzijn van partijen dienen rekening te houden wanneer het contract wel een rechtskeuzebeding bevat. Het is lang niet zeker dat partijen die tot een uitdrukkelijke rechtskeuze overgaan, steeds bewust zijn van de onzekerheid over het recht dat op hun contract toepassing vindt.

Aan de andere kant van de interpretatiemogelijkheden vindt men een zeer flexible benadering. In bepaalde contexten wordt immers aanvaard dat de wil van partijen om hun contract aan een bepaald recht te onderwerpen, reeds uit één enkel element kan blijken. Dit is in het bijzonder zo indien partijen de beslechting van hun geschillen aan een bepaalde rechtbank toevertrouwd hebben. In de Engelse rechtspraak wordt immers aanvaard dat indien het contract

---

voorwaarden conform art. 162, tweede lid van het Italiaanse Burgerlijk Wetboek (waarin met name het stelsel van de scheiding van goederen geregeld wordt). Tussen partijen ontstond een geschil over het toepasselijk recht. In hoger beroep heeft het Hof geweigerd om in de zone aangehaalde vermelding een rechtskeuze te zien. Volgens het Hof kon er slechts sprake zijn van een rechtskeuze krachtens het Haags Huwelijksvermogensverdrag van 1978 indien partijen zich bewust waren van de rechtsgevolgen van de keuze en voorgelicht zijn geweest over de gevolgen van de keuze. De Hoge Raad verbrak dit arrest op grond van het feit dat het Hof nagelaten had te onderzoeken of uit de bepalingen van het contract geen rechtskeuze kon worden afgeleid. Tevens merkte de Hoge Raad op dat de beschouwingen van het Hof i.v.m. het al dan niet bewustzijn van partijen slechts relevant waren voor de materiële geldigheid van de keuze en niet voor de formele geldigheid.

<sup>77</sup> Martiny schrijft bv. dat vóór de Europese regeling niet getest werd "*ob die Parteien überhaupt einen bewussten Rechtswahlwillen hatten und diesen auch äussern wollten*" (D. MARTINY, in CH. REITHMANN en D. MARTINY (eds.), *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, Otto Schmidt, 2010, 112, nr. 113). Daarentegen moet er met de Europese regeling sprake zijn van een "*realen Parteiwillen*" (o.c., 113, nr. 114). En MARTINY besluit dat "*Nach Art. 3 Abs.1 Rom I-VO dürfte eine nahezu absolute Sicherheit erforderlich sein*" (o.c., 113, nr. 114). Plender en Wilderspin reppen met geen woord over deze vraag (o.c., 142-154, nr. 6-022-6043).

<sup>78</sup> BONOMI schrijft in dit verband dat "*la conscience de choisir entre plusieurs lois ne doit pas être exigée; la volonté réelle et prouvée du disposant de soumettre sa succession à son droit national suffit pour admettre l'existence d'un choix, même si elle n'est pas accompagnée de la conscience de l'existence d'un conflit de lois*" ("Article 22" in *Le droit européen des successions*, A. BONOMI en P. WAUTELET, Bruylant, 2013, 325, nr. 62).

een forumbeding bevat, dit op zich al voldoende bewijst dat partijen geopteerd hebben voor het recht van de rechter.<sup>79</sup> Ook in de vroege Franse rechtspraak vindt men uitspraken die bijzonder veel gewicht aan het forumbeding toekennen.<sup>80</sup> Deze eenvoudige benadering werd door de Europese Commissie omarmd. De Commissie had naar aanleiding van de omzetting van het EVO voorgesteld om een stilzwijgende rechtskeuze te kunnen afleiden uit het feit dat het contract een forumbeding bevatte.<sup>81</sup> In dezelfde lijn wordt soms voorgesteld om uit het feit dat partijen in hun contract bijvoorbeeld “naar bepaalde artikelen uit het Duitse BGB verwijzen”<sup>82</sup>, af te leiden dat partijen een keuze voor Duits recht hebben gemaakt

Een dergelijke benadering heeft het voordeel van de eenvoud. De rechter zal het al dan niet bestaan van een impliciete keuze snel kunnen nagaan. Bovendien valt de analyse goedkoper uit. Vandaag lijkt een dergelijke benadering evenwel algemeen verworpen. In de Franse rechtspraak bijv. is een duidelijke evolutie merkbaar die het gewicht van het forumbeding sterk aan banden legt en de voorkeur geeft aan een complexe benadering waarbij alle elementen in overweging genomen worden.<sup>83</sup> Het zonet aangehaalde voorstel van de Commissie werd in de Rome I-Verordening niet opgenomen. Dit sluit aan bij het idee dat de vraag of een forumkeuzebeding op een stilzwijgende keuze wijst voor het recht van de aangewezen rechter, “niet zonder meer in bevestigende of ontkennende zin [kan] worden beantwoord”.<sup>84</sup> Belangrijker is dat de overweging die in de Verordening aan deze vraag gewijd is, duidelijk maakt dat de rechter acht moet slaan op verschillende elementen om tot het bestaan van een stilzwijgende keuze te mogen besluiten.<sup>85</sup> Ook in de zgn. *Hague Principles* wordt bepaald dat de aanwijzing van de bevoegde rechtbank op zich niet volstaat om tot een impliciete keuze te besluiten.<sup>86</sup> Hierop aansluitend wordt ook het idee verworpen dat een beroep op een

<sup>79</sup> Zie voor een uitvoerige analyse van deze rechtspraak M. SCHERER, “Le choix implicite dans les jurisprudences nationales: vers une interprétation uniforme du Règlement? L'exemple du choix tacite résultant des clauses attributives de juridiction et d'arbitrage” in S. CORNELOUP en N. JOUBERT (eds.), *Le Règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, (253) 266-269, nr. 18-20.

<sup>80</sup> Zie de uitspraken geciteerd door M. SCHERER, *o.c.*, 259-260, nr. 9.

<sup>81</sup> Voorstel van Verordening 15 december 2005, COM(2005) 650 final.

<sup>82</sup> M. ZILINSKY, “Rechts- en forumkeuzeclausules in een internationaal contract” in B. WESSELS (ed.), *Contracten maken*, Kluwer, 2007, (239) 241.

<sup>83</sup> Zie de uitspraken aangehaald door M. SCHERER, *art.cit.*, 260, nr. 10.

<sup>84</sup> L. STRIKWERDA, *De overeenkomst in het IPR*, 3de ed., Maklu, 2010, 113, nr. 192.

<sup>85</sup> Overweging 12 van de Preambule Rome I-Vo bepaalt dat “Een overeenkomst tussen partijen om exclusieve jurisdictie te verlenen aan één of meer gerechten of tribunalen van een lidstaat om kennis te nemen van geschillen in het kader van de overeenkomst dient een van de factoren te zijn waarmee rekening moet worden gehouden om vast te stellen of een duidelijke rechtskeuze is gemaakt.” Deze overweging doet een aantal belangrijke vragen rijzen, zie hierover M. SCHERER, *art.cit.*, 272-280.

<sup>86</sup> Zie art. 4(2) *Hague Principles*: “An agreement between the parties to confer jurisdiction on a court or an arbitral tribunal to determine disputes under the contract is not in itself equivalent to a choice of law”.

notaris van een bepaald land, op een keuze voor het recht van dit land wijst.<sup>87</sup> Tekenend is tenslotte de reactie van vele landen op een voorstel van Rusland tijdens de onderhandelingen die tot het Haags verdrag van 1986 m.b.t. koopovereenkomsten geleid hebben. Rusland stelde toen voor om te preciseren dat een stilzwijgende keuze nooit uit één enkel element afgeleid kon worden. Hoewel het voorstel uiteindelijk niet in de tekst opgenomen werd, kon het wel op algemeen bijval rekenen.<sup>88</sup> De consensus rond een genuanceerde benadering, reikt trouwens verder dan het contractenrecht.<sup>89</sup>

De twee uitersten zijn dus verworpen. Zoals vaak werd er voor ene middenweg gekozen. De rechter kan besluiten dat partijen impliciet voor een bepaald recht gekozen hebben ook indien er geen elementen bestaan die wijzen op een bewustzijn van partijen. Anderzijds wordt de lat vrij hoog gelegd. De impliciete wil kan niet uit één enkel element blijken. De stilzwijgende rechtskeuze kan slechts aanvaard worden indien verschillende elementen die met elkaar overeenstemmen, op het bestaan van een impliciete keuze wijzen. Algemeen lijkt immers aangenomen dat het niet mogelijk is om een rechtskeuze uit één enkel element af te leiden, hoe gewichtig ook.<sup>90</sup> Deze complexe benadering gaat gepaard met een strikte visie op de stilzwijgende rechtskeuze.<sup>91</sup> Vischer stelt bijv. om “*strengere Anforderungen an eine stillschweigende Rechtswahl*” te stellen om “*der scharfen Trennung zwischen fiktivem Willen und der Beachtung einer konkludenten Willensübereinkunft*” te behouden.<sup>92</sup> De zoektocht moet dus gaan naar “concrete, objective omstandigheden die met zekerheid duiden op een werkelijk gewilde rechtskeuze van partijen”.<sup>93</sup>

De genuanceerde benadering valt ongetwijfeld moeilijker te hanteren dan de automatische koppeling van de keuze aan één bepaald element. In de rechtspraak wordt trouwens niet altijd op overtuigende manier omgegaan met de impliciete rechtskeuze. Zo heeft de rechtbank van koophandel te Brussel geoordeeld dat het contract waarbij een Belgische onderneming een Italiaanse onderneming de opdracht gaf de Italiaanse markt te bewerken om interessante leveranciers te vinden, impliciet doch zeker aan het Italiaans recht onderworpen was. De rechtbank

<sup>87</sup> Zie i.v.m. huwelijkscontracten de genuanceerde benadering door H. PEROZ en E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, Lexis Nexis-Litec, 2010, 139-140, nr. 365.

<sup>88</sup> M. PELICHET, “La vente internationale de marchandises et le conflit de lois”, *Recueil des cours* 1987, vol. 201, (9) 119.

<sup>89</sup> Voor de Erfrechtverordening, zie A. BONOMI, “Article 22” in *Le droit européen des successions*, Bruylant, 2013, 323-324, nr. 60.

<sup>90</sup> Dit was reeds het geval voor de objectieve lokalisering van het contract voor de ontwikkeling van de leer van de kenmerkende prestatie. De gevierde schreef in dit verband dat “geen enkel van de gemelde criteria is op zich doorslaggevend. Er moet een aanknopingsoverwicht zijn, doordat meerdere criteria in dezelfde richting wijzen” (J. ERAUW, *Beginselen van internationaal privaatrecht*, 1985, Story Scientia, 235).

<sup>91</sup> Zie reeds P. LALIVE in *Capitant*, 187-188.

<sup>92</sup> F. VISCHER, L. HUBER en D. OSER, *Internationales Vertragsrecht*, 2de ed., Stämpfli, 2000, 91, nr. 171.

<sup>93</sup> L. STRIKWERDA, *De overeenkomst in het IPR*, 3de ed., Maklu, 2010, 112-113, nr. 191.

vond hiervoor o.a. steun in het feit dat partijen voor hun geschillen een keuze voor de Belgische rechtbanken hadden gemaakt.<sup>94</sup>

Andere uitspraken geven evenwel blijk van een ernstige poging om de elementen op te zoeken die op een impliciete keuze kunnen wijzen. Zo heeft het Franse Hof van Cassatie geweigerd om een impliciete keuze te zien in een geval waar een Duitse onderneming een Fransman belast had met de prospectie van de Franse markt. Partijen hadden afgesproken dat in geval van geschil, ze zich zouden kunnen wenden tot een 'arbitragecommissie voor handelsagenten'. In dezelfde bepaling werd bepaald dat Duits recht toepassing zou vinden. Volgens het hof van beroep te Versailles kon dit niet als een voldoende duidelijke rechtskeuze beschouwd worden, nu in het contract ook een verwijzing stond naar een Frans decreet. Het Hof van cassatie heeft deze redenering intact gelaten, verwijzend naar de "*ambiguïté des clauses contractuelles*". In afwezigheid van "*stipulation explicite, claire et dénuée d'ambiguïté désignant la loi choisie par les parties*" konden de appelrechters aldus een beroep doen op de objective regel.<sup>95</sup>

Ook in andere landen vindt men uitspraken die met een afdoende motivering laten zien dat de rechter met de verschillende omstandigheden rekening houdt. Zo heeft een Engelse rechter moeten beslissen welk recht toepassing vond op een verzekeringsovereenkomst uitgeschreven door een Amerikaanse verzekeraar met zetel in Illinois.<sup>96</sup> De verzekerde was een andere Amerikaanse onderneming, met voornaamste vestiging in Texas. De verzekeringspolis dekte schade aan goederen die door de verschillende dochterondernemingen van de verzekerde naar cliënten werden gestuurd. Het schadegeval ontstond door verlies van een lading goederen die door de Britse dochtermaatschappij werd gestuurd.

Om tot het besluit te komen dat partijen een keuze voor het recht van Texas hadden gemaakt, wees de rechter op een aantal elementen waaronder het feit dat de hoofdverzekerde in Texas gevestigd was, alwaar zijn voornaamste vestiging gelegen was. De rechter wees ook op het feit dat het contract tot stand gekomen was door toedoen van een Texaanse makelaar en dat de verzekeringspolis uitgeschreven was in Texas.<sup>97</sup> Bovendien werd in een van de con-

<sup>94</sup> Kh. Brussel 24 november 2004, onuitg., *New Elite International Srl t. Carrefour Belgium SA*, AR 1.489/03. De rechtbank oordeelde dat "*ces contrats qui ont été rédigés par des commerçants contiennent une clause attributive de juridiction exclusive aux tribunaux belges, ce qui laisse supposer qu'elles ont, au moins implicitement, présumé que ces tribunaux appliqueraient leur propre loi à défaut d'en avoir choisi une autre par ailleurs*". Daarnaast hield de rechtbank ook rekening met het feit dat het contract in het Frans opgesteld was, dat het in België werd ondertekend en dat de betalingen in BEF dienden te gebeuren, om te besluiten dat "*les parties ont entendu placer leurs contrats sous la protection de l'ordre juridique belge et qu'elles ont entendu bénéficier de l'application de la loi belge qui constitue le prolongement naturel de l'action des tribunaux belges*".

<sup>95</sup> Cass.Fr. (comm.) 27 april 2011, nr. 09-72304, *Wedi GmbH t. X*.

<sup>96</sup> *American Motorists Insurance c Cellstar* [2002] EWHC 421.

<sup>97</sup> *American Motorists Insurance c Cellstar* [2002] EWHC 421, §§ 15-17.

tractsbepalingen verwezen naar “*the laws of the State within which this policy is issued*”.<sup>98</sup>

Een Nederlandse uitspraak kan tevens als voorbeeld dienen voor deze globale benadering.<sup>99</sup> In casu was een geschil ontstaan tussen verschillende Nederlandse vennootschappen die een ‘Konsortialvertrag’ gesloten hadden. Het contract beoogde de samenwerking tussen de vennootschappen vorm te geven. De samenwerking was gericht op de inrichting en exploitatie van een vliegveld in Duitsland. Tussen partijen was een geschil ontstaan i.v.m. de betaling van de voor de exploitatie noodzakelijke investeringen. Het contract bevatte geen uitdrukkelijke rechtskeuze. Een van de partijen betoogde dat partijen stilzwijgend een keuze voor Duits recht gemaakt hadden. Om dit betoog te staven werd verwezen naar de volgende omstandigheden: met het contract was beoogd een maatschap naar Duits recht op te richten; er was een nauwe betrokkenheid van de Duitse overheid die toestemming moest geven voor wijzigingen in het ‘Konsortialvertrag’; de samenwerking was gericht op de exploitatie van een Duits vliegveld en tenslotte was het contract ook in het Duits opgesteld. Terecht heeft de rechtbank geoordeeld dat deze elementen onvoldoende waren “om te kwalificeren als een stilzwijgende keuze voor de toepasselijkheid van Duits recht”.<sup>100</sup> De rechtbank wees onder andere op het feit dat het ‘Konsortialvertrag’ een samenwerking behelsde tussen drie Nederlandse vennootschappen, die samen een Nederlandse BV opgericht hadden. De betrokkenheid van de Duitse overheid verklaarde volgens de rechtbank waarom partijen het contract in het Duits opgesteld hadden, doch bracht niet met zich mee dat de samenwerking tussen de partners haar “Nederlandse karakter” verloren had.<sup>101</sup>

Deze uitspraken laten zien dat rechtbanken op een redelijke manier omgaan met de moeilijke opdracht die hen toekomt bij het bepalen van de impliciete wil van partijen. Ongetwijfeld zullen er andere uitspraken zijn waarin de leer van de impliciete rechtskeuze minder strikt toegepast wordt.<sup>102</sup> Dat het moeilijk uitvalt om het al dan niet bestaan van een impliciete rechtskeuze te ontdekken, is op zich geen reden om deze rechtsfiguur af te schaffen. Ook binnen het internationaal privaatrecht moet er immers plaats zijn voor complexe regels die de rechter dwin-

<sup>98</sup> Zie evenwel kritisch over deze uitspraak, N. JOUBERT, “Le choix tacite dans les jurisprudences nationales: vers une interprétation uniforme du Règlement Rome I?” in S. CORNELOUP en N. JOUBERT (eds.), *Le règlement communautaire ‘Rome I’ et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, (229) 236, nr. 9.

<sup>99</sup> Rb Arnhem 12 november 2008, *NIPR* 2009, 120.

<sup>100</sup> Id., § 4.11.

<sup>101</sup> Id., § 4.12.

<sup>102</sup> Vgl. met Kh. Hasselt 10 mei 2000, *RW* 2001-01, 1244 (de rechtbank weigert om aan te nemen dat er sprake is van een stilzwijgende keuze voor het Duitse recht. De Duitse contractpartij had hiervoor aangevoerd dat de partijen in hun contacten de Duitse taal gekozen hadden en dat de werkzaamheden in Duitsland uitgevoerd werden. Volgens de rechtbank zijn deze elementen op zichzelf niet voldoende om te gewagen van een impliciete keuze, zeker nu bleek dat de prestaties in Belgische franken gefactureerd werden).

gen om alle omstandigheden van het geval in aanmerking te nemen.<sup>103</sup> De ervaring leert trouwens dat mits enige ervaring, de rechters hiermee kunnen leren omgaan.<sup>104</sup> Het probleem met de impliciete rechtskeuze is evenwel van een andere orde, zoals hierna zal blijken.

### 3.2. ‘VERSTOPPERTJE’ SPELEN MET DE WIL VAN PARTIJEN

Vandaag wordt algemeen aanvaard dat de rechter voorzichtig moet omgaan met de stilzwijgende keuze. Een dergelijke keuze kan slechts aanvaard worden indien hiervoor gewichtige en met elkaar overeenstemmende indiciën aanwezig zijn. Ook indien men de intrinsieke moeilijkheid van een dergelijke oefening buiten beschouwing laat, blijft er evenwel een fundamenteel probleem. De oefening is er immers op gericht de wil van de partijen te ontdekken. Men kan evenwel ernstige twijfels hebben over de vraag of het instrument zich hiervoor leent. De impliciete rechtskeuze rust in wezen op drijfzand.

Om zo'n keuze te kunnen ontwarren, dient men immers na te gaan of er een ‘echte overeenstemming’ is geweest. Dit is alvast de gangbare interpretatie van de stilzwijgende keuze onder de Rome I-Vo. Het blijkt bijvoorbeeld uit een arrest van het Franse Hof van cassatie van 2005.<sup>105</sup> Een Fransman had met een Duitse huwelijksbureau een contract gesloten. Enkele dagen na de ondertekening besliste de klant om van het contract af te zien. Hij vorderde het reeds betaalde bedrag terug. De vraag rees aan welk recht het contract onderworpen was. In eerste aanleg besliste de rechtbank dat partijen impliciet voor Duits recht gekozen hadden. De rechtbank vond hiervoor steun in het feit dat het contract in het Duits was opgesteld en dat betaling in Duitse DM voorzien was. Om deze beslissing te verbreken, oordeelde het Hof dat “*le choix par les parties de la loi allemande n’était pas explicite ...*”. Het Hof heeft hiermee niet willen aangeven dat elke rechtskeuze uitdrukkelijk dient te gebeuren. Wellicht heeft het Hof verbroken niet zozeer omdat er onvoldoende elementen waren om tot het bestaan van een stilzwijgende keuze te besluiten, doch omdat de grondrechter in het geheel niet geprobeerd heeft te zoeken naar de intentie van partijen.<sup>106</sup>

Deze uitspraak herinnert eraan dat een stilzwijgende keuze meer moet zijn dan de optelsom van een aantal objectieve elementen. Een dergelijke keuze veronderstelt dat aangetoond wordt dat partijen een bepaalde wil hebben gehad. Tege-

<sup>103</sup> In andere domeinen heeft men aangetoond dat rechters voldoende uitgerust kunnen zijn om met complexe, multi-elementen regels om te gaan. Zie i.v.m. de *forum non conveniens*-leer, Ch. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000.

<sup>104</sup> Zie bv. over de toepassing door rechtbanken van art. 15 van de Brussel IIbis-Vo, de uitspraken bekomentarieerd door S. PFEIFF in D. CARRÉ *et al.* (eds.), *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2005-2010*, Larcier, 2012, 769-775, nr. 795-801.

<sup>105</sup> Cass.fr. 12 juli 2005, *Rev.crit.dr.int.priv.* 2006, 94, noot P. LAGARDE.

<sup>106</sup> In die zin N. JOUBERT, *o.c.*, 242, nr. 15.

lijktijd blijkt uit deze beslissing dat de rechtbank geen poging ondernomen heeft om zo'n onderzoek voeren. Op dit punt is dit geen geïsoleerde beslissing: er wordt in de praktijk zelden verder gegaan dan het op een rijtje zetten van allerlei objectieve elementen waarvan gesteld wordt dat ze naar een bepaald recht wijzen.<sup>107</sup> De rechter komt niet toe aan de vraag of uit de vergaarde elementen af te leiden valt of partijen werkelijk een bepaalde wil hebben gehad.<sup>108</sup>

Dit was duidelijk het geval in de reeds aangehaalde *American Motorists* uitspraak. De *High Court* beperkte zich ertoe een aantal lokaliserende elementen te vinden die volgens de rechter op de toepassing van het recht van Texas wezen, zonder naar de wil van de partijen te zoeken. Ook de zonet aangehaalde beslissing van de rechtbank te Arnhem illustreert dat de zoektocht naar de intentie van partijen een illusie is. Zowel de elementen die door een van de partijen naar voren werden gebracht om aan te tonen dat partijen een keuze voor Duits recht hadden willen maken, als het antwoord hierop van de rechtbank, steunen immers in hoofdzaak op objectieve elementen waaruit moeilijk een eventuele intentie kan blijken. Het feit bijvoorbeeld dat de samenwerking drie Nederlandse vennootschappen verbond, kan moeilijk als een aanwijzing worden beschouwd dat deze partijen slechts bereid waren te contracteren onder Nederlands recht. Tekenend is dat de rechtbank verwijst naar het "Nederlands karakter" van de samenwerking tussen de partners. Hier is wel degelijk een objectieve benadering aan het werk, eerder dan een eerlijke, bescheiden poging om elementen te vinden waaruit de wil van partijen blijkt.

Men vindt dezelfde beperking in een aantal arresten i.v.m. grensoverschrijdende arbeidsovereenkomsten. Zo heeft het hof van beroep te Brussel besloten dat een arbeidscontract aan het Nederlands recht onderworpen was. Om tot dit besluit te komen, had het Hof van beroep rekening gehouden met een aantal elementen, met name het feit dat de werknemer in Nederland tewerkgesteld was, dat hij daar gedomicilieerd was en dat hij in NGL uitbetaald werd. Deze elementen zijn weliswaar relevant, doch eerder om een contract te 'lokaliseren', dan om hieruit de wil van de partijen af te leiden.<sup>109</sup> Het Franse Hof van Cassatie heeft op dezelfde manier geredeneerd in een zaak waar een Franse werknemer aangeworven werd om in Burkina Faso voor een Franse onderneming te werken.<sup>110</sup> Het contract bevatte geen rechtskeuze. De werknemer verweet zijn werkgever bepaalde regels van het Franse arbeidsrecht geschonden te hebben. Volgens de werkgever hadden partijen impliciet maar zeker een keuze voor het recht van Burkina Faso gemaakt. Het hof van beroep had besloten tot toepassing van Frans recht, op basis

<sup>107</sup> In die zin N. JOUBERT, *o.c.*, 240, nr. 15.

<sup>108</sup> KREUZER had dit al opgemerkt in zijn studie over het internationaal kooprecht: K.F. KREUZER, *Das internationale Privatrecht des Warenkaufs in der deutschen Rechtsprechung*, Alfred Metzner, 1964, 55-63.

<sup>109</sup> Het arrest van het hof van beroep werd onderzocht in Cass. (3de k.) 3 december 2001, *H.J./Interbrew, Pas.* 2001, 1982 en *Arr.Cass.* 2001, 2053.

<sup>110</sup> Cass.fr. (soc.) 4 juli 2001, nr. 99-44519.



van het feit dat het contract een verwijzing bevatte naar een Franse CAO en dat de wedde van de werknemer in Frankrijk uitbetaald moest worden, in Franse franken. Het Hof van Cassatie weigerde om te verbreken, op grond van het feit dat “... *la cour d’appel, qui a constaté que le contrat de travail avait été conclu en France entre une société française et un salarié français, qu’il prévoyait le versement d’une rémunération en France stipulée en francs ainsi que l’application de la convention collective des industries métallurgiques des Bouches-du-Rhône a pu décider, sans dénaturation, que les parties avaient entendu appliquer la loi française à leurs relations contractuelles*”. Nergens wordt er gezocht naar de wil van partijen.<sup>111</sup>

Er is derhalve een grote hiaat tussen de ambitie – om de intentie van de partijen na te gaan<sup>112</sup> – en de realiteit. De vermeende zoektocht naar de wil van de partijen lijkt in werkelijkheid sterk op de oude ‘lokalisering’ van het contract waarbij de wil van de partijen slechts vermoed werd. Zodoende glijdt men vrij snel van een stilzwijgende naar een vermoede rechtkeuze.<sup>113</sup>

Een dergelijke verschraling van de impliciete rechtskeuze, die wellicht gevoed wordt door de veelheid aan theorieën i.v.m. de wilsautonomie<sup>114</sup>, lijkt ons in wezen onvermijdelijk. Ook indien men zweert bij een complexe benadering waar-

<sup>111</sup> Zie ook Cass.fr. (soc.) 29 november 2000, nr. 98-41724 (in dit arrest vindt men eveneens een mechanische poging om objectieve elementen te vinden, zonder te zoeken naar de wil van partijen).

<sup>112</sup> Bij de vrijwillige verschijning, die soms voorgesteld wordt als zijnde een ‘stilzwijgende forumkeuze’, wordt daarentegen niet gekeken naar de daadwerkelijke wilsovereenstemming. Zie in die zin P.H.L.M. KUYPERS, *Forumkeuze in het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Kluwer, 2008, 411. Aldus wordt voor de vrijwillige verschijning uitgegaan van een vermoeden, of zelfs sterker, van een fictie: de verweerder die de bevoegdheid niet betwist, wordt geacht met deze bevoegdheid in te stemmen.

<sup>113</sup> Dit is een oud zeer. Het risico wordt al lang onderkend, zoals uit de volgende citaten blijkt: “The province of a ‘tacit’ as distinguished from a ‘hypothetical’ choice of law ... is unclear in practice. Even after the objective reinterpretation of the sub-rule ... the courts have tended to confuse the two approaches, although procedural demands demands at least would seem to command their unequivocal separation” (U. DROBNIG, *American-German Private International Law*, 2de uitgave, Bilateral Studies in Private International Law, Oceana Publications, 1972, 232); “Assuredly, the borderline between tacit and presumed intention is often dubious ...” (E. RABEL, *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, vol. II, 2de ed. door U. DROBNIG, 1960, Ann Arbor, University of Michigan law School, 387); “... lorsqu’on tue la volonté hypothétique, elle a tendance à renaître, précisément sous la forme d’une volonté tacite manifestée ... par des indices suffisants” (P. LALIVE, “Rapport général – droit international privé” in *Les modes non formels d’expression de la volonté*, Journées Capitant Suisse, Dalloz, 1972, 185) en “Hoezeer het niet gemakkelijk is, de scheidslijn tusschen den na te wijzen stilzwijgenden werkelijken wil der partijen en den veronderstelden normalen partijwil te trekken en in onze vonnissen dikwijks termen worden gebezigd, die doen twijfelen, of den rechter het onderscheid tusschen den subjectieven en den objectieven maatstaf scherp voor den geest stond, zoo is in enkelen gevallen de scheidslijn nauwkeurig door den rechter aangegeven” (J. KOSTERS, *Het internationaal burgerlijke recht in Nederland*, De Erven F. Bohn, 1917, 738).

<sup>114</sup> Te denken valt bv. aan de leer van BATIFFOL, die de wil van partijen slechts een beperkte rol toekende en de keuze door partijen niet zozeer op een bepaald recht liet slaan, doch alleen op de “localisation du contrat” (H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ, 1949, 572-573, nr. 572), hetgeen een rol lijkt te hebben gespeeld in de huidige verwarring rond de impliciete rechtskeuze.

bij met alle elementen rekening wordt gehouden, is de vermeende zoektocht naar de wil van partijen een rad voor de ogen. Het probleem is niet zozeer dat deze zoektocht slechts een resultaat bij benadering zal opleveren. Dit is onvermijdelijk indien men het terrein van de impliciete wil betreedt. De wil van partijen blootleggen behoort immers tot de rijk der fabels. Alleen bij benadering en door afleidingen kan men de wil van de partijen ontdekken.<sup>115</sup>

Het probleem is evenwel fundamenteeler. De grondvraag is immers of een rechter of arbiter de middelen heeft om na te gaan of partijen “daadwerkelijk een rechtskeuze hebben gewild”, indien deze partijen hun wil niet kenbaar gemaakt hebben.<sup>116</sup> Hierover kunnen ernstige twijfels bestaan. Dit is zeker zo wanneer rekening gehouden wordt met elementen die onmogelijk op enig wil of intentie van de partijen kunnen wijzen. Zo is het met de plaats waar partijen gevestigd zijn, de gebruikte munteenheid, de plaats van uitvoering van een contract of nog de plaats waar een werknemer tewerkgesteld wordt. Deze elementen hebben enige waarde indien men het contract probeert te lokaliseren.<sup>117</sup> Ze kunnen evenwel weinig of niets opleveren als het erop aankomt de wil van partijen te ontrafelen. Het gaat in wezen om objectieve elementen die over de wil van partijen weinig of niets onthullen.<sup>118</sup> Het is een fictie te beweren dat indien die elementen naar één welbepaald rechtssysteem convergeren, dit erop zou wijzen dat partijen daadwerkelijk voor dit recht hebben gekozen.<sup>119</sup>

Vandaag wordt bij de zoektocht naar de stilzwijgende keuze rekening gehouden met een beperkt aantal elementen, te weten het al dan niet bestaan van een forumbeding, de verwijzing naar kenmerkende elementen uit een rechtssysteem, de taal van contractsdocumenten en de eventuele contractspraktijk die tussen partijen ontstaan is.<sup>120</sup> In tegenstelling tot de zonet genoemde factoren, staan deze elementen, en zeker het forumbeding, dicht bij de eventuele wil van partijen hun contract in een bepaald recht in te bedden.

Er blijven evenwel grote twijfels over de bruikbaarheid van deze elementen om de impliciete wil van partijen te ontdekken. De redenering berust immers op een aantal verwachtingen die moeilijk te bewijzen vallen. Als men kijkt naar het forumbeding, is het immers zeer de vraag of partijen het recht van een bepaalde

<sup>115</sup> Daarom wordt er in bepaalde domeinen toegegeven dat er over de wil van de partijen twijfel kan bestaan. Wanneer over de wil van echtgenoten bijv. om een echte gemeenschap te vormen, twijfels blijven bestaan, wordt soms besloten dat de echtgenoten het voordeel van de twijfel moeten genieten nu de mogelijkheid om te trouwen een fundamenteel recht uitmaakt.

<sup>116</sup> L. STRIKWERDA, *De overeenkomst in het IPR*, 3de ed., Maklu, 2010, 112, nr. 190.

<sup>117</sup> Zie de verschillende elementen opgesomd door de gevierde in 1985: de plaats waar het contract totstandgekomen is; plaats van uitvoering van het contract; de nationaliteit van de partijen; de taal van het contract; de opname van bepaalde termen of formules; de aanwijzing van een bevoegde rechter en de gewoonten tussen partijen (J. ERAUW, *Beginnselen van internationaal privaatrecht*, 1985, Story Scientia, 234).

<sup>118</sup> In die zin N. JOUBERT, *o.c.*, 243, nr. 17.

<sup>119</sup> Zie evenwel D. MARTINY, *o.c.*, 122-123, nr. 124 over de waarde van de ‘*Einheitlicher Erfüllungsort*’.

<sup>120</sup> Voor een grondige bespreking van al deze elementen, zie D. MARTINY, *o.c.*, 115-128.

Staat voor ogen hebben wanneer ze geschillen die uit hun contract ontstaan, aan de rechtbanken van die Staat kiezen te onderwerpen.<sup>121</sup> Deze redenering berust op de verwachting dat een rechtbank normaal de *lex fori* zal toepassen. Of partijen werkelijk deze verwachting koesteren, kan evenwel sterk in twijfel worden getrokken.<sup>122</sup> Er is eerder sprake van een veronderstelling of nog erger van geloof in wat partijen zouden hebben gedacht. In afwezigheid van een degelijk onderzoek naar de concrete verwachtingen van bedrijfsleiders en bedrijfsjuristen<sup>123</sup>, zal de rechter steeds met twijfels blijven zitten. Dit verklaart waarom het voorstel dat de Commissie tijdens de voorbereiding van de Rome I Vo gemaakt had, om een vermoeden in te lassen dat een forumbeding op een impliciete keuze wijst, niet weerhouden is. Dat partijen in hun contract een arbitragebeding opgenomen hebben, is nog minder relevant om hun wil i.v.m. het toepasselijk recht te ontdekken.<sup>124</sup>

Ook de waarde van de verwijzing in het contract naar bepaalde artikelen uit een wet of juridisch-technische oplossingen uit een bepaald land, is voor interpretatie vatbaar.<sup>125</sup> Zoals van Hecke schreef, “Wat de verwijzing naar de regels of instellingen van een land betreft om een bepaald probleem te regelen (bijvoorbeeld verwijzing naar een wet, voorwaarden van een handelsplaats, gebruikt van typische uitdrukkingen, zoals ‘The Queen’s enemies’ ...) moet men zich afvragen of zij vermogen de overeenkomst in haar geheel aan het recht van dat land te onderwerpen dan wel of zij enkel de strekking hebben de vermelde regels op te nemen in een overeenkomst die voor het overige door het recht van een ander land wordt beheerst”.<sup>126</sup> Weerom is twijfel dus op zijn plaats over de waarde van dit objectief gegeven. Ook indien partijen een standaardovereenkomst gebruiken,

<sup>121</sup> De twijfels zijn des te groter indien het forumbeding in de algemene voorwaarden van een der partijen opgenomen wordt. In dit geval moet aan het beding wellicht minder gewicht toekomen bij het achterhalen van een impliciete keuze. In die zin B. AUDIT en L. D’AVOUT, *o.c.*, 810, nr. 903.

<sup>122</sup> G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, 2de ed., Story Scientia, 1989, 323, nr. 690 en meer recent T. AZZI, *o.c.*, 151-152, nr. 11.

<sup>123</sup> Dankzij de inspanningen van de gevierde beschikken we wel over empirisch onderzoek i.v.m. de verwachting van de bedrijfsleiders mbt arbitrage. Zie J. ERAUW en H. VERBIST, “Résultats de l’enquête concernant les entreprises et les juristes d’entreprise en Belgique face à l’arbitrage commercial et la conciliation”, *TBH* 2000, 341-356 en *Tijdschrift@ipr.be*, 2003/1, 83-100.

<sup>124</sup> B. AUDIT et L. D’AVOUT, *Droit international privé*, 2013, 7de ed., Economica, 810, nr. 903 en de gegevens verzameld door M. SCHERER, *art.cit.*, 263-266, nr. 14 e.v.

<sup>125</sup> Het gewicht dat aan dit element moet worden toegekend, wordt al lang in twijfel getrokken. Zie U. DROBNIG, *American-German Private International Law*, 2de ed., Bilateral Studies in Private International Law, Oceana Publications, 1972, 232: “An express reference to the provisions of a particular system of law, or the utilization of forms or expressions similarly inspired come into play only subsidiarily, and even then they are not necessarily decisive”.

<sup>126</sup> G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *o.c.*, 324, nr. 691. Zie ook B. AUDIT et L. D’AVOUT, *Droit international privé*, 2013, 7de ed., Economica, 809, nr. 903 – de auteurs stellen eerst dat de verwijzing naar een bepaalde rechtsregel kan worden beschouwd als “traduisant le choix de cette loi pour l’ensemble du contrat”, doch voegen hier aan toe dat “on pourrait envisager de voir au contraire dans la référence un emprunt dérogatoire” en besluiten dat deze laatste interpretatie minder redelijk is omdat het tot een *dépeçage* van het contract leidt (voetnoot 2).

is er ruimte voor twijfel over wat hieruit afgeleid kan worden. Wanneer partijen een dergelijk contract gebruiken zonder het rechtskeuzebeding dat hierin meestal wordt opgenomen, te onderschrijven, kan dit het gevolg zijn van een vergeteldheid. Het kan evenwel ook betekenen dat partijen afgezien hebben van de mogelijkheid om het toepasselijk recht te kiezen.<sup>127</sup>

Dezelfde twijfels bestaan m.b.t. de houding van partijen tijdens een procedure. Bij een rechtskeuze ten processe wordt rekening gehouden met de houding van partijen tijdens de procedure. In dit verband wordt vaak verwezen naar het feit dat de partijen in hun besluiten en pleidooien zich naar het lokaal recht hebben geschikt. Zoals door een Nederlands rechtscollege opgemerkt, kan het feit dat een advocaat zelfs meermaals naar het lokaal recht verwijst, eenvoudigweg worden verklaard doordat de advocaat “gewoontegetrouw” naar het door hem best bekende recht verwijst. Evengoed is mogelijk dat de advocaat over het hoofd gezien heeft dat een ander recht van toepassing is of zou kunnen zijn.<sup>128</sup>

Soms wordt ook acht geslaan op een beding van rechtskeuze dat tijdens de onderhandelingen aan bod kwam, doch in de eindversie van het contract niet meer opgenomen werd. De vraag zal rijzen indien partijen een rechtskeuze voor ogen hadden, doch deze rechtskeuze in de uiteindelijke overeenkomst niet voorkwam. Dit kwam voor in de zaak *Interfrigo*: partijen hadden onderhandelingen gevoerd en een conceptovereenkomst opgesteld. Hierin was een keuze voor Belgisch recht opgenomen. De conceptovereenkomst werd evenwel nooit ondertekend. In cassatie oordeelde advocaat-generaal Strikwerda dat “De enkele omstandigheid dat een rechtskeuze voor Belgisch recht was opgenomen in de conceptovereenkomst, is, zonder dat feiten of omstandigheden zijn gesteld waaruit volgt dat ondanks het feit dat partijen de concept-overeenkomst niet hebben ondertekend zij niettemin daadwerkelijk hebben gewild aan die rechtskeuze gebonden te zijn, niet voldoende om een rechtsgeldige rechtskeuze als bedoeld in artikel 3, eerste lid EVO aan te nemen”.<sup>129</sup>

Bij contracten die in nauw verband staan, wordt tenslotte soms ook getracht om uit de omstandigheden een impliciete keuze af te leiden. Indien een van de contracten een rechtskeuze bevat, rijst immers de vraag of deze keuze kan doorwerken naar een ander contract dat met het eerste nauw gelieerd is. Wanneer de verschillende contracten niet tussen dezelfde partijen worden gesloten is de ruimte voor een dergelijke toepassing van de leer van de impliciete rechtskeuze bijzonder klein.<sup>130</sup> Doch ook indien de verschillende contracten dezelfde partijen betreffen, kan men zich afvragen of het verantwoord is om op zoek te gaan naar een impliciete rechtskeuze voor een contract waarin geen rechtskeuze opgeno-

<sup>127</sup> Zie recent T. AZZI, *o.c.*, 153, nr. 17.

<sup>128</sup> Rb. Zutphen 17 december 2008, *NIPR* 2009, nr. 24, p. 70.

<sup>129</sup> Concl. Adv. Gen. Strikwerda, HR 28 maart 2008, *RvdW* 2008, 365 en *S&S* 2008, 80, § nr. 18.

<sup>130</sup> In die zin S. CORNELOUP, “Choix de loi et contrats liés” in S. CORNELOUP en N. JOUBERT (eds.), *Le Règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, (285) 302, nr. 24.

men werd, hoewel dezelfde partijen in een ander contract wel een uitdrukkelijk rechtskeuzebeding opgenomen hebben.<sup>131</sup> In ieder geval lijkt het verkieslijker om te onderzoeken of een uitdrukkelijk rechtskeuzebeding opgenomen in een van de contracten, ruim genoeg geformuleerd is om ook de andere contracten mee te betreffen, eerder dan te proberen na te gaan of partijen impliciet een bepaald recht gekozen hebben.<sup>132</sup>

Kortom, bij de zoektocht naar de wil van partijen dreigt men van een kale reis terug te komen. Het onderzoek zal hoogstens een aantal aanwijzingen geven die wijzen op de banden tussen het contract en een bepaald recht.<sup>133</sup> De rechter zal in de meeste gevallen slechts kunnen concluderen dat deze elementen voldoende zijn om het bestaan van een duidelijke wil van partijen aan te tonen, mits hij een sprong in het onbekende waagt. In wezen zal de rechter bijna een akte van geloof moeten afleggen. Met deze sprong in de redenering, die de ontbrekende kennis moet overbruggen, doet men niets wezenlijk anders dan bij de leer van de de hypothetische keuze.

Doordat er steeds een zekere afstand zal zijn tussen de door de rechter vastgestelde elementen en de wil van partijen, ontstaat ook het risico dat men een wil meent te kunnen ontdekken waar er geen is geweest. Dit was het heuvel waaraan de hypothetische keuze gestorven is. In theorie, nu men de hypothetische keuze overboord gegooid heeft, kan de rechter slechts genoeg nemen met een werkelijke intentie, zonder de partijen enige wil toe te dichten. De grens is evenwel flinterdun, zoals uit de volgende citaat blijkt. In zijn vergelijkende studie schreef Rabel i.v.m. de impliciete keuze dat:

*“ ... 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. If they have only a law ‘in mind’ but do not express their intention at least by conduct, there is no case for a tacit stipulation ... ”*<sup>134</sup>

<sup>131</sup> Indien geen van de betrokken contracten een uitdrukkelijk rechtskeuze bevat, lijkt het ons bijzonder gevaarlijk om op zoek te gaan naar een impliciete keuze in een van de contracten, die mogelijk ook het andere contract zou betreffen. Zie desondanks de poging van S. CORNELOUP, *art. cit.*, 305-306, nr. 28.

<sup>132</sup> Zie verder T. AZZI, *o.c.*, 154, nr. 19.

<sup>133</sup> Een ander probleem doet zich voor: ook indien men de zoektocht beperkt door ‘duidelijkheid’ te eisen, stelt zich de vraag of het mogelijk is om rekening te houden met omstandigheden die *na* het sluiten van het contract plaatsvinden. Hierover werd soms getwijfeld. Giardina leidde uit de bewoordingen van het EVO-Verdrag af dat slechts rekening kon worden gehouden met omstandigheden na het contract: A. GIARDINA, “The Impact of the EEC Convention on the Italian System of Conflict of Laws” in P.M. NORTH (ed.), *Contract Conflicts. The EEC Contractual Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: a Comparative Study*, North-Holland, 1982, (237) 244, in het bijzonder noot 28.

<sup>134</sup> ERNST RABEL, *The Conflict of Laws A Comparative Study*, vol. II, 2nd ed, door U. DROBNIG, 1960, Ann Arbor, University of Michigan law School, 386.

Het vervolg van zijn betoog laat evenwel duidelijk blijken dat de afstand tussen de werkelijke en de vermoede wil klein of zelfs onbestaand is: hij verwijst immers naar de situatie waarin partijen in eerdere contracten al een rechtskeuze hadden gemaakt om te stellen dat partijen “... may well be *supposed* to intend a similar submission in making a new contract”.<sup>135</sup>

De verwarring tussen impliciete en veronderstelde keuze wordt gevoed door de twijfels die inherent zijn aan de impliciete rechtskeuze. Indien partijen geen rechtskeuzebeding in hun contract opgenomen hebben, doch uit een aantal elementen blijkt dat ze noodzakelijkerwijze aan een bepaald recht gedacht hebben, rijst immers de vraag of ze niet bewust afgezien hebben van de mogelijkheid om het toepasselijk recht te bepalen. Die ruimte voor twijfel maakt dat de zoektocht naar de impliciete rechtskeuze de rechter altijd zeer dicht bij een zekere *Hineinin-terpretierung* van de wil van partijen zal brengen. Hoewel er een consensus bestaat over het feit dat het niet volstaat om aan partijen een rechtskeuze toe te dichten, zonder dat de werkelijke wil van partijen om hun contract aan een bepaald recht te onderwerpen kan worden vastgesteld, lijkt het erg dicht op zo'n praktijk van veronderstelde rechtskeuze.<sup>136</sup>

#### 4. BIJ WIJZE VAN BESLUIT

Is het mogelijk om de impliciete rechtskeuze te redden? Mijn indruk is eerder negatief. Absolute zekerheid over de impliciete intentie van partijen is een luchtspiegeling. In de meeste gevallen zal de zoektocht naar de impliciete rechtskeuze slechts tot een vermoeden leiden dat partijen een bepaald recht hebben willen kiezen. Soms zal het vermoeden wat sterker uitvallen. In vele gevallen zal men eerder van een fictie moeten spreken, nu er geen duidelijke wilsuiting geweest is en het helemaal niet zeker is dat partijen überhaupt aan het toepasselijk recht hebben gedacht.<sup>137</sup>

<sup>135</sup> *Id.*, 386 – eigen onderlijning. Zie ook het volgende citaat van van HECKE: “In geen enkel van die gevallen [waar een stilzwijgende keuze kan worden afgeleid uit bepaalde elementen] kan de stilzwijgende rechtskeuze echter dezelfde betekenis hebben als een uitdrukkelijke keuze. Er is eigenlijk, in die gevallen van stilzwijgende rechtskeuze, niet meer dan een *vrij sterk vermoeden van rechtskeuze*, dat echter soms zal moeten onderdoen voor aanduidingen in andere zin” (G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *o.c.*, 323, nr. 689 – we onderlijnen).

<sup>136</sup> De gevierde schreef in dit verband dat “[d]e louter hypothetische wil is in de praktijk echter niet steeds duidelijk te onderscheiden van de stilzwijgende wil van de partijen ...” (J. ERAUW en H. STORME, *Internationaal privaatrecht*, 2009, Kluwer, 668, nr. 584).

<sup>137</sup> Zoals velen het al genoteerd hebben. Zo schreef LAURENT dat “Cette difficulté [om het bewijs te leveren van het bestaan van een keuze] est telle, que la volonté tacite devient à peu près une pure théorie. Si les parties avaient pensé au statut qui régira leurs conventions, en cas de procès, elles auraient prévenu la contestation en déclarant leur volonté; leur silence impliquerait d’ordinaire qu’il n’y a point de volonté tacite” (F. LAURENT, *o.c.*, 515-516, nr. 430). BATIFOL was ook bijzonder duidelijk: “Si on veut voir les choses en face, force est de reconnaître que dans la plupart des cas où manque une déclaration expresse, les parties n’auront eu aucune

In het recht en ook in het internationaal privaatrecht is er zeker plaats voor vermoedens en zelfs voor ficties.<sup>138</sup> Evenwel brengt het werken met vermoedens een aantal kosten en ongemakken met zich mee. De rechter zal soms een lange bocht moeten maken om alle elementen van de contractuele relatie in overweging te nemen, vooraleer een beslissing te nemen i.v.m. het toepasselijk recht. In vele situaties zal de rechter tot het einde twijfelen over de vraag of partijen inderdaad een rechtskeuze hebben willen maken.<sup>139</sup>

Deze kosten en ongemakken wegen niet op tegen het onzekere resultaat dat uit de denkoefening komt. Bovendien staat de impliciete rechtskeuze haaks op de doelstellingen van het internationaal contractenrecht. De wilsautonomie wordt een grote rol toegemeten precies omdat deze verwijzingsregel de rechtszekerheid dient. Indien partijen een keuze maken, kan het toepasselijk recht eenvoudig en zonder kosten worden bepaald. Dit is helemaal anders bij de impliciete keuze die de eenvoud en de rechtszekerheid niet dient.<sup>140</sup> Ook de mogelijkheid om via een soepele interpretatie van de impliciete rechtskeuze de voorkeur aan de *lex fori* te geven<sup>141</sup>, ligt niet in de lijn van het huidige internationaal privaatrecht.

Ten slotte lijkt de impliciete rechtskeuze zijn rechtvaardiging verloren te hebben met de ontwikkeling van niet onverdienstelijke objectieve verwijzingsregels. Vandaag zijn deze regels redelijk goed ontwikkeld. Hoewel de leer van de kenmerkende prestatie in een aantal situaties tot resultaten leidt die voor kritiek vatbaar zijn, geeft deze leer in de meeste gevallen voldoening. Dit is des te meer zo dat de moderne ipr-regelingen daarnaast ook uitzonderingsclausules voorzien. Er is derhalve geen noodzaak meer om ten alle prijze onder de subjectieve verwijzingsregel te willen blijven. Integendeel, de ondoordringbare leer van de impliciete keuze dreigt de toepassing van de objectieve verwijzingsregel te verdringen.

Voor de partijen is de leer van de impliciete rechtskeuze evenmin een troef. Indien ze geen rechtskeuzebeding in het contract opnemen, kunnen partijen er gewoonweg niet van uitgaan dat hun contract aan een bepaald recht onderworpen zal worden. De onzekerheid over de vraag of de rechter uiteindelijk al dan niet tot het bestaan van een impliciete rechtskeuze zal besluiten, is te groot.

Het internationaal privaatrecht van contracten zou aldus beter komaf maken met dit overblijfsel van het verleden. Een tweeledige regeling lijkt te verkiezen: in eerste instantie wordt rekening gehouden met een uitdrukkelijke keuze door par-

---

volonté déterminée sur la question de la loi applicable. L'idée d'une volonté implicite est alors une fiction et il est toujours gênant de fonder les solutions du droit sur l'irréel" (H. BATIFFOL, noot onder Cass.fr. 6 juli 1959, *Rev.crit.dr.int.priv.* 1960, 708, 710).

<sup>138</sup> Zie recent nog art. 83, § 4 Erfrechtverordening, die een fictieve rechtskeuze invoert.

<sup>139</sup> Ook een 'gewone' uitdrukkelijke rechtskeuze brengt kosten met zich mee. Zie bv. G. RÜHL, "Die Kosten der Rechtswahlfreiheit: Zur Anwendung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte", *RabelsZ.* 2007, 559-596.

<sup>140</sup> In die zin T. AZZI, *o.c.*, 160-161, nr. 32.

<sup>141</sup> Zie de voorbeelden aangehaald door N. WATTÉ, "Examen de jurisprudence (1990 à 2002). Droit international privé (conflit de lois)", *RCJB* 2005, 258, nr. 46.

tijen, zoniet wordt de objectieve verwijzingsregel toegepast.<sup>142</sup> In een wereld zonder impliciete rechtskeuze, bestaat er nog een grotere aansporing voor partijen om, waar ze de mogelijkheid hebben, uitdrukkelijk het recht te kiezen dat hun relatie beheerst.<sup>143</sup> Ook buiten het contractenrecht lijkt er weinig aanleiding om de ambiguiteit rond de impliciete rechtskeuze te handhaven.

<sup>142</sup> Zie reeds J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, vol. V, Sirey, 1948, 75, nr. 1400: “*De lege feranda*, il se recommandrait de décider qu’à défaut de volonté exprimée, les contrats seront régis obligatoirement par une certaine loi, de manière, d’une part à écarter les incertitudes de l’interprétation judiciaire et d’encourager, d’autre part, les contractants à se prononcer à ce sujet, ce qui serait bien préférable”.

<sup>143</sup> Onderzoek heeft gewezen dat clausules van rechtskeuze bijzonder vaak voorkomen. Zie L. RIBSTEIN, “From Efficiency to Politics in Contractual Choice of Law”, *Georgia L. Rev.* 2003, 363 e.v. en meer recent G. CUNIBERTI, “The International Market for Contracts”, University of Luxembourg Law Working Paper Series nr. 2014/12, 2014.