

Faculteit Rechtsgeleerdheid
Universiteit Gent

Academiejaar 2008-09

Hardship clauses in rechtsvergelijkend perspectief

(Hardship in de praktijk)

Masterproef van de opleiding
‘Master in de rechten’

Ingediend door

Mathias Baert

(studentennr. 20021519)
(major: Sociaal en Economisch Recht)

Promotor: C. Van der Elst

Dankwoord

Ik wil hierbij de gelegenheid te baat nemen om de personen te bedanken die het mogelijk gemaakt hebben deze masterproef te voltooien. In de eerste plaats gaat mijn dank uit naar mijn promotor Professor C. Van der Elst, die mij het onderwerp heeft bezorgd en bij wie ik steeds terecht kon met mijn vragen en opmerkingen. Speciale dank gaat ook uit naar Dorothée Vermeiren voor het nalezen van deze masterproef. Haar kritische bemerkingen maakten het bovendien mogelijk om mijn persoonlijke standpunten aan te scherpen. Tenslotte wil ik ook mijn familie bedanken voor hun onvoorwaardelijke steun.

INHOUDSTAFEL

INLEIDING	1
HOOFDSTUK 1: JURIDISCH KADER.....	2
Titel 1: WAT IS HARDSHIP?	2
§1. Ontstaan: pacta sunt servanda en de clausula rebus sic stantibus.....	2
§2. Hedendaagse internationale overeenkomsten en “hardship”	2
§3: Hardship onderscheiden	4
Titel 2: CIVIL LAW LANDEN	5
§ 1. België	6
1. Principe	6
a. Evolutie	6
b. Huidige stand.....	8
2. Verzachtingen in het Belgische recht	11
a. Specifieke verschijningsvormen in de Belgische regelgeving.....	11
b. Overmacht als alternatief.....	12
3. Besluit	13
§2. Frankrijk.....	13
1. Administratiefrechtelijke overeenkomst vs. burgerrechtelijke overeenkomst	13
2. Burgerrechtelijke overeenkomsten.....	14
a. Principe	14
b. Verzachtingen in het Franse recht	15
3. Administratieve overeenkomsten	16
4. Het voorontwerp “Catala”	17
5. Besluit	19
§3. Nederland	19
1. Voor de invoering van het nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek.....	19
2. Na de invoering van het nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek	20
a. Toepassingsgebied.....	20
b. Toepassingsvoorwaarden.....	21

c. Gevolgen	23
3. Besluit	24
§4. Duitsland.....	25
1. Theorie van de “ <i>Geschäftsgrundlage</i> ”	25
2. Artikel §313 van het “ <i>Bürgerliches Gezetzbuch</i> ”	25
3. Besluit	28
Titel 3: COMMON LAW LANDEN	29
§1: De Verenigde Staten van Amerika:	29
1. Algemeen.....	29
2. Theorie van de “ <i>impracticability of performance</i> ”	30
a. Toepassingsgebied.....	30
b. Toepassingsvoorwaarden.....	31
c. Voorzienbaarheid	35
d. Gevolgen.....	36
2. Theorie van de <i>frustration of purpose</i>	37
a. Toepassingsgebied.....	37
b. Toepassingsvoorwaarden.....	38
c. Gevolgen	40
4. Besluit	41
Titel 4: HET WEENS KOOPVERDRAG VAN 1980 (CISG)	41
§1. Belang van het CISG voor de internationale handel	42
§2. Artikel 79 CISG	42
1. Toepassingsvoorwaarden.....	44
a. Tekortkoming in de nakoming van één van haar verplichtingen	44
b. Voorwaarden voor de bevrijdende omstandigheid	45
c. Tekortkoming van de nakoming door een derde persoon	47
d. De verplichting de tegenpartij in kennis te stellen.....	48
2. Dekt artikel 79 CISG de gevallen van “ <i>hardship</i> ”?.....	49
4. Besluit	52

HOOFDSTUK 2: DE CONTRACTUELE PRAKTIJK	53
Titel 1: DE LEX MERCATORIA	53
§1. De nood aan transnationale en voorspelbare regels in internationale handelsovereenkomsten :.....	53
1. Transnationale vs. nationale regelen	53
2. De nood aan voorspelbare regels.....	54
§2. De UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts	55
1. Algemeen.....	55
2. <i>Hardship</i>	56
a. Toepassingsvoorwaarden	57
b. Gevolgen.....	61
3. Besluit	65
§3. De Principles of European Contract Law	65
1. Algemeen.....	65
2. <i>Hardship</i>	66
a. Toepassingsvoorwaarden	67
b. Gevolgen.....	68
3. Besluit	69
Titel 2: DE HARDSHIPCLAUSULE	69
§1. Het wat en waarom van de <i>hardshipclause</i>	69
§2. Bestanddelen.....	72
1. De hypothese.....	72
a. Omstandigheden	73
b. Het effect van de gebeurtenissen op de verplichtingen van de partijen.....	76
2. Het effect van de <i>hardshipclause</i>	78
a. Inleiding	78
b. De notificatie	81
c. De onderhandelingen	81
d. Het slagen van de onderhandelingen.....	83

e. Het falen van de onderhandelingen	84
3. Besluit	87
§3. De ICC Hardship Clause 2003	89
§4. Verwante clausules	90
HOOFDSTUK 3: NAAR EEN BELGISCHE IMPREVISIEREGELING?	92
Titel 1: NOOD AAN EEN BELGISCHE IMPREVISIEREGELING.....	92
§1. Het huidige standpunt van de Belgische rechtsleer.....	92
§2. Rechtspraak vs. wet.....	95
§3. Een Belgische wetsbepaling	97
1. Algemeen.....	97
2. Bestanddelen van de imprevisie/ <i>hardship</i> bepaling	98
a. Toepassingsvoorwaarden.....	98
b. Gevolgen.....	102
3. Naar een Belgische imprevisiebepaling.....	106
§4. Besluit	106
CONCLUSIE	107
BIBLIOGRAFIE	109

INLEIDING

In hoeverre blijven partijen gebonden door een overeenkomst wanneer zich gewijzigde omstandigheden voordoen? Dit is een fundamentele verbintenissenrechtelijke vraag. Het spreekt voor zich dat hedendaagse internationale termijncontracten grote financiële risico's met zich meebrengen en dus erg gevoelig zijn voor dergelijke onvoorziene omstandigheden. Het opzet van deze masterproef is dan ook te onderzoeken hoe dergelijke omstandigheden kunnen worden opgevangen. Het werkstuk zal drie grote delen omvatten.

Allereerst ga ik op zoek naar het juridisch kader. De vraag zal onderzocht worden wat *hardship* nu juist is en hoe de verschillende nationale staten met dit probleem omgaan. Hierbij wordt de opdeling *Civil/Common Law* landen gemaakt. Wat betreft de *Civil Law* landen wordt er een verder onderscheid gemaakt tussen de landen die de leer van de gewijzigde omstandigheden niet aanvaarden (België en Frankrijk) en deze die dit wel doen (Nederland en Duitsland). Voor wat de *Common Law* landen betreft, beperk ik mij tot de Verenigde Staten van Amerika. Het eerste deel wordt afgesloten door het Weens Koopverdrag. Na kort het toepassingsgebied van het CISG te beschrijven, zal ik in detail ingaan op artikel 79 CISG. Meer bepaald zal ik nagaan of het Koopverdrag de gevallen van *hardship* dekt. In een tweede deel wordt nader ingegaan op de contractuele praktijk. Ik zal me hierbij vooral focussen op de twee belangrijkste transnationale instrumenten, met name de UNIDROIT Principles (UPICC) en de Principles of European Contract Law (PECL). Verder zullen ook de zogenaamde *hardshipclauses* onder de loep worden genomen. Wat zijn de bestanddelen van een dergelijke clauses en hoe verhouden ze zich tot een aantal verwante clauses? In een laatste deel wordt teruggekeerd naar het Belgische recht. Na zowel de theorie als de praktijk besproken te hebben, zal ik onderzoeken of ons Belgisch recht wel voldoet aan de noden van de huidige termijncontracten. Moet de imprevisie ook met andere woorden erkend worden en indien ja, hoe wordt dit best verwezenlijkt? Er moet opgemerkt worden dat in de eerste twee delen hoofdzakelijk beschrijvend tewerk wordt gegaan, terwijl in het laatste deel via rechtsvergelijking naar terugkerende elementen zal worden gezocht.

HOOFDSTUK 1: JURIDISCH KADER

Titel 1: WAT IS HARDSHIP?

§1. Ontstaan: *pacta sunt servanda* en de *clausula rebus sic stantibus*

1. Geen enkele regel heeft meer impact gehad op het verbintenissenrecht dan deze van de vrijheid om te contracteren en, eens besloten te contracteren, zich te houden aan de overeenkomst. Dit principe van de bindende kracht van de overeenkomst was reeds terug te vinden bij de Egyptenaren en de Chinezen. Deze volkeren waren ervan overtuigd dat de goden deelnamen aan de totstandkoming van de overeenkomst. Op deze manier stonden de goden als het ware garant voor de overeenkomst en dreigden ze op te treden indien de overeenkomst onrechtmatig werd verbroken. Rond het Middellandse Zeegebied en meer bepaald bij de Romeinen, werd bij dit religieuze motief het idee toegevoegd van een goed geregelde handel. De Romeinen waren immers overtuigd dat de handel enkel mogelijk was indien de gesloten overeenkomsten werden nageleefd. Zo ontstond de *pacta sunt servanda ex fida bona* – regel, die later in de meeste rechtssystemen werd overgenomen¹.

2. Een beperking van de verbindende kracht van de overeenkomst kwam er rond de twaalfde – dertiende eeuw, toen Canonisten het idee van de *clausula rebus sic stantibus* (ook bekend onder de Franse naam *imprévision*) ontwikkelden. Ze waren van oordeel dat een overeenkomst waarbij over een bepaalde periode opeenvolgende prestaties vereist waren, alleen stand kon houden indien de omstandigheden waaronder de overeenkomst tot stand was gekomen, niet werden gewijzigd. Dit *rebus sic stantibus* principe werd initieel toegepast door de kerkelijke rechtbanken en later overgenomen door profane juristen en rechtbanken. Het kreeg aldus ruime werking. Tegen het einde van de vijftiende eeuw begon de populariteit van de *rebus sic stantibus* te tanen na protesten van Bourgondische handelaren die hun commerciële belangen wilden veilig stellen. Uiteindelijk werd in de achttiende eeuw, onder invloed van het liberalisme, de *rebus sic stantibus* afgeschreven en werd het *pacta sunt servanda*– beginsel in haar eer hersteld².

§2. Hedendaagse internationale overeenkomsten en “hardship”

3. Economische rampen, ineensstorten van de financiële markten, politieke spanningen, uitzonderlijk weersomstandigheden: het zijn maar enkele gebeurtenissen die een grote impact kunnen hebben op de prestaties van de partijen. Deze omstandigheden maken de uitvoering van de overeenkomst

¹ H. WEHBERG, “Pacta sunt servanda”, *AJIL*, 1959, 775 – 776.

² A. SALIBA, “Rebus sic stantibus: A comparative Survey”, www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v8n3/saliba83_text.html, 2 – 3.

echter niet onmogelijk. Partijen kunnen dan ook geen beroep doen op de overmachting. Wel zal het voor de benadeelde partij veel moeilijker zijn om te presteren, daar de uitvoering grote additionele kosten en andere moeilijkheden met zich meebrengt. Het is dan ook van belang om te weten of (en in welke mate) een partij het risico van dergelijke onvoorziene omstandigheden moet dragen. Het komt met andere woorden neer op een afweging tussen twee fundamentele principes die vervat zitten in elk rechtsstelsel. Enerzijds is er het principe van de *pacta sunt servanda* dat de partijen verplicht hun prestaties na te leven zolang dit mogelijk is. Anderzijds is er ook het beginsel van de *goede trouw* dat partijen zou ontlasten van hun prestatie.

4. BRUNNER stelt in zijn doctoraatsstudie dat er drie wijzen zijn waarop de nationale of internationale regelgevers de verhouding tussen deze twee principes kunnen uitwerken³:

- De partijen kunnen worden verplicht hun overeenkomsten na te leven, zelfs in het geval van gewijzigde omstandigheden. De rechtbanken zullen deze oplossing kiezen indien ze oordelen dat de onvoorziene omstandigheden de uitvoering van de overeenkomst niet substantieel heeft verzwakt of indien de toepasselijke wet geen ruimte laat voor interpretatie. In dergelijke gevallen wordt het principe van de *pacta sunt servanda* strikt toegepast. Dit is het geval in België, Frankrijk en Luxemburg.
- De partijen kunnen in het geval van gewijzigde omstandigheden ook vrijgesteld worden van prestatie en de overeenkomst kan derhalve worden ontbonden. Dit is het geval in veel *Common Law* landen alsook in Duitsland. Dergelijke ontheffing kan echter, afhankelijk van de omstandigheden, onbillijk zijn indien het de andere partij onrecht aandoet.
- Het economische risico van de gewijzigde omstandigheden kan ook gedeeld worden door de partijen. Dit is mogelijk wanneer de wet of de rechtspraak toelaat dat de overeenkomst aangepast kan worden. Het doel hiervan is het evenwicht tussen de partijen te herstellen. Een aanpassing heeft over het algemeen genomen minder vergaande gevolgen dan de ontbinding, die hier vaak als een finale oplossing wordt gezien. Dit zal het geval zijn in Nederland en in de UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts/Principles of European Contract Law (UPICC/PECL).

5. Het principe van de goede trouw wordt wereldwijd gezien als de wettelijke basis van *hardship*⁴. Gewijzigde omstandigheden kunnen immers een disproportionaliteit doen ontstaan tussen de

³ C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles – Exemption for non-performance in international arbitration*, New York, Kluwer Law International, 2009, 392.

⁴ C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles – Exemption for non-performance in international arbitration*, New York, Kluwer Law International, 2009, 394.

verbintenissen van de partijen. Het is mogelijk dat de partij die haar tegenpartij dwingt de overeenkomst uit te oefenen zoals deze gesloten is, in strijd handelt met de goede trouw en aldus rechtsmisbruik pleegt⁵. In *hardshipgevallen* moet men zich afvragen of de prestatie niet overdadig belastend wordt (“*excessively onerous*”) en of het wel redelijk is om de benadeelde partij het risico van de gewijzigde omstandigheden te laten dragen. Het antwoord dat de verschillende rechtssystemen op deze vraag geven, kan een, niet onbelangrijke, factor zijn in de keuze (van de partijen) van het recht dat van toepassing is op een internationale overeenkomst. In landen als België en Frankrijk⁶ zal de benadeelde partij het risico van de gewijzigde omstandigheden volledig moeten dragen, terwijl er in Nederland een mogelijkheid bestaat tot aanpassing⁷ van de overeenkomst.

6. Indien de partijen besluiten om bijvoorbeeld het Franse of Belgische recht van toepassing te verklaren op de internationale handelsovereenkomst, of indien het gaat om een handelsovereenkomst waar geen internationaal element aan te pas komt, zullen ze zich vaak indekken tegen de onvoorziene omstandigheden en een zogenaamde *hardshipclause* opnemen in hun overeenkomst. Het gebruik van een dergelijke clause is exponentieel toegenomen in de jaren zeventig⁸ en wordt in de praktijk door zowel rechtbanken als arbitragecolleges aanvaard.

§3: *Hardship* onderscheiden

7. Het begrip *hardship* slaat op de situatie waar zich een onvoorziene gebeurtenis voordoet die niet te wijten is aan de partijen en die het contractuele evenwicht verstoort⁹. Met het oog op een duidelijke afbakening van dit begrip, is het nuttig kort de verschillen aan te stippen met de verwante rechtsfiguren¹⁰.

- *Overmacht of force majeure*: daar de basisvereisten om een vrijstelling voor *hardship* te verkrijgen dezelfde zijn als deze voor overmacht, wordt *hardship* vaak gezien als een bepaalde vorm van overmacht¹¹. Toch is er een groot verschil tussen beide concepten. *Force majeure* impliceert immers dat de uitvoering onmogelijk geworden is, terwijl *hardship* enkel een verstoring van het evenwicht tussen de partijen veronderstelt. Bovendien zijn ook de juridische gevolgen verschillend. Terwijl in de gevallen van overmacht de verplichtingen van

⁵ Dit steeds in de veronderstelling dat de benadeelde partij het risico niet had voorzien.

⁶ *Infra* 8, nr.16; 14, nr. 29.

⁷ *Infra* 23, nr. 54.

⁸ M. FONTAINE, “les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l’imprévision dans les contrats à long terme”, *D.P.C.I.*, 1976. 15.

⁹ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 4.

¹⁰ Zie ook D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l’économie contractuelle*, Brussel, Bruylant, 1986, 107 – 143.

¹¹ C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles – Exemption for non-performance in international arbitration*, New York, Kluwer Law International, 2009, 392.

de partijen uitdoven, zal het bij *hardship* eerder de bedoeling zijn de overeenkomst te herzien.

- *Dwaling*: deze rechtsfiguur doet zich voor wanneer één of beide contractspartijen zich vergissen omtrent het bestaan of de karakteristieken van een essentieel element van de overeenkomst¹². *Dwaling* verschilt essentieel van *hardship* daar haar afwezigheid een noodzaak is voor het geldig sluiten van een overeenkomst, terwijl *hardship* zich voordoet als de overeenkomst reeds gesloten is. Bovendien zal *dwaling* omtrent de zelfstandigheid van de zaak in de meeste rechtstelsels gesanctioneerd worden door de nietigheid van de overeenkomst. Bij *hardship* zal het daarentegen in eerste instantie de bedoeling zijn de overeenkomst in stand te houden.
- *Benadeling*: De benadeling viseert de situaties waar zich een onevenwicht voordoet tussen de prestaties van de partijen op het moment van het sluiten van de overeenkomst, terwijl *hardship* principieel betrekking heeft op situaties waar een onevenwicht opduikt tijdens de uitvoering van de overeenkomst¹³. PHILIPPE wijst erop dat wanneer men een brede interpretatie van het begrip benadeling navolgt, deze rechtsfiguur ook toepasselijk kan zijn op *hardship*gevallen evenals *hardship* in bepaalde situaties zich kan voordoen op situaties die zich voor het sluiten van de overeenkomst voordoen¹⁴.

Titel 2: CIVIL LAW LANDEN

8. In de *Civil Law* landen werd het probleem van de onvoorziene omstandigheden gedurende eeuwen opgelost door de *clausula rebus sic stantibus*. Tegenwoordig is de algemene regel echter dat de partijen geacht worden het risico te aanvaarden dat de omstandigheden, zoals deze bestonden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, kunnen wijzigen. Enkel een fundamentele wijziging van de omstandigheden zal daarom een grond vormen voor de aanpassing of beëindiging van de overeenkomst. Contracteren brengt altijd risico's met zich mee en het is bovendien ook niet wenselijk dat partijen bij de geringste onvoorziene omstandigheid onder de overeenkomst uit kunnen. Daarom hebben veel *Civil law* landen bepalingen in hun wetgeving opgenomen die dit probleem regelen¹⁵. Andere *Civil law* landen benaderen dit probleem dan weer vanuit de rechtspraak¹⁶. In de onderstaande hoofdstukken zal ik de benadering van een aantal van deze landen

¹² D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Brussel, Bruylant, 1986, 40.

¹³ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 5.

¹⁴ D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Brussel, Bruylant, 1986, 41.

¹⁵ Zie bijvoorbeeld artikel 1467 van de Italiaanse *Codice Civile*, artikelen 470-480 van het Braziliaans B.W., artikel 1942 van het Argentijnse B.W., artikel 6:258 Nieuw Nederlands B.W., artikel 451 van het B.W. van de Russische Federatie en artikel §313 van het Duitse BGB.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld Zwitserland, Spanje en Oostenrijk.

bespreken. Meer in het bijzonder zal onderzocht worden hoe men in België tegen de onvoorziene omstandigheden aankijkt, om dan te bekijken hoe onze buurlanden hiermee omgaan.

§ 1. België

1. Principe

a. Evolutie

9. In het begin van de negentiende eeuw besloten de opstellers van de Napoleontische Code Civil in artikel 1134 van hun wetboek het Romeinsrechtelijke *pacta sunt servanda*- beginsel over te nemen. Daarmee werd de bindende kracht van overeenkomsten die, door partijen, op rechtgeldige wijze waren aangegaan, gehuldigd. Overeenkomsten dienden te goeder trouw worden uitgevoerd en konden slechts worden herroepen na wederzijdse toestemming van de partijen, of op gronden die de wet toestond. Het artikel 1134 van de Code Civil werd later letterlijk overgenomen in ons Belgisch Burgerlijk Wetboek¹⁷.

10. Hoewel men niet om de verbindende kracht van de overeenkomst heen kan, kan men zich de vraag stellen in hoeverre partijen door een rechtsgeldig aangegane overeenkomst moeten gebonden blijven wanneer zich onvoorziene, gewijzigde omstandigheden voordoen. Deze vraag is heden ten dage, met de financiële malaise, zeer actueel. Om, naar Belgisch recht, hierop een antwoord te geven, is het aangewezen een overzicht te geven van de evolutie van het imprevisieleerstuk.

11. Daar de oorspronkelijke opstellers van de Code Civil en de Belgische wetgever niet voorzien hadden in een imprevisieregeling, lag de mogelijkheid open voor de hoven en rechtbanken om het initiatief te nemen en aldus een regulerend kader te scheppen. Dit is echter nooit gebeurd. Wel kon het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden in het verleden op wisselende belangstelling rekenen. Vooral tijdens de crisisjaren na de Eerste Wereldoorlog werden pogingen ondernomen om de imprevisie in België doorgang te laten vinden. Door de devaluatie van de Belgische frank en de stijging van het prijspeil was de uitvoering van veel overeenkomsten immers bemoeilijkt of zelfs volledig in het gedrang gekomen¹⁸. De rechtbanken dienden zich meermaals uit te spreken over dergelijke overeenkomsten. In een aantal gevallen werd dan ook beroep gedaan op de imprevisie en dit vaak niet zonder succes¹⁹. Zo oordeelden de rechtbanken in een aantal gevallen dat een

¹⁷ Art 1134 BW (*"Alle overeenkomsten die wettig zijn aangegaan, strekken degenen die deze hebben aangegaan tot wet. Zij kunnen niet herroepen worden dan met hun wederzijdse toestemming of op de gronden door de wet erkend. Zij moeten te goeder trouw worden ten uitvoer gebracht."*)

¹⁸ J. DUBAERE, "een brug over troebel water", *R.W.* 1988 – 89, 1418.

¹⁹ Hierbij moet opgemerkt worden dat dergelijke beslissingen niet de *theorie* van de imprevisie *as such* erkennen, maar dat de billijkheid en de intenties van de partijen niet toelieten dat het contract nog verder werd uitgevoerd; D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Brussel, Bruylant, 1986, 156.

overeenkomst, die voor de oorlog gesloten was, moest ontbonden worden wegens gewijzigde onvoorziene omstandigheden²⁰.

12. Ook was er de wet van 11 oktober 1919²¹ die het onder bepaalde modaliteiten mogelijk maakte om een commerciële overeenkomst, aangegaan voor 1 augustus 1914, of te ontbinden of te herzien. De vraag rees of deze wet het leerstuk van de gewijzigde omstandigheden had binnengehaald in het Belgische verbintenissenrecht²². Een ruime interpretatie van deze wet zou ertoe leiden dat in elke overeenkomst stilzwijgend een zogenaamde *clausula rebus sic stantibus* vervat zit. Dit impliceert, zoals reeds vermeld, dat de overeenkomst kan ontbonden worden indien zich fundamenteel gewijzigde omstandigheden voordoen²³. Het Hof van Cassatie heeft in haar arresten van 19 mei 1921 en 30 oktober 1924²⁴ dergelijke brede visie verworpen. Het Hof stelde duidelijk dat enkel in het geval dat een normatieve bepaling uitdrukkelijk voorziet in onvoorziene omstandigheden, of in het geval er een contractuele clausule is, men juridisch met dergelijke omstandigheden mag rekening houden.

13. In haar arrest van 30 oktober 1924 definieerde het Hof van Cassatie ook voor de eerste maal het imprevisieleerstuk: (*vrije vertaling*)

“La théorie juridique dite de l'imprévision tend à faire admettre qu'en toute matière, la partie lésée par un contrat peut être déliée de ses engagements, lorsque des événements extraordinaires, échappant à toute prévision au moment où ce contrat a pris naissance, en ont altéré si profondément l'économie, qu'il soit certain qu'elle n'aurait pas consentie à assumer l'aggravation de charges qui en résulte.”

14. Hoewel het Hof zich op deze manier niet uitdrukkelijk heeft uitgesproken over het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden, heeft ze de toepassing ervan wel veroordeeld door elke inbreuk op het *pacta sunt servanda*- beginsel, met uitzondering van de gevallen bepaald in de wet, te veroordelen. Door een dergelijke strikte afbakening vielen dan ook heel wat imprevisiegevallen buiten het toepassingsgebied en was een billijke oplossing voor hen dan ook niet mogelijk. Deze rechtspraak van het Hof werd door nagenoeg de volledige lagere rechtspraak gevolgd.

15. Met de petroleumcrisis uit 1973 kwam het debat over de imprevisieleer weer op volle gang²⁵. In de rechtsleer werd getracht om het leerstuk te onderbouwen via het beginsel dat overeenkomsten

²⁰ Kh Brussel, 2 februari 1920, *Pas.* 1920, III, 174; Kh. Bergen, 18 juli 1921, *Pas.*, 1921, III, 194.

²¹ B.S. 29 oktober 1919.

²² D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Brussel, Bruylant, 1986, 207.

²³ L. VAEL, “Enkele beschouwingen betreffende het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden (imprevisieleer): omtrent de lotsverbondenheid van de contractspartijen bij een gewijzigd contractueel kader” in J. SMITS, S. STIJNS, *Remedies in het Belgisch en Nederlandse Contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 181 – 185.

²⁴ Cass. 19 mei 1921, *Pas.* 1921, I, 380 en Cass. 30 oktober 1924, *Pas.* 1925, I, 565.

²⁵ J. DUBAERE, “Een brug over troebel water”, *R.W.* 1988 – 89, 1417.

te goeder trouw moeten worden uitgevoerd (vervat in artikel 1134, 3^{de} lid B.W) en/ of hiermee verband houdend, het leerstuk van de rechtsmisbruik. Hoewel in het Belgische recht de regel van de goede trouw steeds als interpretatieregel werd gezien²⁶, trachtte men in de doctrine aan te tonen dat de goede trouw ook een gedragsregel inhield. Op deze manier zou aan artikel 1134, 3^{de} lid een beperkende werking worden toegekend, waardoor de rechter in bepaalde gevallen regulerend kan optreden²⁷. De partijen streven immers, aldus volgens deze rechtsleer, bij het uitvoeren van de overeenkomst naar een bepaalde solidariteit. Deze solidariteit rechtvaardigt dan ook dat bij gewijzigde omstandigheden een aanpassing of zelfs een ontbinding van de overeenkomst mogelijk is. Daar de goede trouw een objectiefrechtelijke regel is, en *as such* vervat zit in het gehele verbintenissenrecht, kan de aanpassing of ontbinding van de overeenkomst niet gezien worden als een inbreuk op de wilsautonomie van de partijen, maar moet deze gezien worden als toepassing van de regels vervat in het verbintenissenrecht²⁸. Met uitzondering van een vonnis van 16 januari 1979 van de Rechtbank van Koophandel te Brussel (die het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden schijnbaar toepaste)²⁹, bleef de meerderheid van de rechtspraak de imprevisie afwijzen op grond van de verbindende kracht van de overeenkomst (1134, 1^e lid B.W.)³⁰.

b. Huidige stand

16. Het Hof van Cassatie maakte met haar principiële arrest van 14 april 1994³¹ een einde aan de discussie en verwierp uitdrukkelijk de imprevisieleer. Vooreerst herhaalde het Hof in dit arrest het beginsel van de bindende kracht van overeenkomst. Dit verhindert de rechter om de inhoud van de overeenkomst te wijzigen uit billijkheidsoverwegingen³². Aansluitend daarop oordeelde het Hof dat een rechter een overeenkomst enkel kan herzien ingeval³³:

- (i) Het “*onmogelijk*” is geworden om de overeenkomst uit te voeren (dus overmacht). Het volstaat dus niet dat de uitvoering van de overeenkomst “*uitermate moeilijk*” is geworden.

²⁶ W. DE BONT, “Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *T.P.R.*, 1984, 11.

²⁷ Zie J. DUBAERE, “Een brug over troebel water”, *R.W.* 1988 – 89, 1422; D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l’économie contractuelle*, Brussel, Bruylant, 1986, 624; D. DELI, “De leer van de gekwalificeerde benadeling in verhouding tot de imprevisieleer”, *R.W.* 1986 – 87, 1499.

²⁸ F. BAERT, “De goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomst”, *R.W.* 1957 – 58, 506; J. DUBAERE, “Een brug over troebel water”, *R.W.* 1988 – 89, 1422.

²⁹ Kh. Brussel, 16 jan 1979, *J.T.* 1980, 458, met noot D. PHILIPPE 459 – 462; *R.C.J.B.*, 1983, 380 met noot X. DIEUX.

³⁰ R. KRUIJTHOF, “Schuld, risico, imprevisie en overmacht bij niet nakoming van contractuele verbintenissen: Een rechtsvergelijkende benadering” in R. DEKKERS, *Hulde aan René Dekkers*, Brussel, Bruylant, 1982, 286.

³¹ Cass. 14 april 1994, *R.W.* 1994 – 95, 434.

³² Cass. 21 juni 1991, *Pas.* 1990, I, 926.

³³ L. VAEL, “Beschouwingen over het imprevisieleerstuk: omtrent de eventuele ontsluiting van de overeenkomst in geval van een gewijzigd contractueel verhoudingskader”, *Liber Amicorum T.P.R en Marcel Storme*, Story Scientia, 2004, 725 – 726.

- (ii) De partijen contractueel hebben voorzien in een clause die een herziening of aanpassing mogelijk maakt in geval van gewijzigde onvoorziene omstandigheden (de zgn. *hardshipclause*³⁴).
- (iii) De wederpartij misbruikt maakt van zijn contractueel recht (en dus rechtsmisbruik pleegt).

17. Hoewel dit arrest louter handelde over de aanpassing van een onderhoudsuitkering bij een echtscheiding door onderlinge toestemming, wees VAN OMMESLAGHE erop dat dit cassatiearrest gelding had voor alle overeenkomsten en dat aldus het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden werd afgewezen³⁵. Deze rechtspraak kent een vrij trouwe navolging in de lagere rechtspraak³⁶ en is ook door Cassatie zelf herhaaldelijk bevestigd³⁷.

18. De vraag kan gesteld worden of het Hof in haar arrest van 14 april 1994 toch de hoger vermelde visie van de rechtsleer (m.n. deze van de goede trouw en het beginsel van rechtsmisbruik) lijkt te overwegen³⁸. VAEL meent dat uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie van de afgelopen jaren niet kan afgeleid worden dat de goede trouw een formele grondslag vormt voor het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden³⁹. Het Hof heeft immers in een aantal arresten geoordeeld dat de rechter de overeenkomsten niet mag herzien of ontbinden, zelfs bij ontstentenis van de goede trouw van een contractspartij⁴⁰. Wat betreft het beginsel van rechtsmisbruik wijst VAEL erop dat het Hof van Cassatie in haar arrest van 8 februari 2001 alvast de deur open laat om via de rechtsmisbruik het imprevisieleerstuk "*geruisloos te laten binnensijpelen binnen onze rechtspraak*"⁴¹. In dit arrest maakt het Hof een subtiele nuance. Op grond van vroegere rechtspraak van het Hof was het reeds duidelijk dat de rechter bij rechtsmisbruik een contractspartij *niet* van een recht mocht *vervallen* verklaren⁴², maar hier laat het Hof wel toe dat men aan een contractspartij het recht *kan ontnemen* om een recht uit te oefenen. Op deze manier laat het Hof, althans impliciet, de mogelijkheid om, mits de

³⁴ *Infra* 69, nr. 183.

³⁵ L. VAEL, "Enkele beschouwingen betreffende het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden (imprevisieel): omtrent de lotsverbondenheid van de contractspartijen bij een gewijzigd contractueel kader" in J. SMITS, S. STIJNS, *Remedies in het Belgisch en Nederlandse Contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 203.

³⁶ Zie Luik, 27 juni 1995, *J.L.M.B.* 1996, 100, met noot P. WERY; 278; Rb Hasselt 2 april 2001, *T.B.B.R.* 2002, 56.

³⁷ Cass. 20 april 2006, C.03.0084.N.

³⁸ Cass. 14 april 1994, *R.W.* 1994 – 95, 434 ("*... dat de wettelijk aangegane overeenkomst de partijen tot wet strekt; dat zij niet kan herroepen worden dan met hun wederzijdse instemming of op gronden door de wet erkend; dat zij te goeder trouw en zonder misbruik van recht dienen worden uitgevoerd.*")

³⁹ L. VAEL, "Beschouwingen over het imprevisieleerstuk: omtrent de eventuele ontsluiting van de overeenkomst in geval van een gewijzigd contractueel verhoudingskader", *Liber Amicorum T.P.R en Marcel Storme*, Story Scientia, 2004, 730 – 736.

⁴⁰ Zie Cass. 21 januari 1999, *R.W.* 2001- 02, 561; Cass. 4 september 2000, *R.W.* 2001 – 02, 1061.

⁴¹ Cass. 8 februari 2001, *R.W.* 2001-02, 778, met noot. A. VAN OEVELEN; L. VAEL, "Beschouwingen over het imprevisieleerstuk: omtrent de eventuele ontsluiting van de overeenkomst in geval van een gewijzigd contractueel verhoudingskader", *Liber Amicorum T.P.R en Marcel Storme*, Story Scientia, 2004, 733 – 735.

⁴² Cass. 11 juni 1992, *R.W.* 1992 – 93, 373 ("*Overwegende dat de sanctie op een rechtsmisbruik niet het verbeuren van een recht is, maar het opleggen van de normale uitoefening ervan of het herstel van de schade die door het misbruik is teweeggebracht, ...*").

aangesproken rechter zijn uitspraak zorgvuldig formuleert, een ontsluiting van de overeenkomst te bewerkstelligen⁴³.

19. Ook het Grondwettelijk Hof heeft zich recent in een arrest van 2 juli 2003 impliciet uitgesproken over het imprevisieleerstuk. Hoewel het ook in dit arrest ging om een uitspraak inzake echtscheiding met onderlinge toestemming, mag men ook hier aannemen dat aan deze rechtspraak een algemene draagwijdte toegekend kan worden. Het Hof oordeelde dat, gelet op het conventioneel karakter van de echtscheiding door onderlinge toestemming, het feit dat de wetgever niet voorzien heeft in bijzondere voorwaarden waaronder, na de echtscheiding, de conventioneel bedongen onderhoudsuitkering zou kunnen worden aangepast aan de gewijzigde omstandigheden, geen discriminatie uitmaakte ten aanzien van de scheiding met fout⁴⁴. Het verschil in behandeling berust immers op een objectief en redelijk verantwoord criterium.

20. De rechtsleer is verdeeld over welke positie het Hof omtrent de gewijzigde contractseconomie innam. Zo oordeelt VAEL dat het Grondwettelijk Hof, net als het Hof van Cassatie, de bindende kracht van de overeenkomst wou eerbiedigen en dat een herziening aldus enkel mogelijk was na onderlinge toestemming van de partijen, of indien een contractueel voorbehoud was gemaakt met betrekking tot deze herziening⁴⁵. PHILIPPE is daarentegen, mijn inziens terecht, van mening dat het Grondwettelijk Hof met dit arrest geen positie wou innemen omtrent de gewijzigde contractseconomie. Het Hof, zo oordeelde PHILIPPE, wou immers enkel aantonen dat er een onderscheid bestond tussen een echtscheiding op grond van een fout en een echtscheiding zonder fout en er aldus geen discriminatie was tussen beiden⁴⁶. Door louter op het onderscheid te wijzen, kan er dan ook geen sprake zijn van het innemen van een standpunt inzake gewijzigde omstandigheden.

21. Hoewel het Hof van Cassatie zich uitdrukkelijk tegen het imprevisieleerstuk heeft uitgesproken, klinkt de laatste jaren vanuit de rechtsleer een steeds luidere roep naar een algemene regeling voor het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden. De onaantastbaarheid van het *pacta sunt servanda*- beginsel begint steeds minder onaanvaardbaar te komen. Met betrekking tot de vraag of er in België nood is aan een algemene regeling en hoe die regeling er dan moet uitzien, verwijs ik naar het derde hoofdstuk van mijn masterproef⁴⁷.

⁴³ A. VAN OEVELEN, "Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht", *T.P.R.*, 2008, 626 – 627.

⁴⁴ Arbitragehof arrest nr. 96/2003, 2 juli 2003, www.arbitrage.be; D. PHILIPPE, "L'imprévision", *J.T.*, 2007, 739.

⁴⁵ L. VAEL, "Beschouwingen over het imprevisieleerstuk: omtrent de eventuele ontsluiting van de overeenkomst in geval van een gewijzigd contractueel verhoudingskader", *Liber Amicorum T.P.R. en Marcel Storme*, Story Scientia. 2004, 728 – 729.

⁴⁶ D. PHILIPPE, "L'imprévision", *J.T.*, 2007, 739.

⁴⁷ *Infra* 92, nr. 225 e.v.

2. Verzachtingen in het Belgische recht

a. Specifieke verschijningsvormen in de Belgische regelgeving

22. Zoals hoger vermeld⁴⁸ houdt de wet van 11 oktober 1919 een normatieve bepaling in, die het in bepaalde omstandigheden mogelijk maakt om een overeenkomst aan te passen. In ons Belgisch recht zijn er echter nog een aantal andere wettelijke bepalingen die de herziening van de overeenkomst, bij gewijzigde omstandigheden, toestaan⁴⁹. Daar dit buiten het bestek van deze masterproef valt, wordt hier enkel bij wijze van voorbeeld verwezen naar:

- Artikel 16 § 2 van de algemene aannemingsvoorwaarden voor de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en voor de concessies van openbare werken⁵⁰. Dit artikel laat aan de aannemer toe om een herziening of verbreking van de overeenkomst te vragen, door omstandigheden op te werpen, die hij niet kon voorzien bij het indienen van de offerte of de gunning van de opdracht. Meer nog, hij kon deze omstandigheden niet ontwijken, noch de gevolgen ervan, hoewel hij daarvoor het nodige heeft gedaan, verhelpen.
- Artikel 11 van de Woninghuurwet⁵¹ dat voorziet in een mogelijkheid tot verlening van een woninghuurovereenkomst wegens “*buitengewone omstandigheden*”. Indien de partijen hieromtrent niet tot een overeenkomst komen, kan de rechter naar billijkheid hierover uitspraak doen.
- Artikel 6 van de Handelshuurwet⁵² dat bepaalt dat de partijen, bij het verstrijken van elke driejarige periode, aan de rechter een herziening van de huurprijs te vragen, indien wordt vastgesteld dat de normale huurwaarde van het gehuurde goede ten gevolge van *nieuwe omstandigheden* minstens vijftien procent verschilt van de huurprijs die in de huurovereenkomst is bepaald of bij de laatste herziening is vastgesteld.
- Artikel 1244, tweede lid B.W. dat aan de rechter toelaat om *met inachtneming van de toestand van de partijen* om een uitstel van betaling te verlenen. Wel, zo gaat artikel 1244, tweede lid B.W. verder, mag er slechts met grote omzichtigheid gebruikt gemaakt worden

⁴⁸ *Supra* 7, nr. 12.

⁴⁹ Zie ook S. HEREMANS, “Le bouleversement de l’économie contractuelle à la suite d’un changement de circonstances: quelques éclairages nouveaux”, *T.B.B.R.* 2000, 486 – 497; L. VAEL, “Enkele beschouwingen betreffende het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden (imprevisieel): omtrent de lotsverbondenheid van de contractspartijen bij een gewijzigd contractueel kader” in J. SMITS, S. STIJNS, *Remedies in het Belgisch en Nederlandse Contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 185 – 197.

⁵⁰ *B.S.* 18 oktober 1996.

⁵¹ Woninghuurwet van 20 februari 1991, *B.S.* 22 februari 1991.

⁵² Handelshuurwet van 30 april 1951, *B.S.* 10 mei 1951.

van deze matigingsbevoegdheid. Ook in de wetten op het consumentenkrediet en het hypothecair krediet zijn gelijkaardige bepalingen opgenomen⁵³.

b. Overmacht als alternatief

23. In het huidige Belgische recht is er vooralsnog geen algemene wettelijke bepaling inzake het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden en ook het Hof van Cassatie heeft een duidelijk standpunt hieromtrent ingenomen⁵⁴. Binnen de rechtspraak en rechtsleer wordt daarom vaak getracht het imprevisieleerstuk te ondervangen via, in ons recht, bestaande rechtsfiguren⁵⁵ en dan hoofdzakelijk via een soepele interpretatie van het begrip overmacht dat beschreven staat in de artikelen 1147 en 1148 B.W.⁵⁶

24. Voor de beoordeling van overmacht wordt de leer van de “*ontoerekenbare onmogelijkheid*” gehanteerd. Volgens deze opvatting moet de uitvoering van de overeenkomst door een vreemde oorzaak onmogelijk zijn geworden en mag deze vreemde oorzaak niet te wijten zijn aan de fout van de schuldenaar⁵⁷. Men zal dus in eerste instantie moeten nagaan of er al dan niet sprake is van een (zelfs lichte) fout van de schuldenaar. Indien blijkt dat de fout *toerekenbaar* is aan de schuldenaar, dan zal hij zich uiteraard niet op overmacht kunnen beroepen. Eens dit bewezen, zal men de *onmogelijkheid* van de nakoming van de verbintenis moeten nagaan. Hieromtrent bestaan binnen de Belgische rechtspraak en rechtsleer twee opvattingen:

- het criterium van de *absolute onmogelijkheid* waarbij de nakoming van de verbintenis of fysisch of wettelijk onmogelijk is (de zgn. *impossibilitas*). Volgens dit criterium moet de schuldenaar bereid zijn al het mogelijke te doen om de verbintenis na te komen, zelfs met gevaar voor eigen leven of zich te ruïneren⁵⁸.

⁵³ Artikel 38 § 1 van de wet van 12 juni 1991 op het Consumentenkrediet, B.S. 6 augustus 1991 en artikel 59 § 1 van de wet van 4 augustus 1992 op het Hypothecair Krediet, B.S. 19 augustus 1992.

⁵⁴ *Supra* 8, nr. 16.

⁵⁵ Zie ook P. WERY, “L'imprévision et ses succédanés”, *J.L.M.B.* 1996, 102 – 110; D. PHILIPPE, “Economie contractuelle, cause, erreur et interprétation du contrat” in E. DIRIX, W. PINTENS, P. SENAËVE en S. STIJNS (eds.), *Liber Amicorum Jacques Herbots*, Antwerpen, Kluwer, 2002, 295 – 309.

⁵⁶ Art 1147 B.W. bepaalt: “*de schuldenaar wordt, indien daartoe grond bestaat, veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding, hetzij wegens niet-uitvoering van de verbintenis, hetzij wegens vertraging in de uitvoering, wanneer hij niet bewijst dat het niet nakomen het gevolg is van een vreemde oorzaak die hem niet kan worden toegerekend, en hoewel er zijnerzijds geen kwade trouw is*”; Art 1148 B.W. voegt daaraan toe: “*geen schadevergoeding is verschuldigd, wanneer de schuldenaar door overmacht of toeval verhinderd is geworden datgene te geven of te doen waartoe hij verbonden was, of datgene gedaan wat hem verboden was*”.

⁵⁷ R. KRUIJTHOF, “Schuld, risico, imprevisie en overmacht bij de niet nakoming van contractuele verbintenissen. Een rechtsvergelijkende benadering” in *Hulde aan René Dekkers*, Brussel, Bruylant, 1982, 287.

⁵⁸ L. VAEL, “Beschouwingen over het imprevisieleerstuk: omtrent de eventuele ontsluiting van de overeenkomst in geval van een gewijzigd contractueel verhoudingskader”, *Liber Amicorum T.P.R en Marcel Storme*, Story Scientia. 2004, 741.

- Het criterium van de *relatieve onmogelijkheid*. Deze opvatting is minder restrictief en houdt in dat de daadwerkelijke, normale uitvoering van de overeenkomst menselijk en/of praktisch onmogelijk moet zijn (de zgn. *difficultas*)⁵⁹.

25. In de laatste paar decennia geeft de rechtspraak en rechtsleer steeds meer de voorkeur aan het criterium van de *relatieve onmogelijkheid*⁶⁰ en op die manier dringt het imprevisieleerstuk, via het overmachtleerstuk, onze rechtspraktijk binnen.

3. Besluit

26. Het Belgische recht wordt tot op de dag van vandaag gekenmerkt door een opmerkelijk wantrouwen ten aanzien van de leer van de onvoorziene omstandigheden. De afwezigheid van een algemene wettelijke bepaling en ook de weigering van het Hof van Cassatie de imprevisieleer te erkennen, dragen ertoe bij dat partijen, die naar Belgisch recht een overeenkomst willen sluiten, hieromtrent zeker aandacht moeten besteden en eventueel een imprevisieclausule ("*hardshipclause*") moeten overwegen. België staat, zoals in de volgende delen duidelijk zal worden, voorlopig nog samen met Frankrijk, afgezonderd ten opzichte van andere rechtsstelsels waar het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden, hetzij via de rechtspraak, hetzij via een algemene wetsbepaling, rechtsingang heeft gevonden. Hoewel in een aantal specifieke wetsbepalingen de aanpassing/ontbinding van de overeenkomst mogelijk is en de soepele interpretatie van het overmachtleerstuk de imprevisiegedachte tracht te ondervangen, is het maar de vraag of dit in de huidige financiële crisis voldoende is. Om dit te weten te komen, zal rechtsvergelijkend gekeken moeten worden of er zich geen andere en eventueel betere oplossingen voordoen.

§2. Frankrijk

27. Het Franse recht wordt, net als het Belgische en Luxemburgse recht, gekenmerkt door de afwezigheid van een algemene imprevisieregeling. In het administratieve recht werd echter een radicaal andere weg ingeslagen en is het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden wel erkend. In dit stuk worden deze twee benaderingen besproken en wordt ook ingegaan op het *Catala rapport* dat een grondige wijziging van het verbintenissenrecht voorstelt.

1. Administratiefrechtelijke overeenkomst vs. burgerrechtelijke overeenkomst

28. Om een goede analyse te kunnen maken van het Franse recht is het van belang om de administratieve en burgerlijke overeenkomst te definiëren:

⁵⁹ R. KRUIJTHOF, "Schuld, risico, imprevisie en overmacht bij de niet nakoming van contractuele verbintenissen. Een rechtsvergelijkende benadering" in *Hulde aan René Dekkers*, Brussel, Bruylant, 1982, 286.

⁶⁰ Cass. 10 november 1976, *Arr. Cass.* 1977, 288.

- Een *administratieve overeenkomst* bestaat slechts als aan twee voorwaarden is voldaan: (i) het contract moet betrekking hebben op een openbare dienst (zoals een openbare dienst of een concessie) en (ii) de administratieve overheid moet één van de contractspartijen zijn⁶¹.
- *Burgerlijke overeenkomsten* omvatten alle andere overeenkomsten die niet tot de eerste categorie behoren (dus ook de handelsovereenkomsten)⁶².

2. Burgerrechtelijke overeenkomsten

a. Principe

29. Het *pacta sunt servanda*- beginsel is in de Franse Code Civil, net als bij ons, terug te vinden in artikel 1134, 1^e lid Code Civil⁶³. Ook hier bestaat geen algemene regel die de aanpassing of de opzegging van de overeenkomst toelaat in het geval van gewijzigde omstandigheden. De enige uitzondering op de onaantastbaarheid van de overeenkomst is terug te vinden in artikel 1148 C.C., met name de *force majeure* (i.e.. overmacht)⁶⁴.

30. De Franse rechtspraak wijst in burgerlijke zaken, net als de Belgische, de leer van de gewijzigde omstandigheden af op grond van een schending van artikel 1134 van de Code Civil. Deze afwijzing blijkt duidelijk uit in het beroemde “*Canal de Craponne- arrest*” uit 1867⁶⁵. De feiten waren de volgende: op het einde van de zestiende eeuw sloten Adam de Craponne en de gemeente Pélissane een overeenkomst die erin bestond dat Craponne tegen betaling het irrigatiekanaal (dat de gronden van de gemeente bewaterde) moest onderhouden. Drie eeuwen later waren de onderhoudskosten aanzienlijk gestegen maar was de vergoeding zo goed als gelijk gebleven. De erfgenaam van Craponne, markies de Galiffet trok daarop naar de rechtbank om zo een verhoging te bekomen⁶⁶.

31. Het Franse Hof van Cassatie weigerde echter een verhoging toe te staan:

“Gelet op artikel 1134 van de Code Civil;

Aangezien deze regel (...) algemeen en absoluut is en ook de contracten beheerst waarvan de uitvoering zich uitstrekt over verschillende tijdsperiodes en zelfs als deze een andere aard hebben;

⁶¹ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 13.

⁶² D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Brussel, Bruylant, 1986, 54.

⁶³ Artikel 1134, 1^e lid Code Civil “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*”.

⁶⁴ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 14.

⁶⁵ Cass. Civ., 6 maart 1876, *De Galiffet/Commune de Pélissane* (Canal de Craponne).

⁶⁶ S. PORCHY – SIMON, *Droit Civil 2e année – Les obligations*, Parijs, Dalloz, 2004, 164.

Dat het, in geen enkel geval, aan de rechtbanken toekomt om het tijdperk en de omstandigheden in overweging te nemen om, op grond van billijkheid, de overeenkomst van de partijen aan te passen en clauses te vervangen die door de partijen vrij zijn aangegaan.”
(vrije vertaling)

32. De uitspraak in dit arrest werd toonaangevend voor de visie van de Franse rechtspraak en werd dan ook herhaaldelijk onderlijnd in andere vonnissen en arresten⁶⁷. De theorie van de imprevisie vormt immers een bron van juridische onzekerheid. De rechter toelaten zich in te mengen in een contract zou een inbreuk op het beginsel van de wilsautonomie uitmaken. Hoewel er ook in het Franse recht geen algemene rechtsregel bestaat en ook de Franse rechtspraak het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden niet echt genegen is, zijn er toch enkele uitspraken van rechtbanken alsook een aantal wetgevende initiatieven die het harde principe van de onaantastbaarheid toch enigszins verzachten.

b. Verzachtingen in het Franse recht

(i) Verzachtingen in de rechtspraak

33. Hoewel het standpunt van het Franse Hof van Cassatie ongewijzigd blijft, wijst het arrest *Huard* van 3 november 1992 toch op een zekere aanvaarding van het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden⁶⁸. In casu zag het Hof de herhaaldelijke weigering van één van de partijen om de overeenkomst, die aangetast was door gewijzigde *economische* omstandigheden, te heronderhandelen als strijdig met de goede trouw. De rechter kon op die manier de weigerende partij veroordelen tot het betalen van de schade en de interesten⁶⁹. Deze uitspraak is een compromis. Het laat de rechter niet toe om zelf de overeenkomst aan te passen maar nodigt de partijen uit tot heronderhandeling. Hoewel dit lijkt op een doorbraak in het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden, is het moeilijk een lijn te trekken in de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie. Enerzijds liggen haar arresten van 30 januari 1996 en 24 november 1998 in het verlengde van het *Huard* arrest⁷⁰, maar anderzijds lijkt het Hof daar in haar arresten van 11 juni 2002 en 10 december 2003 op terug te komen⁷¹.

In het arrest van 10 december 2003 verwierp het Franse Hof van Cassatie de herziening van de leasingovereenkomst: *“Het hof van beroep (...) heeft kunnen afleiden dat de lessor, die*

⁶⁷ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 14; J. SCHMIDT – SZALEWSKI, *Droit des contrats*, Parijs, Litec, 1989, 350 – 355.

⁶⁸ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 16 – 17.

⁶⁹ R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Parijs, Dalloz, 2002, 87.

⁷⁰ Cass. Com. 30 januari 1996, www.lexisnexus.com; Cass. Com. 24 november 1998, www.lexisnexus.com.

⁷¹ P. HUIJ, *Force Majeure et Imprévision: Une analyse comparatiste entre le droit français et le droit allemand*, onuitg., diplomarbeit, 2008, 25.

*niet verantwoordelijk was voor de moeilijkheden op de huurmarkt... en dat hij niets anders heeft gedaan dan de bepalingen van het contract toegepast, zodat hij dus geen verplichting heeft om een voorstel tot heronderhandeling te doen en aldus geen enkele fout heeft begaan*⁷² (vrije vertaling)

34. Het lijkt dus dat het Hof zich na zijn oorspronkelijke toenadering tot het imprevisieeerstuk, nu weer wegtrekt en zich terug aansluit bij zijn traditioneel standpunt. Dit is niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid en stuit dan ook op kritiek in de rechtsleer.

(ii) Specifieke verschijningsvormen in de Franse Regelgeving

35. Ook in het Franse recht bestaan een aantal wettelijke bepalingen die, direct of indirect, de notie van “*imprévision*” opvangen. Een opsomming van al deze bepalingen is niet wenselijk binnen het kader van deze masterproef en ik beperk me dan ook tot een korte opsomming van de meest betekenisvolle⁷³.

- De wet Faillot van 21 januari 1918⁷⁴: Op deze wet werd onze Belgische wet van 11 oktober 1919 gebaseerd. Deze wet liet de rechter toe om commerciële duurovereenkomsten te ontbinden of te schorsen (en dus niet, in tegenstelling tot onze wet, aan te passen). De partij die dergelijke schorsing/ontbinding wenste, moest aantonen dat door de oorlog de uitvoering van de overeenkomst lasten of schade met zich meebracht die onmogelijk konden gekend zijn ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. In de Tweede Wereldoorlog werd met de wet n° 49-547, van 22 april 1949⁷⁵ een gelijkwaardige wet uitgevaardigd.
- Verder maakt specifieke wetgeving het mogelijk bepaalde overeenkomsten te herzien. Voor onder andere contracten die auteursrechten overdragen, lijfrenteovereenkomsten en bepaalde huurovereenkomsten is dergelijke herziening, mits aan de voorwaarden is voldaan, mogelijk.

3. Administratieve overeenkomsten

36. Anders dan in burgerrechtelijke overeenkomsten, waar de imprevisieer niet aanvaard wordt, heeft men in administratieve overeenkomsten wel een rechtspraak ontwikkeld die de leer van de gewijzigde omstandigheden toelaat. De reden hiervoor ligt in de noodzaak de continuïteit van de

⁷² P. HUJO, Force Majeure et Imprévision: Une analyse comparatiste entre le droit français et le droit allemand, onuitg., diplomarbeit, 2008, 25

⁷³ Zie ook D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Brussel, Bruylant, 1986, 55 e.v.; J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 2de editie, Parijs, L.G.D.J., 1994, 319 e.v.

⁷⁴ P. VOIRIN, *L'imprévision dans les rapports de droit privé*, Nancy, Ancienne Imprimerie Vagner, 1922, 223 e.v.

⁷⁵ Wet n° 57-298, 11 maart 1957; M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 18

openbare dienst te verzekeren⁷⁶. Immers, wanneer er zich een geval van imprevisie voordoet, zal het voor de medecontractant van de overheid moeilijk zijn om zijn verbintenissen na te leven. Door in een dergelijke context de medecontractant te beschermen, kan de overheid, conform het algemeen belang, de continuïteit van de openbare dienst verzekeren⁷⁷.

37. De juridische basis van deze theorie is terug te vinden in het *Gaz de Bordeaux* arrest⁷⁸. In deze zaak oordeelde de Franse Raad van State dat de overeenkomst aangepast mocht worden en kende het aan de medecontractant een schadevergoeding toe wegens de enorme stijging van de koolprijs. Deze aanpassing was nodig aangezien de *Compagnie générale de Gaz* failliet anders zou gaan. De stad Bordeaux zou dus zonder gas zijn komen te zitten en de continuïteit van de openbare dienst zou aldus niet gegarandeerd worden⁷⁹. Latere arresten bevestigden deze rechtspraak en werkten het imprevisieconcept in het administratieve recht verder uit.

38. Het is evident dat voor de toepassing van deze imprevisie aan enkele voorwaarden moet voldaan zijn. Zo moeten, onder andere, de omstandigheden die de uitvoering van de overeenkomst vermoeilijken niet voorzienbaar zijn⁸⁰, mogen deze niet gekend zijn op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst⁸¹ en mogen deze omstandigheden niet toerekenbaar zijn aan de medecontractant⁸². Eens aan de voorwaarden is voldaan, kan de toepassing van de imprevisieleer in drie soorten gevolgen resorteren: (1) onder toezicht staande onderhandelingen, (2) het toekennen van een vergoeding, of (3) het eindigen van de overeenkomst. De beëindiging van de overeenkomst zal enkel mogelijk zijn als de ,oorspronkelijk tijdelijke, gewijzigde omstandigheid (bijvoorbeeld de stijging van de koolprijs) permanent wordt⁸³. Welke toepassing wordt gekozen, hangt af van de administratieve rechter die geval per geval zal bekijken⁸⁴.

4. Het voorontwerp "Catala"

39. De afwezigheid van een mogelijkheid om een overeenkomst te herzien die aangetast is door gewijzigde omstandigheden maakt het voorwerp uit van een voorstel tot hervorming van het Franse verbintenissenrecht. Dit voorstel, beter bekend als het *Catala*- rapport, werd in 2005 overhandigd aan de Franse minister van justitie en beoogt een flexibiliteit in het Franse contractenrecht in te

⁷⁶ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 20.

⁷⁷ D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Brussel, Bruylant, 1986, 75 e.v.

⁷⁸ RvS 30 maart 1916, *Dalloz Periodique*, 1916.3.25

⁷⁹ H. RÖSLER, "Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law", *ERPL*, 2007, 501.

⁸⁰ P. VAN OMMESLAGHE, "Les clauses de force majeure et d'imprévision dans les contrats internationaux", *RDIDC*, 1980, 30.

⁸¹ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 22.

⁸² M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 24.

⁸³ D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Brussel, Bruylant, 1986, 98.

⁸⁴ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 27.

voeren⁸⁵. In artikel 1135 – 2 van het voorstel wordt aan de partijen de mogelijkheid geboden om het contract te heronderhandelen onder impuls van de rechter.

40. Het voorstel van het nieuwe artikel 1135 stelt als volgt⁸⁶:

“Artikel 1135 (Avant-projet Catala)

- 1) In overeenkomsten die een opeenvolgende of gespreide uitvoering vragen, kunnen de partijen zich verbinden tot het onderhandelen van een wijziging van hun overeenkomst en dit indien, door omstandigheden, het initiële evenwicht van de wederzijdse prestaties wordt verstoord en daardoor de overeenkomst voor één van hen elk belang verliest.*
- 2) Bij gebrek aan dergelijke clause, kan de partij voor wie de overeenkomst haar belang verliest aan de voorzitter van de arrondissementsrechtbank vragen om een nieuwe onderhandeling te bevelen.*
- 3) In voorkomend geval zou het gaan om die onderhandelingen bepaald in het eerste hoofdstuk van deze titel. Indien deze falen, uitgezonderd bij kwade trouw, heeft elk van de partijen de mogelijkheid om de overeenkomst kosteloos en zonder schadevergoeding op te zeggen.” (vrije vertaling)*

41. Dit voorstel is gebaseerd op het idee dat partijen hun moeilijkheden zelf kunnen voorzien en oplossen door een clause tot heronderhandeling op te nemen. De wil van de partijen, die voor imprevisiegevallen een dergelijke clause bedongen hebben, moet dan ook gerespecteerd worden⁸⁷. Als geen clause is opgenomen kan de partij voor wie de overeenkomst haar belang verliest zich alsnog wenden tot de rechter en hem vragen om de heronderhandeling te bevelen. Of de rechter dit al dan niet zal toestaan, hangt wellicht af van hoe ernstig het initiële evenwicht verstoord is. Enkel wanneer de onderhandelingen falen en er kwade trouw in het spel is, kunnen de partijen de overeenkomst ontbinden.

⁸⁵ H. RÖSLER, “Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law”, *ERPL*, 2007, 502.

⁸⁶ De Franse tekst van het voorstel (te raadplegen op www.lexisnexis.com) luidt:

“Art. 1135- 1 : Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s’engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l’effet des circonstances, l’équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l’une d’entre elles.

Art. 1135-2: A défaut d’une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d’ordonner une nouvelle négociation

Art. 1135-3 : Le cas échéant, il en irait de ces négociations comme il est dit au chapitre, 1^{er} du présent titre. Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage.”

⁸⁷ P. HUIJ, Force Majeure et Imprévision: Une analyse comparatiste entre le droit français et le droit allemand, onuitg., diplomarbeit, 2008, 24.

42. Hoewel dit artikel een grote verbetering betekent en het zeker de gevestigde Franse rechtspraak wijzigt, lijkt het me echter niet afdoende. De rechter krijgt immers enkel de mogelijkheid om, indien gevraagd, de heronderhandeling te bevelen. Zelf kan hij, zoals in andere rechtstelsels wel mogelijk is, de overeenkomst niet aanpassen⁸⁸. Dit is, mijn inziens, nochtans geen overbodig luxe. Het is immers niet ondenkbaar dat de onderhandelingen, los van kwader trouw, falen, bijvoorbeeld als men het niet eens raakt over de prijs. De enige uitweg is dan ontbinding. Indien de rechter zelf de mogelijkheid heeft tot aanpassing, kan hij alsnog een, naar zijn aanvoelen, billijke prijs opleggen en zo de overeenkomst handhaven.

43. Hoe het ook zij, dit artikel betekent een grote vernieuwing inzake het leerstuk van de gewijzigde omstandigheden. Daar in België een dergelijke wijziging van het verbintenissenrecht er niet meteen zit aan te komen, lijkt het binnenkort samen met Luxemburg nog verder achterop te hinken.

5. Besluit

44. In het Franse recht heeft zich sedert decennia een splitsing voltrokken, met aan de ene kant de administratieve overeenkomsten, waar de imprevisie erkend wordt in het kader van de continuïteit van de openbare dienst en aan de andere kant de burgerrechtelijke overeenkomsten waar noch in de wet noch in de rechtspraak de imprevisie wordt aanvaard. Gehoopt wordt dat ,eens het voorontwerp “*Catala*” aanvaard wordt, dit een ommekeer zal betekenen. België zal dan alleen blijven achterhinken.

§3. Nederland

1. Voor de invoering van het nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek

45. In het Nederlandse recht was de situatie lange tijd vergelijkbaar met het Belgische en Franse recht. Zo was er in het oude Nederlandse Burgerlijk Wetboek, net als in ons Burgerlijk Wetboek, geen wettelijke regeling omtrent het leerstuk van de imprevisie. Na de Eerste Wereldoorlog rees, net als in andere landen, de vraag of overeenkomsten waarvan de nakoming tijdens de oorlog onmogelijk was geweest, na de oorlog onverkort nagekomen moesten worden. De Nederlandse Hoge Raad weigerde, net als ons Hof van Cassatie, het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden toe te passen en huldigde het *pacta sunt servanda*- beginsel. Dit werd duidelijk in het *Sarong* -arrest van 8

⁸⁸ Zie R. SELFTON – GREEN, “The DCFR, The Avant Projet Catala and French Legal Scholars: A Story of Cat and Mouse”, *Edin. L. Rev.*, 2008, 361.

januari 1926⁸⁹, waar de Hoge Raad (onder andere) uitspraak deed inzake de artikelen 1374, 3^{de} lid oud B.W. (goede trouw) en 1375 oud B.W. (billijkheid)⁹⁰. Het Hof oordeelde:

“dat mitsdien bij na het aangaan der overeenkomsten intredende gewijzigde omstandigheden van economische, persoonlijke of welke aard ook, de toepassing der artikelen 1374, 3^{de} lid en 1375 oud (NL) B.W. de schuldeiser niet voorgoed kan versteken van het recht van nakoming der overeenkomsten kan vorderen.”

46. Het standpunt van het Nederlandse opperste gerechtshof tegen de imprevisie stuitte reeds vanaf het begin op zware kritiek. Herhaaldelijk werd er in de rechtsleer, zij het in verschillende vormen, dan ook op aangedrongen om de imprevisiegedachte doorgang te laten vinden. Zo verdedigde MEIJERS de rechtstreekse weg van de derogerende werking van de goede trouw, bracht LEVENBACH de theorie van overspanning van het economisch synallagma en kwam BREGSTEUB met de leemteleer. LÖWENSTEYN verdedigde dan weer de relativiteit van de contractuele norm, terwijl ABAS het zag als een toepassing van de beperkende werking van de goede trouw⁹¹.

47. Dergelijke theorieën en de opmars van de imprevisiegedachte binnen de Nederlandse hoven en rechtbanken zorgden ervoor dat het standpunt van de Nederlandse Hoge Raad onhoudbaar bleef. Dit leidde uiteindelijk tot het principiële arrest van 27 april 1984⁹² (de zaak VOLKSBANK/HELDER), waarbij het Hof het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden aanvaardde mits enige *terughoudendheid* wanneer er sprake was van een *“belangrijke ingreep”*.

2. Na de invoering van het nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek

a. Toepassingsgebied

48. Het imprevisieleerstuk werd, in tegenstelling tot in België, uiteindelijk uitdrukkelijk geregeld in de wet en meer bepaald door artikel 6:258 N.B.W.⁹³ Dit artikel stelt:

“1. De rechter kan op verlangen van één van de partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid de ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Aan de wijziging of ontbinding kan terugwerkende kracht worden verleend.

⁸⁹ HR 8 januari 1926, N.J. 1926, 203.

⁹⁰ M.W. HESSELINK, De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht, Deventer, Kluwer, 1999, 330.

⁹¹ Zie ook L. VAEL, “Enkele beschouwingen betreffende het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden (imprevisie): omtrent de lotsverbondenheid van de contractspartijen bij een gewijzigd contractueel kader” in J. SMITS, S. STIJNS, *Remedies in het Belgisch en Nederlandse Contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 207-210.

⁹² HR 27 april 1984, N.J. 1984, 679.

⁹³ Inwerkingtreding per 1 januari 1992 van boek 6 van het nieuwe Nederlandse Burgerlijke Wetboek.

2. Een wijziging of ontbinding wordt niet uitgesproken, voor zover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept.

3. Voor de toepassing van dit artikel staat degene op wie een recht of een verplichting uit een overeenkomst is overgegaan, met een partij bij die overeenkomst gelijk.”

49. Dit artikel, dat van dwingend recht is⁹⁴, heeft betrekking op alle obligatoire overeenkomsten⁹⁵, ook de niet wederkerige. Verder is artikel 6:258 N.B.W. ook van toepassing op andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen, voor zover de aard van de rechtshandeling zich daar niet tegen verzet⁹⁶. In bepaalde gevallen kan het zelfs van toepassing zijn op eenzijdige rechtshandelingen (vb. een onherroepelijk aanbod). 6:258 N.B.W. heeft tot doel de gewijzigde omstandigheden te regelen die zowel van bijzondere aard (en dus enkel de partijen zelf treffen) als van algemene aard zijn (vb. de plotse stijging van de olieprijs)⁹⁷. Voor een goed begrip van dit artikel is een verdere analyse wenselijk.

b. Toepassingsvoorwaarden

(i) De onvoorziene omstandigheid

50. Voor de beoordeling is het belangrijk om te weten *wanneer* de rechter kan ingrijpen. Artikel 6:258 N.B.W. hanteert hiervoor het criterium van de onvoorziene omstandigheid. Dergelijke omstandigheid mag niet bestaan ten tijde van het sluiten van de overeenkomst⁹⁸.

51. Om te weten wat *onvoorzien* is, komt het erop neer te weten van welke veronderstellingen de partijen zijn uitgegaan. Hebben zij de mogelijkheid van de onvoorziene omstandigheid willen voorzien, of hebben ze althans stilzwijgend die mogelijkheid willen *verdisconteren*? Wat een onvoorziene omstandigheid is en wat niet, zal dus bepaald worden aan de hand van de uitlegging van de overeenkomst. Niet de bewoordingen zullen hierbij beslissend zijn, wel wat de partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs van elkaar mogen verwachten. Wat partijen van elkaar kunnen verwachten zal vaak bepaald worden door de maatschappelijke patronen waarvan

⁹⁴ Dit volgt uit artikel 6:250 N.B.W. Het dwingend karakter verzet zich er niet tegen dat contractpartijen de wijziging of ontbinding van bepaalde omstandigheden uitsluiten. De uitgesloten omstandigheden zullen dan niet als “onvoorzien” worden aangemerkt.

⁹⁵ Obligatoire overeenkomsten zijn overeenkomsten waarin meerzijdige rechtshandelingen worden gesteld. Hieruit ontstaan altijd één of meerdere verbintenissen, C. ASSER, A. HARTKAMP, *Mr. C; Asser's handleiding van het beoefenen van het Nederlands Burgerlijk recht: algemene leer der overeenkomst*, Den Haag, Kluwer, 2004, 24.

⁹⁶ Zo zal artikel 6:258 N.B.W. via de schakelbepaling van artikel 6:216 N.B.W. kunnen toegepast worden op de hypotheekwet.

⁹⁷ L. VAEL, “Enkele beschouwingen betreffende het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden (imprevisieel): omtrent de lotsverbondenheid van de contractspartijen bij een gewijzigd contractueel kader” in J. SMITS, S. STIJNS, *Remedies in het Belgisch en Nederlandse Contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 214 - 215.

⁹⁸ Hiervoor zal men zich moeten beroepen op wanprestatie of overmacht.

partijen intuïtief uitgaan. Zo mag aangenomen worden dat bijvoorbeeld bij een verkoopsovereenkomst de verkoopprijs na de totstandkoming van de overeenkomst kan stijgen. Dit houdt een risico in voor de verkoper dat echter geen onvoorziene omstandigheid zal uitmaken, daar dit behoort tot de algemeen aanvaarde risico's van het contracteren. Hoe meer kanselementen de overeenkomst bevat, hoe minder snel men een onvoorziene omstandigheid kan opwerpen⁹⁹. De voorzienbaarheid is, hoewel ze niet zonder belang is, niet doorslaggevend en zal enkel meehelpen te bepalen wat de partijen over en weer mogen verwachten¹⁰⁰.

52. De rechter die de onvoorziene omstandigheid moet beoordelen, zal moeten nagaan of deze omstandigheid met zich meebrengt dat *naar redelijkheid en billijkheid* geen aanspraak kan gemaakt worden op de onverkorte nakoming van de overeenkomst. Hierbij zal de rechter rekening moeten houden dat de overeenkomst niet star en onwrikbaar is, maar daarentegen een dynamisch karakter heeft¹⁰¹. Ondanks deze interpretatieregel is het begrip *redelijkheid en billijkheid* een vrij vaag begrip en zal dit dus geval per geval moeten worden nagegaan.

(ii) *Omstandigheid niet voor rekening van degene die zich erop beroept*

53. Artikel 6:258, 2^{de} lid N.B.W. bepaalt dat de rechter geen wijziging of ontbinding kan uitspreken “voor zover de omstandigheid krachtens de aard van de overeenkomst of de in verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich er op beroept”. Dit tweede lid is een uitwerking van het eerste lid. Het is immers niet mogelijk om te stellen dat de wederpartij naar maatstaven van billijkheid en redelijkheid geen ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst kan verwachten, indien de omstandigheid kan toegeschreven worden aan degene die zich erop beroept. Men kan er dan ook van uitgaan dat het intreden van dergelijke omstandigheid stilzwijgend in de overeenkomst is verdisconteerd en er van een onvoorziene omstandigheid in de zin van artikel 6:258 N.B.W. geen sprake kan zijn¹⁰².

54. Men zal zich beroepen op artikel 6:258, 2^{de} lid N.B.W. voor wat betreft *de toerekening krachtens de aard van de overeenkomst*. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een wijziging in de

⁹⁹ A.R. BLOEMBERGEN, C.C. VAN DAM, JAC. HIJMAN, W.L. VALK, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2001, 346.

¹⁰⁰ VALK zegt hierover dat wie bij het aangaan van de overeenkomst zwijgt over de consequenties van het zichtbare intreden van een omstandigheid, naar de tegenpartij laat uitschijnen dat er voor wat hem betreft geen consequenties zijn; A.R. BLOEMBERGEN, C.C. VAN DAM, JAC. HIJMAN, W.L. VALK, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2001, 347.

¹⁰¹ HR 10 juli 1989, *N.J.* 1989, 786; L. VAEL, “Enkele beschouwingen betreffende het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden (imprevisieel): omtrent de lotsverbondenheid van de contractspartijen bij een gewijzigd contractueel kader” in J. SMITS, S. STIJNS, *Remedies in het Belgisch en Nederlandse Contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 220 – 221.

¹⁰² A.R. BLOEMBERGEN, C.C. VAN DAM, JAC. HIJMAN, W.L. VALK, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2001, 349.

opvatting van het recht na het sluiten van een vaststellingsovereenkomst¹⁰³. Zo zal het, na het sluiten van de overeenkomst voor een partij niet mogelijk zijn om zich te beroepen op een nieuwe visie van de Hoge Raad omtrent een bepaalde rechtsvraag. Ook andere categorieën van overeenkomsten zoals optiebedingen, dadingsovereenkomsten, abonnementsovereenkomsten en overeenkomsten met betrekking tot speculatieve koop moeten over het algemeen genomen worden uitgesloten. Wat *de toerekening krachtens de in het verkeer geldende opvattingen* kan gedacht worden aan het geval dat het intreden van een omstandigheid (mede) het gevolg is van eigen gedragingen van degene die zich erop beroept¹⁰⁴.

(iii) *Bepalingen met het oog op derden*

55.. Volgens artikel 6:258, 1^{ste} lid N.B.W. komt het recht om de wijziging of ontbinding te verlangen toe aan de partijen. Derden, die aan de overeenkomst gebonden zijn en/of er rechten aan ontnemen¹⁰⁵, zullen er echter ook belang bij hebben dat ze zich, in het geval van de onvoorziene omstandigheid, tot de rechter kunnen wenden. Daarom stelt artikel 6:258, 3^{de} lid N.B.W. deze derden voor de toepassing van artikel 6:258 N.B.W. aan partijen gelijk. Ook zij kunnen dus de wijziging of ontbinding van de overeenkomst verlangen¹⁰⁶. Dit lijkt nogal vergaand. Het is maar de vraag of dit wenselijk is in het Belgische recht. Enerzijds is het belangrijk dat ook derden zich kunnen beroepen op de onvoorziene omstandigheden. Anderzijds roept dit de vraag op of dit lid ook van toepassing is op contractuele derdebedingen. Hierbij kan gedacht worden aan een verzekeringsovereenkomst met een derde begunstigde. Indien dit artikel 6:258 N.B.W. ook op dergelijk derdenbeding van toepassing zou zijn, dan kan de derde begunstigde zich ook op de onvoorziene omstandigheid beroepen. Dit lijkt me een brug te ver vermits een derde zo een verregaandere invloed kan uitoefenen op de contractuele verhoudingen tussen de partijen dan deze waarschijnlijk initieel hadden voorzien en/of gewild.

c. Gevolgen

56. De partij die de toepassing van artikel 6:258 N.B.W. verlangt, kan de wijziging of de gehele of gedeeltelijke ontbinding van de overeenkomst vragen. In bepaalde gevallen zullen de wijziging en de ontbinding naast elkaar kunnen voorkomen. De rechter moet de verlangde wijziging of ontbinding toewijzen of afwijzen. Hij mag dus de overeenkomst niet wijzigen indien een ontbinding is gevraagd,

¹⁰³ HR 15 november 1985, *N.J.* 1986, 228.

¹⁰⁴ HESSELINK, M. W., *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 338.

¹⁰⁵ Te denken valt hierbij aan gevallen van cessie, schuld- en contractsovername en aan de overgang van kwalitatieve rechten en verplichtingen, A. BLOEMBERGEN, C. VAN DAM, J. HIJMAN, W. VALK, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2001, 352.

¹⁰⁶ A. BLOEMBERGEN, C. VAN DAM, J. HIJMAN, W. VALK, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2001, 352.

of wijzigen op een andere manier dan is gevorderd¹⁰⁷. Wel kan de rechter, via de toepassing van artikel 6:260, 1^{ste} lid N.B.W., voorwaarden verbinden aan de wijziging of ontbinding. Zo kan de rechter het rechtvaardig achten om een wijziging of ontbinding enkel toe te staan voor zover de tegenpartij schadeloos wordt gesteld. De partij die het vonnis vroeg, heeft nu een keuze. Of ze betaalt de schadeloosstelling en doet op die manier de ontbinding of wijziging intreden, of ze weigert deze te betalen en de tegenpartij behoudt de oorspronkelijke overeenkomst¹⁰⁸.

57. Bepaalde rechtsleer¹⁰⁹ stelt zich echter, mijn inziens volledig terecht, de vraag of de ontbinding van de overeenkomst niet een laatste redmiddel moet zijn en dus eerst getracht moet worden de overeenkomst aan te passen. De mogelijkheid om onmiddellijk de overeenkomst te ontbinden, lijkt me immers een al te vergaande afwijking van *pacta sunt servanda beginsel*. Verder valt uit het artikel ook niet af te leiden of er een verplichting bestaat tot heronderhandeling.

58. Ook een overeenkomst die reeds geheel of gedeeltelijk is uitgevoerd kan overigens het voorwerp uitmaken van een wijziging of ontbinding op grond van artikel 6:258 N.B.W. Een wijziging of ontbinding zal de tekortkomingen in de uitvoering van de overeenkomst die voortvloeien uit de periode voor het rechtelijk vonnis niet teniet doen. De partijen zullen dus tot nakoming van hun verbintenissen daterend van vóór het vonnis gehouden zijn. In het geval dat men hieraan verzuimt, zal dan ook een schadevergoeding moeten betaald worden. De rechter kan echter aan de wijziging of ontbinding ook terugwerkende kracht verlenen. Wat oorspronkelijk een tekortkoming was, is het dan niet meer en de betaalde schadevergoeding kan als onverschuldigde betaling teruggevorderd worden¹¹⁰.

3. Besluit

59. Zoals gezien golden in Nederland gedurende enige tijd dezelfde principes als in België. Uiteindelijk werd met artikel 6:258 N.B.W. een nieuwe weg ingeslagen. Het Nederlandse Burgerlijke Wetboek laat met haar, misschien wel te soepele, imprevisieregeling de partijen en de rechter toe om een oplossing te vinden voor mogelijke onvoorziene omstandigheden en dit zonder zoals in België beroep te moeten doen op het eerder logge begrip *overmacht*.

¹⁰⁷ L. VAEL, "Enkele beschouwingen betreffende het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden (imprevisieel): omtrent de lotsverbondenheid van de contractspartijen bij een gewijzigd contractueel kader" in SMITS, J., STIJNS, S., *Remedies in het Belgisch en Nederlandse Contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 223.

¹⁰⁸ A.R. BLOEMBERGEN, C.C. VAN DAM, JAC. HIJMAN, W.L. VALK, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2001, 350.

¹⁰⁹ Zie M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 345.

¹¹⁰ A.R. BLOEMBERGEN, C.C. VAN DAM, JAC. HIJMAN, W.L. VALK, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2001, 351.

§4. Duitsland

1. Theorie van de “Geschäftsgrundlage”

60. Het Duitse recht heeft door haar uitgebreide rechtsleer en *open case law* een grote invloed gehad op andere rechtssystemen voor wat betreft het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden¹¹¹. In Duitsland wordt het *pacta sunt servanda*- beginsel niet onverkort toegepast. Nadat de Eerste Wereldoorlog en de economische crisis diepe sporen hadden nagelaten en contractspartijen door de daaruit voortkomende hyperinflatie vaak hun verplichtingen niet meer konden nakomen, besloot het *Reichsgericht* (het toenmalige hoogste gerechtshof in Duitsland) in te grijpen. Aanvankelijk gebeurde dit op een wisselende grondslag, maar in 1923 werd uiteindelijk de leer van de *Wegfall der Geschäftsgrundlage* aanvaard¹¹². Deze leer, die OERTMANN in 1921 lanceerde, werd zeer algemeen aanvaard en betekent zoveel als “*fundamentele verandering van omstandigheden*” of ook nog “*het wegvallen van de grondslag van de overeenkomst*”. De Duitse rechtspraak beschrijft de contractuele grondslag (die geïnspireerd is door OERTMANN’s theorie) als “*de voorstellingen van partijen op het moment van het sluiten van de overeenkomst die, hoewel ze niet in de overeenkomst in de strikte zin zijn opgenomen, toch essentieel zijn voor de overeenkomst*”.

61. Uit de talrijke rechtspraak en rechtsleer die zich gedurende de volgende decennia omtrent deze theorie ontwikkelde, kunnen de elementen worden gehaald die de basis vormen voor het in 2002 aangenomen § 313 BGB. De Duitse wetgever had immers niet de intentie om een rechtswijziging door te voeren, maar wou louter een bestaande instelling vastleggen¹¹³.

2. Artikel §313 van het “Bürgerliches Gesetzbuch”

62. Het in 2002 aangenomen wetsartikel is, door zijn plaats in het Duitse Burgerlijke Wetboek¹¹⁴, van toepassing op alle overeenkomsten, inclusief op deze die betrekking hebben op erfopvolging, familiaangelegenheden, arbeidsaangelegenheden en eigendomsrecht. Daaruit volgt dat § 313 BGB niet van toepassing is op verplichtingen die niet gestoeld zijn op overeenkomst tussen partijen of die gestoeld zijn op eenzijdige rechtshandelingen¹¹⁵. Hierin verschilt de toepassing van dit artikel van het

¹¹¹ Zo zijn het Italiaanse en Oostenrijkse recht door het Duitse recht beïnvloed, M.W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 325..

¹¹² M.W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 325.

¹¹³ A. JOHNSTON, B.S. MARKESINIS, H. UNBERATH, *The German Law of Contract – A Comparative Treatise*, Oxford, Hart, 2006, 324.

¹¹⁴ Dit artikel inzake de onvoorziene omstandigheden is niet ondergebracht bij § 242 BGB (het artikel inzake de goede trouw) maar is ondergebracht in het tweede boek van het Verbintenissenrecht; Sectie 3: Contractuele verplichtingen; Titel 1: grondslagen, inhoud en ontbinding; Ondertitel 3: Aanpassing en ontbinding van overeenkomsten.

¹¹⁵ H. RÖSLER, “Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law”, *ERPL*, 2007, 490.

Nederlandse artikel 6:258 N.B.W., dat in bepaalde gevallen wel van toepassing kan zijn op eenzijdige rechtshandelingen¹¹⁶.

63. § 313 BGB stelt als volgt¹¹⁷:

- 1) *“Indien de omstandigheden die aan de grondslag van de overeenkomst lagen na het sluiten van de overeenkomst fundamenteel gewijzigd zijn en als de partijen, indien ze deze wijziging hadden voorzien, niet tot contracteren hadden besloten, of anders hadden gecontracteerd, dan kan de aanpassing van de overeenkomst worden gevraagd voor zover van één van de partijen, alle omstandigheden van de zaak in acht genomen en met bijzondere aandacht voor de contractuele of wettelijke verdeling van de risico’s, redelijkerwijze niet kan worden verwacht dat ze bij de overeenkomst blijven.*
- 2) *Het zal een equivalent van de gewijzigde omstandigheid zijn als de essentiële assumpties die de grondslag van het contract zijn geworden, blijken verkeerd te zijn.*
- 3) *Indien de aanpassing van de overeenkomst niet mogelijk is of te moeilijk zo zijn voor één van de partijen dan kan de verongelijkte partij het contract beëindigen. Indien het een overeenkomst van onbepaalde duur betreft, wordt de beëindiging vervangen door een opzegging.” (vrije vertaling)*

64. Hoewel er met § 313 BGB een wettelijke bepaling is ontstaan blijft de interpretatie, en dus automatisch ook de definitie van het toepassingsveld, in handen van de rechter¹¹⁸. De wetgever wou geen afbreuk doen aan het *pacta sunt servanda*-beginsel en maakte de bepaling van § 313 BGB van ondergeschikte orde. Niet alleen moet voorrang worden geven aan contractuele bepalingen die de onvoorziene omstandigheden regelen, maar er moet ook voorrang worden gegeven aan de wettelijke bepalingen inzake de ontbinding (*Irrtumsanfechtung* - § 119 ev.) en overmacht

¹¹⁶ *Supra* 21 ,nr. 49.

¹¹⁷ De Duitse tekst luidt als volgt :

“§ 313 Störung der Geschäftsgrundlage

- (1) *Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderen Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.*
- (2) *Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.*
- (3) *Ist eine Anpassung der Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.”*

¹¹⁸ P. HUJO, Force Majeure et Imprévision: Une analyse comparatiste entre le droit français et le droit allemand, onuitg., diplomarbeit, 2008, 47.

(*Unmöglichkeit* – § 275 BGB)¹¹⁹. Verder heeft de rechter ook de mogelijkheid om de overeenkomst uit te leggen. Het mag echter niet verbazen dat de rechtspraak in de praktijk de voorkeur geeft aan de toepassing van § 313 BGB. Dit artikel is immers soepeler in toepassing, gezien het een mogelijkheid biedt tot herziening van de overeenkomst en toelaat de belangen van beide partijen in overweging te nemen.

65. § 313, 1^e lid BGB handelt over de wijziging in de *objectieve grondslagen* van de overeenkomst, die zich voordoet na het sluiten ervan. Hieronder moeten gevallen worden verstaan waar zich een onevenwicht voordoet in de gelijkheid van de prestaties of waar het voor één partij veel moeilijker wordt om zijn prestatie uit te voeren. Het spreekt voor zich dat de gewijzigde omstandigheid, die aan de basis ligt van dergelijk onevenwicht, van dergelijke omvang moet zijn dat de partijen, hadden ze deze omstandigheid gekend, niet op dergelijke wijze hadden gecontracteerd. Indien dit het geval is, kan aan de rechter om een aanpassing van de overeenkomst verzocht worden¹²⁰. Voorzichtigheid omtrent de toepassing van de onvoorziene omstandigheid is dan ook geboden. Zo zal het loutere feit dat de prijs na het sluiten van de overeenkomst gestegen is niet noodzakelijk een gewijzigde omstandigheid uitmaken. Men aanvaardt immers vrij algemeen dat verkoper het risico van de inflatie draagt¹²¹. De hyperinflatie zoals deze zich voordeed in de jaren twintig van de twintigste eeuw zou indien ze zich nu zou voordoen, wellicht wel gedekt worden door de theorie van de Geschäftsgrundlage.

66. In § 313, 2^{de} lid BGB behandelt de *initiële afwezigheid van de subjectieve omstandigheden*. Dit artikel behandelt de gevallen waarin de essentiële verwachtingen van de partijen, die aan de grondslag van de overeenkomst liggen, verkeerd blijken te zijn. Dit zal vaak het geval zijn wanneer partijen gemeenschappelijk fouten hebben gemaakt aangaande deze verwachtingen¹²². Een voorbeeld ter illustratie is de verkoop van een schilderij. Ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, gingen beide partijen ervan uit dat dit het werk was van een onbekende schilder. Kort na het sluiten van de overeenkomst blijkt echter dat het werk afkomstig is van Jackson Pollock, waardoor het schilderij enorm in waarde stijgt. Ook hier wordt aan de partijen de mogelijkheid geboden om een aanpassing van de overeenkomst aan de rechter te vragen.

¹¹⁹ H. RÖSLER, "Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law", *ERPL*, 2007, 490.

¹²⁰ H. RÖSLER, "Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law", *ERPL*, 2007, 489.

¹²¹ H. RÖSLER, "Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law", *ERPL*, 2007, 492.

¹²² A. JOHNSTON, B. S. MARKESINIS, H. UNBERATH, *The German Law of Contract – A Comparative Treatise*, Oxford, Hart, 2006, 325.

67. De vraag kan gesteld worden of dergelijke bepaling, naar Belgisch recht enig nut zou hebben. Zo lijkt het mij dat dergelijke *initiële afwezigheid van subjectieve omstandigheden* naar Belgisch recht perfect kan opgevangen worden door de figuur van de *dwaling over het voorwerp van de zaak*. Het toepassingsgebied van deze masterproef laat me echter niet toe deze vraag ten gronde te onderzoeken.

68. § 313 BGB tenslotte maakt het mogelijk om de overeenkomst retroactief te laten ontbinden, maar dit enkel in de gevallen dat een aanpassing van de overeenkomst niet mogelijk is. Gaat het om een duurovereenkomst dan kan deze enkel *ex nunc* ontbonden worden¹²³. Dit is een duidelijk verschil met het Nederlandse recht waar de vragende partij de keuze heeft tussen de aanpassing en ontbinding van de overeenkomst. Het Duitse §313 BGB lijkt me, steeds het *pacta sunt servanda-beginsel* in acht houdend, op dit punt dan ook een betere oplossing te bieden.

69. Met artikel § 313 BGB zijn echter niet alle problemen opgelost. Zo blijft het de vraag of er een verplichting bestaat tot heronderhandeling in het geval de contractuele grondslag wegvalt en of dergelijke verplichting een noodzakelijk en adequaat middel is. Indien dit het geval is, wat is de sanctie bij miskennen? Hoewel er enige controverse over bestaat, wordt, mijn inziens terecht, bepleit dat artikel § 313 BGB een verplichting doet ontstaan die gebaseerd is op § 241, 2^{de} alinea BGB (het goede trouw artikel)¹²⁴. Deze verplichting vereist een heronderhandeling te goeder trouw van de partijen. Het lijkt dan ook rechtvaardig dat, wanneer de contractuele grondslag wegvalt, de partijen eerst zelf tot heronderhandeling overgaan. Indien men daarin faalt, ligt de mogelijkheid om beroep te doen op de rechter immers nog steeds open.

3. Besluit

70. In Duitsland was er om historische reden een lange traditie inzake de leer van de gewijzigde omstandigheden die uiteindelijk resulteerde in § 313 BGB. Dit artikel maakt het mogelijk om beroep te doen op de rechter om de overeenkomst in eerste instantie aan te passen en, indien dit niet mogelijk blijkt te zijn, deze te ontbinden. Dit leidt tot een rechtvaardige oplossing voor alle contractspartijen.

¹²³ H. RÖSLER, "Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law", *ERPL*, 2007, 490.

¹²⁴ P. HUJO, *Force Majeure et Imprévision: Une analyse comparatiste entre le droit français et le droit allemand*, onuitg., diplomarbeit, 2008, 58.

Titel 3: COMMON LAW LANDEN

71. In de *Common Law* landen wordt aan het begrip *hardship* geen juridisch betekenis toegekend. Het wordt slechts aanzien als een woord dat een feit beschrijft¹²⁵. De *Common Law* landen tonen dan ook weinig begrip voor de *hardship* die ontstaan is uit contractuele verbintenissen. Hier stelt zich een grote tegenstelling met de meeste *Civil Law* landen waar de *hardship* zowel als feit en als wettelijk concept bestaat. De doctrines van de *impracticability of performance* en *frustration of purpose* (waarover hierna meer) trachten weliswaar een oplossing te bieden, maar er zal slechts zelden aan alle toepassingsvoorwaarden voldaan zijn. Het beginsel van de *pacta sunt servanda* zal dan ook meestal geheiligd worden. Het vasthouden aan de uitvoering van de overeenkomst verklaart wellicht ten dele waarom de *Common Law* contracten bijzonder lang en uitgebreid zijn. Men wil immers elk mogelijk onheil dat zich kan voordoen voorzien.

72. Als voorbeeld van het een *Common Law* stelsel zal ik het Amerikaanse recht bespreken. Hoewel het Amerikaanse rechtstelsel uit het Engelse is ontstaan, laat ik dit laatste rechtssysteem, hoewel erg interessant, buiten beschouwing. De reden hiervoor is dat Engelse rechtbanken de *impracticability* niet als een algemene grond zien waarop een partij kan vrijgesteld worden¹²⁶. Enkel in gevallen waar het niet mogelijk is de overeenkomst uit te voeren, zal een vrijstelling kunnen bekomen worden.

§1: De Verenigde Staten van Amerika:

1. Algemeen

73. Wanneer men een analyse maakt van het Amerikaanse recht, moet er vooraf op gewezen worden dat elke lidstaat een grote autonomie heeft op het vlak van het commerciële recht dat van toepassing is op haar territorium. Bijgevolg is het dan ook niet zeker dat elk lidstaat van de VSA het onderwerp van deze masterproef op eenzelfde manier behandelt. Het is echter wel mogelijk een algemeen beeld te schetsen, daar er toch een zekere harmonisatie is op het vlak van het verbintenissenrecht. Hier is een belangrijke rol weggelegd voor de *Uniform Commercial Code (UCC)*. Deze werd opgesteld door de *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* en de *American Law Institute* en is een soort van modelwet (*i.e.. soft law*) die het Amerikaanse verbintenissenrecht tracht één te maken. De eerste versie dateert van 1952 en is reeds meerdere

¹²⁵ J. M. PERILLO, "Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis", *Centro di Studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, 1996, 1.

¹²⁶ G. H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, Londen, Sweet & Maxwell, 2004, 283.

malen herzien. Met de uitzondering van Louisiana¹²⁷ hebben alle Staten, mits hier en daar een aanpassing, de UCC aangenomen.

74. Verder moet ook gewezen worden op het belang dat de *“Restatement (Second) of Contracts”* heeft op de hoven en rechtbanken. De *Restatement*, opgemaakt in de schoot van de *American Law Institute*, bevat een synthese van uitspraken van Amerikaanse Rechtbanken opgesteld in de vorm van artikelen. Hoewel van deze *Restatement* geen enkele normatieve waarde uitgaat, oefent ze toch een grote invloed uit op de beslissingen van de rechtbanken¹²⁸.

75. Het Amerikaanse recht heeft twee belangrijke theorieën die in direct verband staan met het concept *hardship*: de theorie van de *impracticability of performance* en deze van de *frustration of purpose*¹²⁹. Deze zal ik dan ook nader bespreken.

2. Theorie van de “impracticability of performance”

a. Toepassingsgebied

76. De Amerikaanse rechtbanken zijn weinig geneigd om partijen te verschonen bij de niet nakoming van hun overeenkomsten. Men neemt immers aan dat de partij heeft voorzien dat er zich onvoorziene moeilijkheden kunnen voordoen of dat de kosten kunnen stijgen¹³⁰. Veelal zullen de rechtbanken dan ook oordelen dat de overeenkomst moet uitgevoerd worden. Een verzachting kwam er echter met de doctrine van *“impracticability”*, die haar ontstaan vindt in de zaak *Mineral Park Land Co v Howard*¹³¹. In deze zaak oordeelde de rechtbank dat *“iets, vanuit wettelijk oogpunt, onmogelijk is wanneer het niet uitvoerbaar is”*¹³². Deze theorie werd over de jaren verder verfijnd en uitgewerkt. Heden ten dage moet *“impracticability”* gezien worden als een commerciële onmogelijkheid en dus niet een onmogelijkheid in de strikte zin van het woord, maar een onuitvoerbaarheid door een extreme en onredelijke moeilijkheid, kost, verwonding of verlies¹³³.

77. De toepassing van de theorie van *“impracticability of performance”* is ook terug te vinden in de UCC, artikel 2, paragraaf 615 (a). Hoewel dit artikel enkel van toepassing is op koopovereenkomsten, mag worden aangenomen dat het ook op andere overeenkomsten een grote invloed uitoefent.

¹²⁷ Louisiana heeft de UCC wel gedeeltelijk aangenomen, maar niet artikel 2: “sales”, wat van belang is voor deze masterproef. Gelet op de eigenheden van dit recht van deze staat wordt dit dan ook niet opgenomen in deze analyse.

¹²⁸ A. E. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, Boston, Little, Brown, 1990, 29.

¹²⁹ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 34.

¹³⁰ J. D. CALAMARI, J. M. PERILLO, *The Law of Contracts*, St. Paul, West Publishing, 1977, 491.

¹³¹ G. H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, Londen, Sweet & Maxwell, 2004, 264.

¹³² Supreme Court of California, Arrest van 13 maart 1916, *Mineral Park Land Company/P.A. Howard*, California Reports, 289. (“a thing is impossible in legal contemplation when it is not practicable”)

¹³³ J. GORDLEY, “Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances”, *Am. J. Comp. L.*, 2004, 529.

Bijgevolg werd de algemene toepassing van deze theorie door de rechtbanken aanvaard en werd deze ook erkend in paragraaf 261 *Restatement (Second) of Contracts*¹³⁴.

78. Artikel 2-615 UCC stelt¹³⁵:

“Het laattijdig leveren of het niet- leveren van het geheel of een gedeelte door een verkoper die voldoet aan paragrafen (b) en (c), is geen inbreuk van zijn verplichtingen uit de koopovereenkomst als de overeengekomen prestaties niet uitvoerbaar geworden zijn door de verschijning van een eventualiteit waarvan de niet- voorkoming een basisveronderstelling was waarop het contract was gestoeld of door, met inachtneming van de goede trouw, elke toepasselijke buitenlandse of binnenlandse regulering of bepaling of deze nu al dan niet later ongeldig blijkt.” (vrije vertaling)

b. Toepassingsvoorwaarden

79. Een partij die beweert dat hij zijn verplichtingen niet kon uitvoeren door een “eventualiteit” (“contingency”) moet aan vier voorwaarden¹³⁶ voldoen eer hij zich kan beroepen op de “impracticability of performance”: (i) Er moet een gebeurtenis zijn die de contractuele prestatie onuitvoerbaar heeft gemaakt, (ii) de niet- voorkoming van deze gebeurtenis moet bovendien een basisveronderstelling zijn waarop het contract was gestoeld, (iii) de onuitvoerbaarheid mag niet te wijten zijn aan een fout van de partij die deze bepaling inroept, en (iv) de partij mag geen bijkomende verplichtingen op zich nemen in vergelijking met deze die door de wet zijn opgelegd.

(i) *een gebeurtenis die de prestatie onuitvoerbaar heeft gemaakt*

80. De eerste voorwaarde is dat er zich een gebeurtenis voordoet die de contractuele prestatie onuitvoerbaar heeft gemaakt. Noch de Amerikaanse rechtbanken, noch de doctrine hebben voorwaarden opgelegd die betrekking hebben op de aard van de gebeurtenis¹³⁷. Bijgevolg kan de “impracticability of performance” in de meest diverse omstandigheden worden gebruikt. Bovendien zal deze theorie gewoonlijk toegepast worden op gebeurtenissen die zich voordoen na het sluiten van de overeenkomst. Desalniettemin aanvaarden rechtbanken (en is het ook opgenomen in de

¹³⁴ A. E. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, Boston, Little, Brown, 1990, 542.

¹³⁵ 2-615 UCC: “Excuse by Failure Of Presupposed Conditions

Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance. Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of contract of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid.”

¹³⁶ J. JACKSON, *Contract Law in Modern Society: Cases and Materials*, St. Paul, West Publishing, 1973, 1250.

¹³⁷ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 37.

*Restatement*¹³⁸) dat de verstorende omstandigheid zich ook voor het sluiten van de overeenkomst mag voordoen. Een bijkomende voorwaarde is dan dat de benadeelde partij redelijkerwijze geen kennis mocht hebben van deze gebeurtenis¹³⁹.

81. Natuurlijk zal niet elke gebeurtenis de partij vrijstellen. Het zal er dus op neerkomen om een onderscheid te maken tussen “normale” problemen en problemen die de uitvoering “buitengewoon moeilijk” maken.

82. De *Commentary on the UCC § 2-615*¹⁴⁰ tracht dit probleem te benaderen aan de hand van voorbeelden:

“Verhoogde kosten verlenen op zich geen vrijstelling om niet te contracteren, tenzij de stijging van de kost te wijten is aan een onvoorziene gebeurtenis die de essentiële aard van de prestatie verandert. Noch zal een stijging of ineenstorting van de markt op zichzelf een rechtvaardiging zijn, aangezien dat exact het type van commerciële risico’s is dat commerciële overeenkomsten aan vaste prijzen beogen te dekken. Maar een ernstige tekortkoming van grondstoffen of goederen die te wijten is aan een eventualiteit zoals oorlog, embargo, lokale mislukking van de oogst, onvoorziene sluiting van grote voorraadbronnen die of een duidelijke stijging van de kosten, of alles bij elkaar de verkoper verhinderen de nodige voorraden bijeen te krijgen om te presteren, vallen onder deze sectie.”¹⁴¹ (vrije vertaling)

83. In de Amerikaanse rechtspraak past men echter een meer verfijnd criterium toe. De rechters maken bij hun beoordeling of het evenwicht al dan niet fundamenteel gewijzigd is, gebruik van een drempel¹⁴². Deze drempel zal worden uitgedrukt in een percentage waarmee de kost van de prestatie moet stijgen of de waarde van de tegenprestatie moet dalen¹⁴³. Als een dergelijke drempel bijvoorbeeld op 50% ligt, dan zal de kost van de uitvoering met 50% moeten stijgen. Stijgt deze met

¹³⁸ *Restatement*, paragraaf 266 (1) (“Existing Impracticability: Where, at the time a contract is made, a party’s performance under it is impracticable without his fault because a fact of which he has no reason to know and the non-existence of which is a basic assumption on which the contract is made, no duty to render that performance arises, unless the language or circumstance indicate the contrary.”)

¹³⁹ Supreme Court of California, *Mineral Park Land Company v P.A. Howard*, California Reports, Arrest van 13 maart 1916, 289; M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 37.

¹⁴⁰ UCC 2-615, Comment 4

¹⁴¹ *Commentary on the UCC § 2-615* (“Increased cost alone does not excuse performance unless the rise in cost is due to some unforeseen contingency which alters the essential nature of the performance? Neither is a rise or a collapse in the market in itself a justification, for that is exactly the type of business risk which business contracts made at fixed prices are intended to cover. But a severe shortage of raw materials or of supplies due to a contingency such as war, embargo, local crop failure, unforeseen shutdown of major sources of supply or the like, which either causes a marked increase in cost or altogether prevents the seller from securing supplies necessary to his performance, is within the contemplation of this section.”)

¹⁴² C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles – Exemption for non-performance in international arbitration*, New York, Kluwer Law International, 2009, 428.

¹⁴³ C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, New York, Kluwer Law International, 2009, 426.

minder, dan zal er geen fundamentele verstoring zijn van het contractuele evenwicht. In het Amerikaanse recht ligt de huidige drempel op 100%¹⁴⁴. Het is evident dat een dergelijke drempel slechts een vertrekpunt vormt. De rechter moet immers steeds alle relevante omstandigheden in acht moet nemen¹⁴⁵ maar het kan een goede indicator zijn om te bepalen vanaf wanneer de overeenkomst *fundamenteel* verstoord is

84. Verder moet ook gedefinieerd worden wat de contractuele prestatie is. Als de overeenkomst de partij immers een keuzemogelijkheid geeft, zal het feit dat één van deze mogelijkheden onuitvoerbaar geworden is geen verschoning inhouden. De contractuele prestatie is immers niet onuitvoerbaar is geworden¹⁴⁶. Ook zullen de rechtbanken niet geneigd zijn de benadeelde partij te verschonen wanneer de niet- uitvoerbaarheid geen betrekking heeft op een constitutief bestanddeel van de overeenkomst¹⁴⁷. In dergelijke gevallen moet de partij op zoek gaan naar alternatieven. Zo moet deze een andere manier vinden om de goederen te leveren, te transporteren of te laden¹⁴⁸.

(ii) *Het niet- verschijnen is de basisveronderstelling waarop het contract gestoeld is*

85. Een tweede voorwaarde is dat het niet- verschijnen van de verstorende omstandigheid een basisveronderstelling ("*basic assumption*") vormt waarop de overeenkomst gestoeld is. Wanneer partijen een overeenkomst sluiten, zullen ze altijd bepaalde veronderstellingen hebben die aan de basis liggen van hun zaak. De "*Commentary on the Restatement (Second)*" zegt hierover dat "*om te bepalen of het niet- verschijnen van een bepaalde gebeurtenis een basisveronderstelling is er een beoordeling moet gemaakt worden of de partij het risico van haar verschijning had verondersteld. Bij het maken van deze beoordeling moeten alle relevante omstandigheden in acht genomen worden.*"¹⁴⁹ (vrije vertaling) Deze voorwaarde is ook in het Duitse artikel § 313 BGB terug te vinden¹⁵⁰.

86. Een typisch voorbeeld is een overeenkomst voor het vervaardigen en het leveren van goederen tegen een vaste prijs. Hier zal de verkoper aannemen dat het risico van de eventuele stijgende kosten binnen de normale grenzen blijft. Als er zich echter een gebeurtenis voordoet waardoor de

¹⁴⁴ US District Court for the Eastern District of Pennsylvania, 1975, Publicker Industries/Union Carbide Corp., 17 U.C.C. Rep. Ser. 989, (E. D. Pa. 1975) ("*The court is not aware of any cases where something less than 100% cost increase has been held to make a seller's performance impracticable*"); F. FUCCI, "Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment and Non-Performance of Contract – Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance", Transnational Dispute Management, 2007, www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fucci.html#18, 6.

¹⁴⁵ C. BRUNNER, Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration, New York, Kluwer Law International, 2009, 431.

¹⁴⁶ J. D. CALAMARI, J. M. PERILLO, The Law of Contracts, St. Paul, West Publishing, 1977, 480.

¹⁴⁷ A. E. FARNSWORTH, Farnsworth on Contracts, Boston, Little, Brown, 1990, 545.

¹⁴⁸ UCC 2-614 (1) ("*if the agreed berthing, loading or unloading facilities fail or an agreed type of carrier becomes unavailable or the agreed manner of delivery otherwise becomes commercially impracticable but a commercially reasonable substitute is available, such substitute performance must be tendered and accepted*")

¹⁴⁹ Restatement Second, Chapter 11, Introductory note.

¹⁵⁰ *Supra* 26, nr. 63.

kosten voor de verkoper tienvoudig stijgen, dan is het mogelijk dat de rechtbank oordeelt dat deze verkoper dit risico niet had voorzien door te besluiten dat de niet- verschijning van de gebeurtenis een basisveronderstelling was waarop het contract gestoeld was¹⁵¹. Deze veronderstelling kan eventueel ook stilzwijgend zijn, maar dan moet ze door beide partijen gedeeld worden¹⁵².

87. De basisveronderstellingen kunnen ingedeeld worden in drie categorieën¹⁵³:

- Partijen gaan ervan uit dat de overheid normalerwijze niet direct maatregelen zal nemen om de uitvoering te voorkomen.
- Ook gaan ze ervan uit dat de persoon die noodzakelijk is voor de uitvoering niet zal sterven of onbekwaam zal worden.
- Tenslotte nemen de partijen ook aan dat de zaak, nodig voor de uitvoering, blijft bestaan en wel op een manier dat de uitvoering kan plaatsvinden.

(iii) *De “impracticability” mag niet te wijten zijn aan de fout van de partij die zich wil verschonen*

88. Een derde voorwaarde voor verschoning is dat de onuitvoerbaarheid niet te wijten mag zijn aan de partij die haar inroept. De *Commentary (d) on the Restatement (Second), paragraaf 261* gaat uit van een ruime toepassing van het concept *fout*. Zo moet een fout niet enkel gezien worden als een moedwillige fout, maar ook andere handelingen die geleid hebben tot contractbreuk of nalatigheid leveren een fout af¹⁵⁴. Zo zal een partij niet bevrijd zijn als deze de goederen niet kan leveren doordat ze vernietigd zijn door zijn nalatigheid¹⁵⁵.

(iv) *De benadeelde partij mag geen bijkomende verplichtingen op zich nemen dan deze die door de wet zijn opgelegd*

89. Een laatste voorwaarde voor bevrijding is dat een partij geen bijkomende verplichtingen op zich mag nemen dan deze die de wet oplegt. Het is evident dat een partij zich niet op de *impracticability* kan beroepen indien deze wist dat er een mogelijkheid was dat de prestaties onuitvoerbaar waren en

¹⁵¹ A. E. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, Boston, Little, Brown, 1990, 549.

¹⁵² M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 40.

¹⁵³ A. E. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, Boston, Little, Brown, 1990, 550; J.M. VAN DUNNÉ, *Verbintenissenrecht*, Deventer, Kluwer, 2004, 760.

¹⁵⁴ *Commentary (d) on the Restatement (Second), paragraaf 261* (“if the event is due to the fault of the obligor himself, this Section does not apply. As used her ‘fault’ may include not only ‘willful’ wrongs, but such order types of conduct as that amounting to breach of contract or negligence”).

¹⁵⁵ M. EISENBERG, “Impossibility, Impracticability and Frustration”, *Journal of Legal Analysis*, 2009, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1349482, 225.

hij zich toch heeft verbonden om te presteren¹⁵⁶. De partij aanvaardt immers het risico dat een verstorende omstandigheid kan opduiken. Dergelijke aanvaarding kan zowel uitdrukkelijk¹⁵⁷ als stilzwijgend zijn.

c. Voorzienbaarheid

90. Hoewel de voorzienbaarheid geen toepassingsvoorwaarde is, zal ze toch een belangrijke rol spelen. Sommige rechtbanken oordelen immers dat als een bepaalde *hardship* voorzienbaar is de benadeelde partij niet kan vrijgesteld worden¹⁵⁸. Ook de *Commentary of the UCC* stelt dat er zaken zijn waar er ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voldoende indicaties waren dat de verstorende gebeurtenis zich ging voordoen en dit dus een risico was dat de partij kende¹⁵⁹. Een schoolvoorbeeld is de partij die voor de uitvoering van haar prestaties een vergunning van de overheid nodig heeft en deze niet krijgt. Deze partij zal zich niet kunnen beroepen op de *impracticability* omdat hij mocht aannemen dat dit risico zich kon voordoen en dus voorzienbaar was¹⁶⁰.

91. Rechters moeten zich echter hoeden voor een willekeurig gebruik van de voorzienbaarheid. Het is mogelijk dat een partij niet voorziet in een regeling voor het risico, hoewel dit risico voorzienbaar is. De partij kan het immers niet belangrijk genoeg achten om in de onderhandelingen op tafel te gooien of zijn onderhandelingspositie kan niet sterk genoeg zijn om de overeenkomst te laten afspringen¹⁶¹. Bovendien is het ook niet omdat een partij voorziet dat er een risico kan, zijn dat hij daarvoor de capaciteit heeft om dit te verhelpen.

92. Het element van voorzienbaarheid houdt immers te weinig rekening met het complexe karakter van sommige handelstransacties¹⁶². Voorzienbaarheid zou beter gezien worden als één van de factoren die meespeelt maar zeker niet als een doorslaggevende. Het criterium van de voorzienbaarheid kan in dat opzicht gebruikt worden om te bepalen hoe aannemelijk het was dat de gebeurtenis zich ging voordoen, alsook om te bepalen in welke mate de benadeelde partij deze

¹⁵⁶ A. E. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, Boston, Little, Brown, 1990, 552.

¹⁵⁷ Zie US Court of Appeal, third circuit, Arrest van 7 september 1977, *Gulf Oil Corp/ F.P.C.*, (563 F.2d 588), randnummer 58, <http://www.international.westlaw.com>.: ("By warranting, rather than merely promising, the availability of sufficient qualities of gas, Gulf assumed for itself the entire risk that future conditions would raise the cost of gas.")

¹⁵⁸ US Court of Appeal (tenth circuit), arrest van 24 juni 1981, *Bernina Distributors Inc/Bernina Sewing Machine Co. Inc.*, (646 F.2d 434); US District Court of S.D. California, arrest van 20 oktober 1975, *Eastern Air Lines/ Gulf Oil Corp.*, (415 F. Supp. 429); NY Court of Appeal, arrest van 21 december 1987, *Kel Kim Corp/Central Markets*, (519 N.E. 2d 295), <http://www.international.westlaw.com>.

¹⁵⁹ UCC 2-615, Comment 8.

¹⁶⁰ Nevada, Supreme Court, arrest van 12 februari 1971, *Nebaco/Riverview Reality Co.*, (75 A.2d 348) ; Maryland, Court of Appeal, arrest van 19 juli 1950, *State/Dashill*, (482 P.2d 305), <http://www.international.westlaw.com>.

¹⁶¹ A. E. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, Boston, Little, Brown, 1990, 555.

¹⁶² S. W. HALPERN, "Application of the doctrine of commercial impracticability: searching for the wisdom of Solomon", *Un. Penn. L. Rev.*, 1987, 1145.

gebeurtenis had moeten voorzien en zich daartegen kon beschermen¹⁶³, bijvoorbeeld door zich contractueel te exonereren.

d. Gevolgen

93. De *impracticability of performance* heeft twee mogelijke gevolgen: Afhankelijk van de omstandigheden kan de overeenkomst of kan worden opgeschort of worden ontbonden¹⁶⁴.

(i) De opschorting van de uitvoering van de overeenkomst

94. Indien de *impracticability* enkel een tijdelijk karakter heeft, kan de rechter besluiten om de uitvoering van de overeenkomst te schorsen¹⁶⁵. Eens de *impracticability* verdwenen is, moeten de partijen de oorspronkelijke overeenkomst verder uitvoeren¹⁶⁶. Het is echter mogelijk dat door de schorsing de uitvoering van de overeenkomst nog verzwakt¹⁶⁷. De rechtbanken blijken in dergelijke gevallen de zaak van de benadeelde partij genegen te zijn. Deze partij kan dan ook de ontbinding van de overeenkomst vragen¹⁶⁸. Dit is bijvoorbeeld het geval in de zaak *Autry v Republic Prods.*¹⁶⁹. In deze zaak was de overeenkomst tussen de acteur Gene Autry en zijn studie Republic geschorst gedurende de Tweede Wereldoorlog. Na de oorlog weigerde de acteur zijn overeenkomst uit te voeren tegen het voor de oorlog overeengekomen salaris en hij stapte naar de rechter die de overeenkomst ontbond.

(ii) De beëindiging van de overeenkomst

95. Indien de *impracticability* een definitief karakter aanneemt, dan zal de overeenkomst meestal beëindigd worden. De partijen zullen op die manier bevrijd zijn van de uitvoering van hun verplichtingen¹⁷⁰. Soms is het mogelijk dat slechts een deel van de prestaties *impracticable* worden

¹⁶³ US Court of Appeal (fourth circuit), arrest van 4 mei 1987, *Opera Co/ Wolf Trap Found.*, (817 F.2d 1094), <http://www.international.westlaw.com>. ("whether the event was so likely that the obligor should have guarded against it or provided for non-liability")

¹⁶⁴ A. E. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, Boston, Little, Brown, 1990, 571.

¹⁶⁵ California Court of Appeal, arrest van 31 januari 1985, *Andersen Construction Co./Sales*, (164 Cal.App.3d 326, 210), <http://www.international.westlaw.com>.

¹⁶⁶ Paragraaf 269 *Restatement (Second)* ("Impracticability of performance or frustration of purpose that is only temporary suspends the obligor's duty to perform while the impracticability or frustration exists but does not discharge his duty or prevent it from arising unless his performance after the cessation of the impracticability or frustration will be materially burdensome than there had been no impracticability or frustration.")

¹⁶⁷ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 45.

¹⁶⁸ A. E. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, Boston, Little, Brown, 1990, 574.

¹⁶⁹ Supreme Court of California, arrest van 23 mei 1947, *Gene Autry/Republic Productions Inc.*, (30 Cal.2d 144, 180 P.2d 888), <http://www.international.westlaw.com>. ("temporary impossibility... operates as a permanent discharge if performance after the impossibility ceases would impose a substantially greater burden upon the promisor")

¹⁷⁰ A. E. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, Boston, Little, Brown, 1990, 571.

en dus niet de gehele overeenkomst is aangetast¹⁷¹. In dergelijke gevallen kan het zijn dat de benadeelde partij wel nog zijn overige (*i.e.* de niet aangepaste) verplichtingen moet nakomen.

96. In het geval dat de benadeelde partij reeds gedeeltelijk heeft gepresteerd, zal hij recht hebben op de terugbetaling van de verleende voordelen, dit wellicht om verrijking zonder oorzaak te vermijden¹⁷². Volgens paragraaf 272 *Restatement (Second)* moet de rechter voor deze terugbetaling de waarde van de reeds gerealiseerd uitvoering in acht nemen, alsook, in sommige gevallen, de voordelen die de gedeeltelijke uitvoering voor de andere partij met zich heeft meegebracht¹⁷³.

(iii) Aanpassing van de overeenkomst?

97. Een deel van de Amerikaanse rechtsleer is van oordeel dat de rechtbanken in bepaalde gevallen de mogelijkheid moeten krijgen om de contractueel bepaalde prijs of deze te goeder trouw aan te passen, zelfs in het geval van duurcontracten¹⁷⁴. Deze visies vinden steun in de officiële commentaar n. 6 van 2-615 UCC¹⁷⁵. Volgens deze commentaar moet de overeenkomst aangepast worden in situaties waar geen eenduidig antwoord kan worden gegeven op de vraag of de benadeelde partij al dan niet van zijn verplichtingen moet worden bevrijd. Rechtbanken hebben zich, behoudens enkele uitzonderingen¹⁷⁶, echter onwillig getoond meer te doen dan de opschorting of de beëindiging van de overeenkomst¹⁷⁷.

2. Theorie van de *frustration of purpose*

a. Toepassingsgebied

98. De doctrine van *frustration of purpose* is terug te leiden tot de Engelse zaak *Krell v. Henry*¹⁷⁸. In deze zaak had de gedaagde van de eiser voor twee dagen een flat in Pall Mall gehuurd om er de kroningsoptocht van Edward VII bij te wonen. Hoewel het voor beide partijen duidelijk was dat het

¹⁷¹ Zie paragraaf 270 *Restatement (Second)* en artikel 2-615 (b) UCC.

¹⁷² A. E. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, Boston, Little, Brown, 1990, 577.

¹⁷³ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 46.

¹⁷⁴ Zie ook SPEIDEL en HILMAN, *Contra BIRMINGHAM, DAWSON, GILLETTE* – hun grootste kritiek is dat de rechtbanken niet de nodige expertise en niet het nodige zicht op de overeenkomst hebben om de overeenkomst te kunnen aanpassen, alsook dat de aanpassing van de overeenkomst een inbreuk is op de wilsautonomie van de partijen, zie R. HILMAN, "Court Adjustments of Long-term Contracts: An Analysis under Modern Contract Law", *Duke L. J.*, 1987, <http://www.international.westlaw.com>, 1.

¹⁷⁵ Official Comment n. 6, 2-615 UCC ("In situations in which neither senses nor justice is served by either answer when the issue is posed in flat terms of "excuse" or "no excuse", adjustment under the various provisions of this article is necessary, especially the sections on good Faith, on insecurity and Assurance and on the reading to all provisions in the light of their purposes, and the general policy of this Act to use equitable principles in furtherance of commercial standards of good faith.")

¹⁷⁶ US District Court of Pennsylvania, arrest van 7 april 1980, *Aluminium Co. of America/Essex Group. Inc.*, (499 F.Supp. 53, 29 UCC Rep.Serv. 1), <http://www.international.westlaw.com>: ("...under Indiana's doctrines of impracticability and frustration of purpose, seller was entitled to reformation of long-term toll conversion service contract...").

¹⁷⁷ A. E. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, Boston, Little, Brown, 1990, 580.

¹⁷⁸ Kings Bench, *Krell v. Henry*, England, *Kings Bench*, 1903, vol. 2 740.

appartement om die reden verhuurd was, stond dit niet in de overeenkomst. Enkele dagen voordien werd echter duidelijk dat de optocht niet kon doorgaan aangezien de prins een chirurgische ingreep moest ondergaan. Henry weigerde dan ook te betalen. Desalniettemin vorderde Krell toch de betaling. De *Court of Appeal* stelde Henry echter vrij van betaling. Het Hof oordeelde dat de kroningsoptocht immers de grondslag van de overeenkomst was en dat het voorwerp van de overeenkomst dan ook gefrustreerd was.

99. De doctrine van *frustration of purpose* verschilt van die van de *impracticability*. In het eerste geval zijn de prestaties immers niet onuitvoerbaar¹⁷⁹. In het geval van *Krell v Henry* was het niet omdat de kroningstocht niet doorging dat beide partijen hun verplichtingen niet konden nakomen. FARNWORTH stelt dat algemeen mag aangenomen worden dat de doctrine van *impracticability of performance* in het voordeel pleit van partijen die goederen, land, diensten of andere prestaties moeten leveren terwijl de doctrine van *frustration of purpose* in het voordeel kan zijn van partijen die geld moeten betalen voor het verkrijgen van die prestaties¹⁸⁰.

100. De doctrine van *frustration of purpose* wordt door de Amerikaanse rechtbanken algemeen aanvaard¹⁸¹ en is bovendien opgenomen in de *Restatement (Second) of Contracts*¹⁸². Hoewel de theorie niet uitdrukkelijk is opgenomen door de *Uniform Commercial Code*, mag aangenomen worden dat deze ook op verkoopcontracten van toepassing is¹⁸³.

b. Toepassingsvoorwaarden

101. De voorwaarden die de *Restatement (Second) of Contracts* stelt voor de toepassing van de doctrine van *frustration of purpose*¹⁸⁴ (§ 265) lijken sterk op deze van de theorie van de *impracticability of performance* (§ 261).

102. De *Restatement* stelt ook hier dat er vier voorwaarden zijn, waarvan enkel de eerste verschillende is van de *impracticability*. (i) De verstorende gebeurtenis moet zich voordoen en moet de primaire doelstelling die het contract heeft voor één van de partijen volledig of bijna volledig frustreren ("*substantially frustrated*"), (ii) de niet-voorkoming van deze gebeurtenis moet een

¹⁷⁹ N. W. WEISKOP, "Frustration of Contractual Purpose – Doctrine or Myth", *St. John's L. Rev.*, 1996, <http://www.international.westlaw.com>, 239.

¹⁸⁰ A. E. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, Boston, Little, Brown, 1990, p 559.

¹⁸¹ US Supreme Court of California, arrest van 31 oktober 1944, *Lloyd/Murphy*, (25 Cal. 2d 48); US court of appeal (ninth circuit), arrest van 6 oktober 1966, *West Los Angeles Institute for Cancer Research/ Mayer*, (385 U.S. 1010); Missouri Court of Appeal (US), arrest van 13 september 1977, *Howard/Nicholson*, (556 S.W.2d 477), <http://www.international.westlaw.com>.

¹⁸² *Restatement (Second) of Contracts* § 265.

¹⁸³ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 50.

¹⁸⁴ § 265 *Restatement* ("*Discharge by Supervening Frustration: Where after a contract is made, a party's principal purpose is substantially frustrated without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render the performance is discharged, unless the language of the circumstance indicate the contrary.*")

basisveronderstelling zijn waarop het contract was gestoeld, (iii) de onuitvoerbaarheid mag niet te wijten zijn aan een fout van de partij die deze bepaling inroept, en (iv) de partij mag geen bijkomende verplichtingen op zich nemen in vergelijking met deze die door de wet zijn opgelegd.

103. De Amerikaanse rechtbanken zijn wel veel terughoudender om een partij vrij te stellen op grond van *frustration* dan op grond van *impracticability*¹⁸⁵. Gezien enkel de eerste en vierde voorwaarde problemen met zich meebrengt, zal ik dan ook enkel deze bespreken.

(i) *De frustratie moet substantieel zijn*

104. De benadeelde partij moet in de eerste plaats aantonen dat de verstorende gebeurtenis de primaire doelstelling van de overeenkomst geheel of gedeeltelijk “frustreert”. Deze voorwaarde komt duidelijk tot uiting in het arrest *Lloyd v. Murphy*¹⁸⁶ van het *California Supreme Court*. In deze zaak maakte het Hof de toepassing van de doctrine van *frustration* afhankelijk was van het (bijna) totale wegvallen van het doel van de overeenkomst¹⁸⁷.

105. Het is echter niet voldoende dat de benadeelde partij een bepaald doel voor ogen had zonder hetwelk hij de overeenkomst niet had gesloten. Het doel moet zo substantieel zijn dat de beide partijen weten dat, zonder dat doel, de overeenkomst weinig zin had¹⁸⁸. De Amerikaanse rechtbanken zien twee mogelijke obstakels. Allereerst moet, volgens deze rechtbanken, het principiële doel van de benadeelde partij in de ruime zin gezien worden. Dat een partij door de verstorende gebeurtenis niet het beoogde voordeel haalde uit een overeenkomst zal wellicht niet voldoende zijn om de doctrine van *frustration of purpose* in te roepen indien hij de mogelijkheid heeft om dit voordeel op een andere manier te verwerven¹⁸⁹. Bovendien vereisen de rechtbanken ook dat het doel (bijna) volledig “gefrustreerd” is. Het zal aldus niet volstaan dat de winstgevende transactie die de partij op het oog had, plots verlieslatend werd¹⁹⁰.

106. Deze twee obstakels worden mooi geïllustreerd door de zaak *Swift Canadian Co. v. Banet*¹⁹¹. Een Amerikaanse koper van lampkappen had deze door zijn Canadese verkoper laten leveren in Toronto,

¹⁸⁵ N. W. WEISKOP, “Frustration of Contractual Purpose – Doctrine or Myth”, *St. John’s L. Rev.*, 1996, <http://www.international.westlaw.com>, 268.

¹⁸⁶ US Supreme Court of California, arrest van 31 oktober 1944, *Lloyd/Murphy* (25 Cal. 2d 48), <http://www.international.westlaw.com>.

¹⁸⁷ US Supreme Court of California, arrest van 31 oktober 1944, *Lloyd/Murphy* (“Even more clearly with respect to leases than in regard to ordinary contract the applicability of the doctrine of frustration depends on total or nearly total destruction of the purpose for which, in contemplation of both parties, the transaction was entered into.”)

¹⁸⁸ N. W. WEISKOP, “Frustration of Contractual Purpose – Doctrine or Myth”, *St. John’s L. Rev.*, 1996, <http://www.international.westlaw.com>, 260.

¹⁸⁹ A. E. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, Boston, Little, Brown, 1990, 562.

¹⁹⁰ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 53.

¹⁹¹ US Court of Appeal (third circuit), arrest van 23 juni 1955, *Swift Canadian Co/Banet* (224 F.2d 36), <http://www.international.westlaw.com>.

Canada. Door een striktere importregulering kon de koper zijn goederen echter de VSA niet binnenkrijgen en trachtte hij de *frustration of purpose* in te roepen. Hoewel in het contract duidelijk vermeld stond dat de koper de intentie had om de lampkappen naar Philadelphia te verslepen, werd zijn verzoek toch afgewezen. De *Court of Appeal* oordeelde dat het doel van de overeenkomst in een veel bredere zin moest gezien worden. Het was immers niet omdat de goederen niet naar Philadelphia konden verscheept worden dat dit niet elders ter wereld kon. Het Hof besloot bovendien ook dat, gelet op de commerciële aard van de lampkappen, er geen sprake was van een substantiële frustratie van het doel, ook al had de koper een winstgevende transactie verwacht¹⁹².

(iii) *Geen bijkomende verplichtingen op zich nemen*

107. De partij die zich wil bevrijden mag geen bijkomende verplichtingen op zich nemen dan deze door de wet opgelegd. Het is mogelijk dat de benadeelde partij die kan aantonen dat het doel waarvoor hij de overeenkomst sloot gefrustreerd is, toch niet vrijgesteld wordt. De rechtbank kan immers besluiten dat de partij het risico dat de verstorende gebeurtenis zich voordoet, op zich neemt. Zo bijvoorbeeld wordt bij overeenkomsten waar een vaste prijs wordt bedongen, aangenomen dat de koper het risico van een prijsdaling draagt en de verkoper die van een prijsstijging. Er zijn gevallen bekend waar de rechtbank oordeelde dat de partij het risico dat gebeurtenis zich kon voordoen op zich nam, enkel omdat deze gebeurtenis voorzienbaar was¹⁹³. Rechtbanken moeten zich echter hoeden voor willekeur omtrent wat al dan niet voorzienbaar is¹⁹⁴.

c. Gevolgen

108. Over de gevolgen die de *frustration of purpose* met zich meebrengt, kan ik eerder kort zijn: het zijn dezelfde als deze bij de *impracticability of performance*. Indien de omstandigheden die de *frustration* met zich meebrengen een tijdelijk karakter hebben, kan de rechter de schorsing van de overeenkomst bevelen. Wanneer er geen sprake meer is van *frustration*, moeten de partijen de overeenkomst verder uitvoeren¹⁹⁵. Wanneer de omstandigheden die tot *frustration* leiden een permanent karakter hebben/krijgen dan kan de beëindiging van de overeenkomst worden bekomen¹⁹⁶. Wel is het zo dat, als bij de *frustration of purpose* het doel van de overeenkomst wegvalt, het geen nut meer heeft om de gedeeltelijke uitvoering van de overeenkomst te vragen¹⁹⁷.

¹⁹² N. W. WEISKOP, "Frustration of Contractual Purpose – Doctrine or Myth", *St. John's L. Rev.*, 1996, <http://www.international.westlaw.com>, 257.

¹⁹³ US Court of Appeal (eight circuit), arrest van 24 maart 1987, *Arabian Score/Lasma Arabian Ltd.*, (814 F.2d 289 <http://www.international.westlaw.com>).

¹⁹⁴ A. E. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, Boston, Little, Brown, 1990, 564.

¹⁹⁵ Paragraaf 269 Restatement (Second).

¹⁹⁶ Paragraaf 265 Restatement (Second).

¹⁹⁷ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 55.

4. Besluit

109. Uit de bovenstaande analyse blijkt dat het Amerikaanse recht twee oplossingen kent voor het probleem van de gewijzigde omstandigheden. De doctrine van de *impracticability of performance* zal een bescherming bieden indien de kenmerkende prestaties van de benadeelde partij bestaan uit het leveren van goederen en diensten. De leer van de *frustration of purpose* zal aangewend kunnen worden wanneer de verplichting van de benadeelde partij bestaat uit een monetaire prestatie. Het spreekt voor zich dat beide doctrines complementair¹⁹⁸ zijn en op hetzelfde geval kunnen worden toegepast¹⁹⁹.

110. Het Amerikaanse recht kent dus, in tegenstelling tot het Belgische recht, wel een uitgewerkte oplossing voor het leerstuk van de gewijzigde omstandigheden. Indien dit echter vergeleken wordt met *Civil Law* landen, blijkt dat het Amerikaanse rechters toch een stuk terughoudender is om deze theorieën toe te passen. Bovendien staan deze rechters ook erg negatief tegenover de mogelijkheid overeenkomsten aan te passen, wat toch wijst op een zeker gebrek aan flexibiliteit.

Titel 4: HET WEENS KOOPVERDRAG VAN 1980 (CISG)

111. Op 11 april 1980 werd in Wenen het Verdrag houdende het recht voor de internationale koopverkoop van roerende lichamelijke zaken gesloten. Dit Verdrag, ook het Weens Koopverdrag of het CISG (Convention on the International Sale of Goods) genaamd, is ontstaan uit 2 andere internationale verdragen, met name de ULIS²⁰⁰ en ULFIS²⁰¹ verdragen en trad op 1 januari 1988 in werking ten aanzien van 13 landen. Heden ten dage zijn 74 landen toegetreden. Grote afwezigen hierbij zijn het Verenigd Koninkrijk en India. Het grote aantal toegetreden landen wijst op de aanzienlijke invloed dat dit verdrag heeft op het internationale handelsrecht en de internationale handelsovereenkomsten. In een eerste deel zal kort ingegaan worden op wat het belang is van het CISG voor de internationale handel. Daarna wordt artikel 79 CISG uitgebreid besproken, evenals de relevantie van dit artikel voor *hardship*.

¹⁹⁸ PRADO heeft in zijn werk het voorbeeld van een verkoopcontract waarbij door onvoorziene omstandigheden de uitvoering van de overeenkomst moeilijker wordt. De verkoper zal in dit geval de theorie van de *impracticability* invoeren om bevrijd te zijn van zijn prestaties en de koper zal dan weer de doctrine van de *frustration* invoeren om de verkoopprijs niet te moeten betalen, M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, p 56.

¹⁹⁹ Cf. US District Court of Pennsylvania, arrest van 7 april 1980, *Aluminium Co. of America/Essex Group. Inc.* (499 F.Supp. 53, 29 UCC Rep.Serv. 1), <http://www.international.westlaw.com>: In deze zaak werden zowel de theorie van de *frustration* als de theorie van *impracticability* door de rechtbank in overweging genomen.

²⁰⁰ Uniform Law on International Sales.

²⁰¹ Uniform Law on the Formation of International Sale.

§1. Belang van het CISG voor de internationale handel

113. Het Weens Koopverdrag is enkel van toepassing op internationale²⁰² (i) koopovereenkomsten betreffende (ii) roerende lichamelijke zaken²⁰³.

- (i) Wat een koopovereenkomst is, moet verdragsautonoom geïnterpreteerd²⁰⁴ worden. Bovendien worden overeenkomsten voor de levering van te vervaardigen roerende goederen door artikel 3.1 CISG gelijkgesteld met een verkoopovereenkomst voor zover de koper geen *wezenlijk* deel van de noodzakelijke grondstoffen verstrekt. Verder bepaalt artikel 3.2. dat, indien het *belangrijkste* deel van de verplichtingen van de persoon die levert niet bestaat uit het leveren van de goederen maar uit het verlenen van een dienst, het verdrag niet van toepassing zal zijn²⁰⁵.
- (ii) De koopovereenkomst betreffende onroerende en onlichamelijke goederen zullen derhalve niet door het CISG worden beheerst²⁰⁶. Ook moet in dit verband opgemerkt worden dat het verdrag niet van toepassing is op de aankoop van roerende zaken voor persoonlijk gebruik²⁰⁷. Consumentenovereenkomsten worden met andere woorden uit het toepassingsgebied gesloten.

114. Het Koopverdrag regelt echter niet alle aspecten van dergelijke overeenkomsten. Enkel de totstandkoming en de rechten en plichten van koper/verkoper die uit de overeenkomst voortvloeien, worden geregeld door het Verdrag²⁰⁸. Derhalve zal het CISG noch op de geldigheid van de overeenkomst, noch op het eigendom van de verkochte zaken betrekking hebben²⁰⁹. Deze aspecten van de overeenkomst zullen geregeld moeten worden volgens de verwijzingsregels van het internationaal privaatrecht.

§2. Artikel 79 CISG

115. Artikel 79 CISG behandelt één van de meest delicate vragen in het verbintenissenrecht, namelijk wat moet doen indien het voor één van de contractspartijen onmogelijk wordt om zijn contractuele verplichtingen na te leven. Is het met andere woorden mogelijk om vrijgesteld te worden van dergelijke verplichtingen?

²⁰² Partijen dienen op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst in verschillende landen gevestigd te zijn; de nationaliteit speelt geen rol.

²⁰³ Artikel 1 CISG.

²⁰⁴ Dit houdt in dat rechters en arbiters zich niet mogen laten leiden door de invulling die het recht van de forumstaat aan het begrip koopovereenkomst geeft.

²⁰⁵ J. ERAUW, Handboek Belgisch Internationaal Privaatrecht 2006, Mechelen, Kluwer, 2006, 496.

²⁰⁶ Artikel 2 CISG.

²⁰⁷ J. ERAUW, Handboek Belgisch Internationaal Privaatrecht 2006, Mechelen, Kluwer, 2006, 497.

²⁰⁸ Artikel 4 CISG.

²⁰⁹ Artikel 4 a en b CISG

116. Artikel 79 CISG valt onder afdeling IV van hoofdstuk V dat de *bevrijdende omstandigheden* als volgt omschrijft²¹⁰:

- 1) *“Een partij is niet aansprakelijk voor een tekortkoming in de nakoming van één van haar verplichtingen, indien zij aantoont dat de tekortkoming werd veroorzaakt door een verhindering die buiten haar macht lag en dat van haar redelijkerwijze niet kon worden verwacht dat zij bij het sluiten van de overeenkomst met die verhindering rekening zou hebben gehouden of dat zij deze of de gevolgen ervan zou hebben vermeden of te boven zijn gekomen.*
- 2) *Indien de tekortkoming van een partij te wijten is aan een tekortkoming van een derde die door haar is belast met de uitvoering van de gehele overeenkomst of een gedeelte hiervan, wordt die partij slechts van haar aansprakelijkheid bevrijd, indien:*
 - a. *Zij krachtens het vorige lid hiervan wordt bevrijd, en*
 - b. *De derde bevrijd zou zijn, indien in het bepaalde in dat lid op hem van toepassing zou zijn.*
- 3) *De in dit artikel bedoelde bevrijding geldt voor het tijdvak gedurende hetwelk de verhindering bestaat.*
- 4) *De partij die tekort schiet in de nakoming van haar verplichting, dient de andere partij in kennis te stellen van de verhindering en van de gevolgen hiervan voor haar vermogen om na te komen. Indien de kennisgeving niet door de andere partij wordt ontvangen binnen een redelijke termijn nadat de partij die tekortschiet met de verhindering bekend was of behoorde te zijn, is deze laatste aansprakelijk voor de uit het niet ontvangen van de desbetreffende kennisgeving voortvloeiende schade.*
- 5) *Niets in dit artikel verhindert de partijen krachtens dit verdrag enig ander recht dan dat op schadevergoeding uit te oefenen.”*

117. Het was de bedoeling van de opstellers om een verdrag te creëren dat op zichzelf stond en een internationale uniformiteit promootte²¹¹. Om die reden weert de tekst van artikel 79 elke term die

²¹⁰ Bron: <http://cisg.law.pace.edu/cisg/text/verdrag.html#79>.

²¹¹ C. KESSEDJIAN, “Competing approaches to Force Majeure and Hardship”, *Int Rev Law & Eco*, 2005, 642.

gelinkt kan worden aan een nationaal rechtsstelsel²¹² en brengt het een oplossing naar voor die volgens de regels van het CISG moet geïnterpreteerd worden²¹³.

118. In wat volgt zullen eerst de verschillende voorwaarden worden besproken waaraan moet voldaan zijn om zich aan de aansprakelijkheid te onttrekken, om vervolgens te onderzoeken of *hardship* nu wel of niet door artikel 79 wordt gedekt.

1. Toepassingsvoorwaarden

a. Tekortkoming in de nakoming van één van haar verplichtingen

119. Artikel 79-1 CISG bepaalt de voorwaarden waaronder een partij niet aansprakelijk is voor een tekortkoming in de nakoming van een van haar verplichtingen. De aard van deze tekortkoming wordt niet in de tekst verduidelijkt, maar volgens TALLON moet de tekortkoming worden gezien in de breedste zin van het woord²¹⁴. Aldus kan dergelijke tekortkoming in de nakoming zowel geheel, gedeeltelijk, uitgesteld als onvolkomen²¹⁵ zijn. Het maakt hierbij niet uit aan welke verplichting tekort wordt gekomen. Artikel 79-1 CISG behelst immers elke verplichting van de koper en de verkoper. Er wordt dan ook aangenomen dat dit artikel van toepassing is op zowel middel als resultaatsverbintenissen²¹⁶, alsook op de verplichting de goederen conform de overeenkomst te leveren²¹⁷.

120. De tekst van artikel 79-1 CISG zegt ook niets over het tijdstip waarop de verhindering zich voordoet. De vraag kan dan ook gesteld worden of artikel 79 CISG situaties omvat waar de verhindering bestond op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst, maar onbekend was aan de partijen. De *Secretariat Commentary* beantwoordt deze vraag bevestigend maar verduidelijkt dit verder niet²¹⁸. Dit is echter niet zo evident. In landen als België en Frankrijk worden dergelijke situaties immers opgelost door de wisgebreken en is dit dus een voorwaarde voor het geldig sluiten

²¹² M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 98.

²¹³ Artikel 7.1. verduidelijkt hoe de interpretatie moet gebeuren: bij de uitlegging van dit Verdrag dient rekening te worden gehouden met het internationale karakter ervan en met de noodzaak eenvormigheid in de toepassing ervan en naleving van de goede trouw in de internationale handel te bevorderen.

²¹⁴ D. TALLON "Exemptions" in C.M. BIANCA, M. BONELL, *Commentary on the international sales law. The 1980 Vienna sales convention*, Milaan, Guiffre, 1987, 576.

²¹⁵ Een tekortkoming zal bijvoorbeeld onvolkomen zijn in het geval de contractsvoorwaarden met betrekking tot de verpakking door het recht van de verkoper verboden zijn, D. TALLON "Exemptions" in C.M. BIANCA, M. BONELL, *Commentary on the international sales law. The 1980 Vienna sales convention*, Milaan, Guiffre, 1987, 576.

²¹⁶ Voor de landen waar dit onderscheid wordt gemaakt.

²¹⁷ H. STOLL, G. GRUBER, "Common Obligations of Seller and Buyer", in P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, New York, Oxford University Press, 2005, 810.

²¹⁸ D. TALLON "Exemptions" in C.M. BIANCA, M. BONELL, *Commentary on the international sales law. The 1980 Vienna sales convention*, Milaan, Guiffre, 1987, 576; J. RIMKE, Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to CISG and UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts, *Pace Review of the Convention for the International Sale of Goods*, Kluwer (1999-2000), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>, 213.

van een overeenkomst. Bepaalde auteurs²¹⁹ menen dan ook dat de klassieke regelen van het internationale privaatrecht moeten worden toegepast, daar het CISG de geldigheid van de overeenkomst niet regelt²²⁰. Er moet op echter op gewezen worden dat dit eerder een doctrinale discussie is en voor in de praktijk wellicht van weinig betekenis is²²¹.

b. Voorwaarden voor de bevrijdende omstandigheid

121. Artikel 79 bepaalt de voorwaarden waaraan moet voldaan worden, wil de partij zich van zijn aansprakelijkheid bevrijden. Allereerst moet de tekortkoming te wijten zijn aan een verhindering buiten de macht van de partij (i), verder moet de verhindering redelijkerwijze onvoorzienbaar geweest zijn ten tijde van het sluiten van de overeenkomst (ii) en moet de verhindering redelijkerwijze onmogelijk te vermijden zijn (iii). Het valt hierbij op dat deze voorwaarden de traditionele componenten zijn van overmacht²²².

i) Verhindering buiten de macht van de partij

122. Om bevrijdend te zijn moet de tekortkoming te wijten zijn aan een *verhindering*. Dit is een vernieuwing. In het ULIS Verdrag werd immers het woord *omstandigheid* (“*circumstance*”) gebruikt in plaats van het woord *verhindering* (“*impediment*”). Door het gebruik van het woord “*verhindering*” wou de UNCITRAL werkgroep de objectieve aard van de hinderpaal aanduiden²²³. Dergelijke bewoording is echter vrij algemeen en de betekenis daarvan heeft dan ook aanleiding gegeven tot vele discussies (waarover in de volgende titel meer).

123. Deze verhindering moet bovendien ook *buiten de macht van de partij* liggen. De basis hiervan ligt in de gedachte dat de partijen verantwoordelijk zijn voor alle gebeurtenissen die binnen hun macht liggen. De inhoud van deze voorwaarde is niet volledig duidelijk omdat de officiële Franse en Engelse tekst van elkaar verschillen. De eerste spreekt over “*indépendant de sa volonté*” (onafhankelijk van de *wil*) terwijl de tweede het heeft over “*impediment beyond his control*” (buiten de *macht*). De Franse tekst lijkt subjectiever te zijn en daarom zal dan ook best de voorkeur gegeven

²¹⁹ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 101 ; J. RIMKE, Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to CISG and UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts, *Pace Review of the Convention for the International Sale of Goods*, Kluwer (1999-2000), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>, 214.

²²⁰ Artikel 4, a CISG zegt uitdrukkelijk dat de Conventie niet van toepassing is voor wat betreft de geldigheid van de overeenkomst.

²²¹ D. TALLON “Exemptions” in C.M. BIANCA, M. BONELL, *Commentary on the international sales law. The 1980 Vienna sales convention*, Milaan, Guiffre, 1987, 576.

²²² N. LINDSTRÖM, “Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods”, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2006, <http://cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lindstrom.html>, 5.

²²³ D. TALLON “Exemptions” in C.M. BIANCA, M. BONELL, *Commentary on the international sales law. The 1980 Vienna sales convention*, Milaan, Guiffre, 1987, 578; N. LINDSTRÖM, “Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods”, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2006, <http://cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lindstrom.html>, 6.

worden aan de Engelse tekst²²⁴. Uit analyse van de tekst blijkt dat deze voorwaarde twee situaties dekt:

- De eerste situatie betreft het gedrag van de partij die in gebreke blijft. Het is hierbij echter irrelevant of de partij een fout maakt. Wat met deze situatie wordt bedoeld, is dat de partij niet zal vrijgesteld worden van zijn aansprakelijkheid indien blijkt dat hij zich bij de uitvoering van de overeenkomst niet gedragen heeft zoals van hem mocht verwacht worden²²⁵. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn wanneer een vergunning van de overheid wordt geweigerd door de nalatigheid van de in gebreke blijvende partij.
- De tweede situatie heeft dan weer betrekking op het externe karakter van de verhindering. Hiermee wordt bedoeld dat de verhindering niet mag ontstaan zijn door toedoen van de activiteit van de in gebreke blijvende partij en het aldus buiten zijn macht lag²²⁶. Schoolvoorbeeld hiervan is de schade die defecte goederen met zich meebrengen voor de koper. Hoewel zaak per zaak moet bekeken worden wat binnen de macht van de partij ligt, vallen alle factoren die betrekking hebben op het productieproces²²⁷ of de werknemers²²⁸ binnen zijn macht.

ii) *De redelijkerwijze onvoorzienbaarheid van de hinderpaal:*

124. De voorwaarde dat de hinderpaal redelijkerwijze onvoorzienbaar moet zijn, berust op het idee dat, indien de verhindering voorzienbaar was ten tijde van het sluiten van de overeenkomst de betrokken partij zich ertegen had beschermd²²⁹. Men moet er zich voor hoeden de voorwaarde van de onvoorzienbaarheid te strikt te interpreteren, temeer omdat de tekst van artikel 79-1 CISG zelf spreekt over *een redelijkerwijze voorzienbaarheid*. Om te weten wat een partij *redelijkerwijze* kan voorzien, doet TALLON een beroep op het begrip van de *“bonus pater familias”*. Hij definieert een goede huisvader als een persoon die *“zich ergens halverwege tussen een verstokte pessimist (die alle onheil voorziet) en een resolute optimist (die op geen enkel incident anticipeert) bevindt”*²³⁰. FORTIER verduidelijkt dit door te stellen dat, om te weten wat *redelijkerwijze* voorzien kan worden, moet gekeken worden naar *“een persoon met dezelfde kwaliteiten in dezelfde situatie”* (de zogenaamde

²²⁴ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 102.

²²⁵ D. TALLON “Exemptions” in C.M. BIANCA, M. BONELL, *Commentary on the international sales law. The 1980 Vienna sales convention*, Milaan, Guiffre, 1987, 579.

²²⁶ V. HEUZÉ, *La vente internationale des marchandises. Droit uniforme*, Parijs, GLN Joly Editions, 1992, 344.

²²⁷ F. ENDERLEIN, D. MAKOW, *International Sales Law, United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods*, Dobby Ferry, Oceana Publications, 1992, 320.

²²⁸ N. LINDSTRÖM, “Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods”, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2006, <http://cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lindstrom.html>, 8.

²²⁹ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 101.

²³⁰ D. TALLON “Exemptions” in C.M. BIANCA, M. BONELL, *Commentary on the international sales law. The 1980 Vienna sales convention*, Milaan, Guiffre, 1987, 580-581.

“reasonable person”)²³¹. De vraag of partijen in staat zijn terugkerende gebeurtenissen, zoals griep epidemieën en regenperiodes, te voorzien, zal steeds in concreto moeten worden beoordeeld²³².

iii) *Redelijke onmogelijkheid om de verhindering te vermijden of te boven te komen*

125. Zelfs als aan alle bovenstaande voorwaarden is voldaan, zal er geen vrijstelling onder artikel 79 CISG worden toegestaan als er een redelijke mogelijkheid was dat de in gebreke blijvende partij de verhindering of haar gevolgen kon vermijden (“avoid”) of te boven komen (“overcome”). TALLON geeft een goede beschrijving van wat onder “avoid” (a) en “overcome” (b) moet worden verstaan²³³:

a) “To avoid (vermijden) betekent alle noodzakelijke maatregelen nemen om de verhindering te voorkomen.”

b) “To overcome (te boven komen) betekent alle noodzakelijke maatregelen nemen om de gevolgen van de verhindering uit te sluiten.”

126. Ook hier wordt als criterium verwezen naar de “reasonable person”, dus hoe een persoon met dezelfde kennis en dezelfde expertise in een zelfde situatie zou gehandeld hebben²³⁴. Het is echter niet steeds duidelijk wat men van een redelijk persoon mag verwachten in termen van wat hij te boven moet komen. Zo kunnen de goederen van een gezonken schip wellicht teruggevonden worden, maar dit zal tegen een grote kost zijn. Is de verkoper gehouden om de goederen terug te halen of is de kost zo groot dat het economisch onmogelijk is dit te doen? Deze problemen doen natuurlijk de vraag rijzen naar het verschil tussen *overmacht* en “hardship” en of dit laatste onder artikel 79 CISG valt. Dit zal besproken worden in de volgende titel.

c. Tekortkoming van de nakoming door een derde persoon

127. Opdat de in gebreke blijvende partij bevrijd zou zijn van haar aansprakelijkheid, die ontstaan is door een tekortkoming van een derde, moet aan de restrictieve voorwaarden van artikel 79-2 CISG worden voldaan. Deze derde moet allereerst belast zijn met de gehele of gedeeltelijke uitvoering van de overeenkomst. Dit impliceert dat er naast de hoofdovereenkomst ook nog een bijkomende aannemingsovereenkomst bestaat en dat er tussen beide overeenkomsten een organieke relatie

²³¹ V. FORTIER, “Le contrat du commerce international à l’aune du raisonnable”, *J.D.I.*, 1996, 320.

²³² N. LINDSTRÖM, “Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods”, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2006, <http://cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lindstrom.html>, 8.

²³³ D. TALLON “Exemptions” in C.M. BIANCA, M. BONELL, *Commentary on the international sales law. The 1980 Vienna sales convention*, Milaan, Guiffre, 1987, 581.

²³⁴ N. LINDSTRÖM, “Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods”, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2006, <http://cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lindstrom.html>, 9.

moet bestaan²³⁵. De verzuimende partij moet deze derde belast hebben met de gehele of gedeeltelijke uitvoering van de hoofdovereenkomst en die derde moet daarvan ook op de hoogte zijn geweest. Bovendien mag de taak die de derde partij uitvoert enkel betrekking hebben op de uitvoering van een specifiek contract²³⁶. Zo zal een algemene leverancier van goederen of grondstoffen volgens artikel 79-2 CISG geen derde partij zijn, vermits zijn taak bestaat uit het verstrekken van goederen aan een groot aantal cliënten en voor een groot aantal doelen²³⁷.

128. De partij die de vrijstelling vraagt, zal moeten bewijzen dat niet alleen zichzelf, maar ook de derde partij die zij in onderaanneming heeft, voldoet aan de voorwaarden van artikel 79-1 CISG²³⁸. Dit zal erop neerkomen dat de vragende partij zal moeten bewijzen dat zij een competente en bekwame aannemer heeft aangesteld²³⁹. In de praktijk zal de tekortkoming van een derde partij zelden leiden tot bevrijding van de aansprakelijkheid voor de vragende partij²⁴⁰, maar niets belet deze laatste om zelf stappen te ondernemen tegen deze derde.

d. De verplichting de tegenpartij in kennis te stellen

129. Artikel 79-4 CISG legt aan de tekortkomende partij de verplichting op om de tegenpartij in kennis te stellen. De tekst van alinea 4 preciseert niet wat de inhoud van deze in kennisstelling is. Het ligt echter voor de hand dat de tegenpartij in kennis moet gesteld worden van de verhindering en de mogelijke gevolgen hiervan²⁴¹. Dit impliceert dat deze moet weten of de tekortkoming in de nakoming geheel, gedeeltelijk, tijdelijk of definitief is²⁴². Op die manier kan men alle nodige maatregelen nemen om de gevolgen van de verhindering te boven te komen²⁴³. Bovendien moet de kennisgeving door de tegenpartij ontvangen worden binnen een redelijke termijn²⁴⁴. Het risico van de versturing wordt daardoor bij de in gebreke blijvende partij gelegd. Als de kennisgeving niet binnen een dergelijke redelijke termijn wordt ontvangen, zal de op artikel 79 CISG beroep doende partij aansprakelijk zijn voor de schade die voortvloeit uit het niet tijdig ontvangen van de

²³⁵ D. TALLON "Exemptions" in C.M. BIANCA, M. BONELL, *Commentary on the international sales law. The 1980 Vienna sales convention*, Milaan, Guiffre, 1987, 584.

²³⁶ J. RIMKE, Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to CISG and UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts, *Pace Review of the Convention for the International Sale of Goods*, Kluwer (1999-2000), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>, 216.

²³⁷ D. FLAMBOURAS, "The doctrine of Impossibility of Performance and clausula rebus sic stantibus in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis", *13 Pace International Law Review*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flambouras1.html>, 273.

²³⁸ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 103.

²³⁹ Anders zal de verhindering noch onvoorzienbaar, noch buiten zijn macht liggen.

²⁴⁰ D. TALLON, "Exemptions" in C.M. BIANCA, M. BONELL, *Commentary on the international sales law. The 1980 Vienna sales convention*, Milaan, Guiffre, 1987, 585.

²⁴¹ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 108.

²⁴² D. TALLON, "Exemptions" in C.M. BIANCA, M. BONELL, *Commentary on the international sales law. The 1980 Vienna sales convention*, Milaan, Guiffre, 1987, 587.

²⁴³ V. HEUZÉ, *La vente internationale des marchandises. Droit uniforme*, Parijs, GLN Joly Editions, 1992, 349.

²⁴⁴ Artikel 79-4 CISG.

kennisgeving. Het zal hierbij niet gaan om de schade die voortvloeit uit de niet uitvoering van de overeenkomst, maar enkel om deze die ontstaan is door de laattijdig notificatie²⁴⁵.

2. Dekt artikel 79 CISG de gevallen van “hardship”?

130. Nergens in het CISG is een specifieke bepaling opgenomen die het probleem van de hardship behandelt²⁴⁶. Er is dan ook uitgebreid gediscussieerd over de vraag of artikel 79 CISG en meer bepaald of het woord “*impediment*” (hinderpaal) uit artikel 79(1) CISG ook slaat op de gevallen waar de uitvoering van de overeenkomst excessief verzaamd is²⁴⁷. De heersende visie is echter dat artikel 79 CISG niet enkel slaat op gevallen van *fysieke* of *feitelijke* onmogelijkheid (*i.e.* overmacht) maar ook op gevallen waar het voor de schuldenaar moeilijker wordt om te presteren²⁴⁸.

130. Deze visie lijkt op het eerste zicht moeilijk verenigbaar met de intenties van de UNCITRAL werkgroep om het toepassingsveld van artikel 79 CISG (in vergelijking met haar voorganger²⁴⁹) te verkleinen²⁵⁰ door de in artikel 74 (1) ULIS gebruikte terminologie “*changed circumstances*” (gewijzigde omstandigheden) te vervangen door het meer objectieve begrip “*impediment*” (hinderpaal)²⁵¹. Dit moet de partijen de mogelijkheid ontnemen om te ontsnappen aan hun contractuele verbintenissen in geval van economische moeilijkheden. Bovendien werd op een diplomatieke conventie in Wenen een Noors voorstel²⁵² om artikel 79 (3) CISG uit te breiden

²⁴⁵ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 108.

²⁴⁶ F. ENDERLEIN, D. MASKOW, *International sales law : United Nations convention on contracts for the international sale of goods convention on the limitation period in the international sale of goods*, New York, Oceana Publications, 1992, 324.

²⁴⁷ J. RIMKE, “Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Den Haag, 1999 – 2000, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>, 218

²⁴⁸ C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, New York, Kluwer Law International, 2009, 213; U. DRAETTA, “Les clauses de Force Majeure et de Hardship”, *RDAL*, 2002, 349; F. ENDERLEIN, D. MASKOW, *International sales law : United Nations convention on contracts for the international sale of goods convention on the limitation period in the international sale of goods*, New York, Oceana Publications, 1992, 324; H. JONES, J. SCHLECHTRIEM, *Breach of Contract*, Tübingen, Mohr, 1999, 136; N. LINDSTRÖM, “Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods”, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2006, http://www.njcl.utu.fi/1_2006/commentary1.pdf, 11 ev.; J. M. PERILLO, “Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Tul. J. Int’l & Comp. L.*, 1997, 9; J. RIMKE, “Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Den Haag, 1999 – 2000, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>, 226; P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, New York, Oxford University Press, 2005, 824; Contra O. LANDO, H. BEALE, *Principles of European Contract Law*, Den Haag, Kluwer Law International, 2000, 328; V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises : droit uniforme*, Paris, GLN, 1992, 425; AUDIT, B., *La vente internationale de marchandises : Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, Parijs, L.G.D.J., 1990, 174.

²⁴⁹ *i.e.* artikel 74(1) ULIS.

²⁵⁰ P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, New York, Oxford University Press, 2005, 823.

²⁵¹ J. RIMKE, “Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Den Haag, 1999 – 2000, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>, 422.

²⁵² Dit voorstel luidde : “*When the impediment is temporary, the exemption provided by this article has effect for the period during which the impediment exists. Nevertheless, the party who fails to perform is permanently exempted to the extent that, after the impediment is removed, the circumstances are so radically changed that it would be manifestly unreasonable*

afgewezen. Dit voorstel zou het mogelijk hebben gemaakt dat een schuldenaar werd vrijgesteld van aansprakelijkheid in het geval een langdurige verhindering ophield te bestaan maar de onderliggende omstandigheden ondertussen drastisch waren gewijzigd²⁵³. De vrees bestond dat op die manier de Frans/Belgische imprevisietheorie in de conventie werd ingevoerd. Deze wetsgeschiedenis wordt door sommige auteurs²⁵⁴ aangehaald als argument dat artikel 79 CISG niet van toepassing is op *hardship*. De meerderheid van de auteurs is het hier niet mee eens. HONNOLD²⁵⁵, hierbij bijgetreden door SCHLECHTRIEM²⁵⁶ oordeelt bijvoorbeeld dat de tekst van artikel 79 (1) weldegelijk toelaat gewijzigde economische omstandigheden als verhindering te aanzien. Natuurlijk zal, net als in de nationale rechtsstelsels, niet elke economische moeilijkheid een “*impediment*” (hinderpaal) zijn. Dit zal slechts zo zijn in exceptionele omstandigheden en onder strikte voorwaarden²⁵⁷.

131. Deze discussie is niet geheel theoretisch. Indien artikel 79 (1) CISG de gevallen van *hardship* niet regelt en er dus sprake is van en hiaat, zal men zich in dergelijke gevallen moeten wenden tot het nationale recht. Dit is duidelijk niet de bedoeling van het CISG, dat de intentie heeft om op exhaustieve wijze de grenzen te regelen van de gehoudenheid van een schuldenaar om een bepaalde prestatie te leveren²⁵⁸. Bovendien zou dit de uniforme toepassing van artikel 79 CISG in het gedrang brengen. Vandaar dat de rechtsleer dan ook unaniem de mening is toegedaan dat, indien er al een hiaat zou bestaan, dit moet opgelost worden via de interne mechanismen waarin het CISG voorziet en die een uniforme toepassing moeten waarborgen²⁵⁹. Met name moet beroep gedaan worden op

to hold him liable”, P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, New York, Oxford University Press, 2005, 823.

²⁵³ Normaal is het zo dat de partijen verplicht zijn te presteren op het ogenblik dat de verhindering ophoudt te bestaan. De Noren waren echter van mening dat het onredelijk was om de uitvoering te vragen indien de omstandigheden waaronder de overeenkomst was gesloten drastisch gewijzigd waren.

²⁵⁴ V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises : droit uniforme*, Paris, GLN, 1992, 425; AUDIT, B., *La vente internationale de marchandises : Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, Parijs, L.G.D.J., 1990, 174.

²⁵⁵ HONNOLD, J., *Uniform law for international sales under the 1980 United Nations convention*, Den Haag, Kluwer Law International, 1999, paragraaf 432.2

²⁵⁶ SCHLECHTRIEM stelt hierover: “In the end, the general view was probably that both physical and economic impossibility could exempt an obligor. It cannot be concluded, therefore, on the basis of the change in terminology from ‘circumstances’ in ULIS Article 74 (1) to ‘impediments’ that an impediment in the sense of Article 79 (1) of the convention is only an occurrence that absolutely bars performance but – under very narrow conditions – impediment also includes “unaffordability (hardship).”, P. SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Wenen, Manz, 1986, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html#a77>, 102.

²⁵⁷ Dit wordt soms ook wel de “*limit of sacrifice*” genoemd: partijen zullen slechts vrijgesteld worden indien ze alle maatregelen hebben genomen die redelijkerwijze van hen konden verwacht worden om de verhindering te boven te komen, G. JONES, P. SCHLECHTRIEM, *Breach of Contract*, Tübingen, Mohr, 1999, p 136; N. LINDSTRÖM, “Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods”, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2006, <http://cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lindstrom.html>, 10.

²⁵⁸ C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, New York, Kluwer Law International, 2009, 218; H. STOLL, G. GRUBER, “Common Obligations of Seller and Buyer”, in P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, New York, Oxford University Press, 2005, 824.

²⁵⁹ C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, New York, Kluwer Law International, 2009, 218; H. STOLL, G. GRUBER, “Common Obligations of Seller and Buyer”, in P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, New York, Oxford University Press, 2005, 825.

de artikelen 7(1) CISG²⁶⁰ en 7(2) CISG²⁶¹. In de praktijk zou dit betekenen dat men in het geval van artikel 7(2) zijn toevlucht neemt tot de algemene beginselen waarop het verdrag rust. Sommige rechtsgeleerden menen dat de UNIDROIT Principles een uitdrukking is van één van die algemene beginselen²⁶². Dit zou voor gevolg hebben dat de rechter dezelfde flexibele mogelijkheden zal hebben om de overeenkomst aan te passen of te beëindigen als bepaald in artikel 6.2.3 (4) UPICC. Artikel 7(1) CISG lijkt hiertoe minder geschikt omdat het niet volledig duidelijk is of het principe van de goede trouw wel zal toelaten de overeenkomst aan te passen. Bovendien lijkt het niet wenselijk het principe van de goede trouw te gebruiken in gevallen waar het CISG zelf duidelijk de gevolgen regelt via artikel 79 (5)²⁶³. Tenslotte zou voor de gevolgen van de toepassing van het principe van de goede trouw wellicht moeten gekeken worden naar de nationale rechtsstelsels. Dit zal opnieuw de beoogde harmonisering in het gedrang brengen.

132. Ook de schaarse gepubliceerde rechtspraak van het CISG lijkt niet uit te sluiten dat de schuldenaar bevrijd kan worden op basis van de gewijzigde omstandigheden²⁶⁴. Ze lijkt bijgevolg onder de term “*impediment*” uit artikel 79 (1) ook de gevallen van *hardship* te verstaan. Jammer genoeg zijn de consequenties hiervan niet duidelijk. In elk van de gepubliceerde zaken was immers niet aan de strenge voorwaarden van artikel 79 (1) CISG voldaan²⁶⁵. Het blijft dan ook gissen naar de vraag of de rechtbanken effectief zouden besluiten tot een mogelijkheid tot aanpassing van de overeenkomst in het geval er wel zou voldaan zijn aan de voorwaarden van artikel 79 (1) CISG.

133. Indien men de redenering volgt dat op basis van artikel 7 (2) CISG de gevolgen van de UNIDROIT Principles van toepassing zijn op gevallen van *hardship*, dan worden de gevolgen bepaald door artikel 6.2.3. (4) UPICC. De gevolgen van artikel 79 (5) CISG (met name schorsing en ontbinding) worden in dat geval als het ware buiten werking gesteld. Ik ga hier dan ook niet verder op in.

²⁶⁰ Artikel 7(1) CISG, “Bij de uitleg van de Verdrag dient rekening te worden gehouden met het internationale karakter ervan en met de noodzaak eenvormigheid in de toepassing ervan en naleving van de goede trouw in de internationale handel te bevorderen”.

²⁶¹ Artikel 7(2) CISG, “Vragen betreffende de door dit Verdrag geregelde onderwerpen, die hierin niet uitdrukkelijk zijn beslist worden opgelost aan de hand van de algemene beginselen waarop dit Verdrag berust, of bij ontstentenis van zodanige beginselen, in overeenstemming met het krachtens de regels van internationaal privaatrecht toepasselijke recht.

²⁶² N. LINDSTRÖM, “Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods”, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2006, http://www.njcl.utu.fi/1_2006/commentary1.pdf, 20 e.v.

²⁶³ J. RIMKE, “Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Den Haag, 1999 – 2000, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>, 424.

²⁶⁴ P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, New York, Oxford University Press, 2005, 823.

²⁶⁵ Zie ook C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, New York, Kluwer Law International, 2009, 219 – 220.

4. Besluit

134. Er is reeds veel inkt gevloeid over de vraag of artikel 79 CISG gevallen van *hardship* dekt. Sommige auteurs nemen aan van wel terwijl anderen aannemen dat er hieromtrent een hiaat is en de oplossing dus moet gezocht worden via artikel 7(1) CISG of 7(2) CISG. Deze laatste visie laat misschien ruimte voor de toepassing van de UPICC. Het blijft echter gissen. Het is dan ook wachten tot de rechtspraak hieromtrent een punt inneemt.

HOOFDSTUK 2: DE CONTRACTUELE PRAKTIJK

Titel 1: DE LEX MERCATORIA

135. In deze titel wordt dieper ingegaan op hoe met *hardship* wordt omgegaan in de *lex mercatoria*. Het is hierbij niet de bedoeling in te gaan op het debat over het al dan niet bestaan van deze *lex mercatoria*, noch over haar eventuele draagwijdte²⁶⁶. Ik zal er dus van uitgaan dat er zoiets bestaat als “het recht van de handelaar” en dat deze *lex* bepaalde regels van substantieel recht bevat die als doel hebben internationale handelsovereenkomsten te regelen²⁶⁷.

136. In wat volgt zal ik in eerste instantie bespreken waarom er nood is aan transnationale, voorspelbare *soft law* regels. Vervolgens worden de UNIDROIT Principles nader bekeken om te eindigen met de Principles of European Contract Law en hoe daar met de *hardship* wordt omgegaan. De UNIDROIT Principles spelen hierbij een steeds belangrijkere rol²⁶⁸.

§1. De nood aan transnationale en voorspelbare regels in internationale handelsovereenkomsten :

1. Transnationale vs. nationale regelen

137. Het is lang een twistpunt geweest of en in welke mate een partij in een internationale handelsovereenkomst in het geval van *hardship* kon vrijgesteld worden wegens het niet uitvoeren van zijn prestaties. Het is inderdaad zo dat in dergelijke internationale overeenkomsten de kans dat zich een onvoorziene omstandigheid voordoet veel groter is dan bij zuivere interne overeenkomsten. Grensoverschrijdende overeenkomsten zijn immers onderworpen aan additionele risico's en ook het wettelijke kader voor dergelijke transacties is vaak minder goed geregeld²⁶⁹.

138. Intussen is er veel veranderd en hebben flexibele *soft law* codificaties zich met het leerstuk van de gewijzigde omstandigheden bezig gehouden. Vooral de UNIDROIT Principles (UPICC) in 1994 en de Principles of European Contract Law (PECL) in 1995 hebben ons een beter inzicht gegeven in deze

²⁶⁶ Voor studies omtrent dit onderwerp zie C. SCHMITTHOFF, “The Law of International Trade, its growth, formulation and operation”, *The sources of the law of international trade*, Londen, Stevens & Sons, 1964, 3-38; L. J. MUSTILL, “The new lex mercatoria: the First twenty-five years”, *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford, Clarendon Press, 1987, 149 – 183; P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, J. SAVAGE, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Den Haag, Kluwer Law International 1999, 45 – 63; Y. FORTIER, “The new, new lex mercatoria, or back to the future”, *Arb. Int.*, 2001, 121; C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles – Exemption for non-performance in international arbitration*, New York, Kluwer Law International, 2009, 9 – 23.

²⁶⁷ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 197.

²⁶⁸ K. BERGER, “International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Am. J. Comp. L.*, 1998, 130.

²⁶⁹ C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles – Exemptions for non performance in International Arbitration*, New York, Kluwer Law International, 2009, 1.

problematiek. Hoewel van deze Principles geen normatieve kracht uitgaat, bewijzen ze in de praktijk hun belang. Samen met de “*black letter rules*” (zoals het CISG) zijn zij het middel bij uitstek om internationale handelsovereenkomsten te regelen. Dergelijke instrumenten vertonen immers een flexibiliteit die toelaat in te spelen op de noden van de immer wijzigende internationale praktijk²⁷⁰.

139. Het opnemen van de term *hardship* in zowel de UPICC als de PECL komt tegemoet aan het bewustzijn dat deze problematiek kent in de internationale handel. Het was dan ook de intentie van de opstellers van deze *Principles* om deze term los te koppelen van de nationale rechtssystemen²⁷¹. De reden ligt voor de hand. Internationale handelstransacties hebben per definitie aanknopingspunten met verschillende rechtssystemen. De keuze voor één van deze systemen kan echter moeilijkheden met zich meebrengen daar deze rechtssystemen vaak niet aangepast zijn aan de noden van de internationale handel²⁷². Te denken valt hierbij aan het Belgische recht dat geen regime heeft voor het leerstuk van de gewijzigde omstandigheden²⁷³. Door gebruik te maken van de neutrale en werkbare term van *hardship* in de Principles wordt een oplossing aangereikt die voor alle partijen aanvaardbaar is²⁷⁴.

2. De nood aan voorspelbare regels

140. Het hoeft geen betoog dat de internationale handel nood heeft aan een zekere vorm van voorspelbaarheid van het recht. Het is bovendien algemeen aanvaard dat het bestaan van verschillende nationale regels een complexiteit toevoegt aan internationale transacties en daardoor de voorzienbaarheid en de zekerheid van het recht ondermijnt²⁷⁵. Hieraan kunnen de uniforme *soft law Principles* iets verhelpen voor zover ze voorspelbaar, voldoende gedetailleerd en makkelijk toegankelijk zijn²⁷⁶. Dit verklaart wellicht grotendeels het succes van de UPICC²⁷⁷.

141. Hoewel de artikelen omtrent *hardship* in de UPICC en PECL (alook het CISG) in belangrijke mate hebben bijgedragen tot de voorspelbaarheid van deze concepten, gebruiken ze nog steeds een aantal ongedefinieerde begrippen. Zo is er volgens UNIDROIT sprake van *hardship* als er zich gebeurtenissen voordoen die het evenwicht tussen partijen fundamenteel verstoren²⁷⁸. Nergens

²⁷⁰ M. J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law*, Ardsley, Transnational Publisher, 2005, 14 e.v.

²⁷¹ X, UNIDROIT Principles of international commercial contracts, Rome, Unidroit, 2004, 183.

²⁷² C. BRUNNER, Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles – Exemptions for non performance in International Arbitration, New York, Kluwer Law International, 2009, 4.

²⁷³ *Supra* 8, nr. 16.

²⁷⁴ W. L. CRAIG, W. W. PARK, J. PAULSSON, *International Chamber of Commerce arbitration*, Dobbs Ferry (NY), Oceana Publications, 2000, 625.

²⁷⁵ H. VAN HOUTTE, P. WAUTELET, “International Lawyers and Uniform Law”, in J. DROLHAMMER, M. PFEIFER, *The Internationalization of the Practice of Law*, Den Haag/Londen/Boston, Kluwer Law International, 2001, 90.

²⁷⁶ C. BRUNNER, Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles – Exemptions for non performance in International Arbitration, New York, Kluwer Law International, 2009, 6.

²⁷⁷ L. Y. FORTIER, “The New, New Lex Mercatoria, or Back to the Future” *Arb Int.*, 2001, 125.

²⁷⁸ Art. 6.2.2. UPICC (“... where the occurrence of events fundamental alters the equilibrium of the contract”)

wordt er echter gedefinieerd wat nu juist die gebeurtenissen zijn die het evenwicht verstoren, noch is vermeld wat nu juist een fundamentele verstoring is. Dergelijke open normen moeten rechtbanken toelaten om deze toe te passen op individuele gevallen. Dit houdt een discretionaire bevoegdheid van de rechters in. Ze moeten dan ook geval per geval bestuderen en oordelen of aan de (ongedefinieerde) voorwaarden is voldaan²⁷⁹.

§2. De UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts

142. De 1994 UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts betekenden een grote stap voorwaarts in de private eenmaking van het contractenrecht. Deze Principles zijn opgesteld door een werkgroep van gerenommeerde rechtsgeleerden²⁸⁰, die geen verantwoording hoefden af te leggen aan hun respectievelijke overheden en zich aldus konden toeleggen op de specifieke noden van de internationale handel²⁸¹. Uiteindelijk kwam er in 2004 een nieuwe editie van de Principles die voornamelijk een uitbreiding van de 1994 Principles tot doel had²⁸². Ondertussen wordt er reeds gewerkt aan de UNIDROIT Principles 2010 die verdere vernieuwingen en aanpassingen met zich moet meebrengen²⁸³.

1. Algemeen

143. In de Preamble van de UPICC staat dat de Principles algemene regels meegeven voor “internationale commerciële overeenkomsten”²⁸⁴. De UNIDROIT Principles worden in hun gebruik dus gelimiteerd tot commerciële overeenkomsten. De term “commercieel” heeft echter niet tot doel het traditionele onderscheid tussen burgerlijke en commerciële overeenkomsten²⁸⁵, dat in sommige rechtssystemen wordt gemaakt, over te nemen. Beide categorieën vallen immers binnen het UNIDROIT toepassingsgebied²⁸⁶. Wel is het de bedoeling om consumentenovereenkomsten uit het toepassingsgebied te sluiten²⁸⁷. Verder is ook vereist dat het om een internationale overeenkomst gaat. Wat moet verstaan worden onder “internationaal” is niet volledig duidelijk²⁸⁸. De officiële commentaren geven zelf geen definitie maar stellen enkel dat dit in een zo breed mogelijke context

²⁷⁹ K. ZWIGERT, H. KÖTZ, *Introduction to comparative law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 381.

²⁸⁰ O.a. M. J. BONELL (Professor aan de Universiteit Rome I, “La Sapienza”), E. A. FARNSWORTH (Professor aan de Colombia University of New York), M. FONTAINE (Professor aan de Katholieke Universiteit Leuven), O. LANDO (Institute of European Market Law, Copenhagen), D. MASKOW (vroegere directeur van het instituut voor buitenlands recht en rechtvergelijking in de DDR), D. TALLON (Universiteit Paris II).

²⁸¹ A.G. DOUDKO, “Hardship in Contract; The approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia”, *Rev. Dr. Unif.*, 2000, 484.

²⁸² M. J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law*, Ardsley (NY), Transnational Publisher, 2005, 41.

²⁸³ M. J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law*, Ardsley (NY), Transnational Publisher, 2005, 363.

²⁸⁴ Preamble, paragraaf 1.

²⁸⁵ Zoals bijvoorbeeld in België en Frankrijk: contracten waarin daden van koophandel worden gesteld.

²⁸⁶ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 233.

²⁸⁷ M. J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law*, Ardsley (NY), Transnational Publisher, 2005, 74.

²⁸⁸ F. FERRARI, “Defining the Sphere of Application of the 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Tul. L. Rev.*, 1995, 1236.

moet gezien worden om op zoveel mogelijk overeenkomsten van toepassing te zijn²⁸⁹. Zo is het zelfs mogelijk om de Principles toepasbaar te maken op overeenkomsten zonder grensoverschrijdend aspect²⁹⁰. Dit natuurlijk op voorwaarde dat de partijen expliciet gekozen hebben voor de toepassing van de UPICC en onder voorbehoud van de toepassing van dwingende nationale rechtsnormen²⁹¹.

2. Hardship

144. De UNIDROIT Principles wijden, in tegenstelling tot het CISG, heel wat aandacht aan het probleem van de veranderende omstandigheden. De specifieke artikelen inzake *hardship*²⁹² zijn terug te vinden in hoofdstuk 6, sectie 2 en introduceren een flexibele aanpak van het leerstuk van de gewijzigde omstandigheden²⁹³.

145. Artikel 6.2.1. UPICC bevestigt het algemene principe van de *pacta sunt servanda* en stelt²⁹⁴:

“Wanneer de uitvoering van de overeenkomst voor één van de partijen veel zwaarder wordt, dan zal deze partij toch gebonden zijn om zijn verplichtingen na te komen behoudens onder de volgende bepalingen inzake hardship.” (vrije vertaling)

146. Dit artikel onderlijnt dat de overeenkomst zolang mogelijk moet worden gerespecteerd. Het contract moet uitgevoerd worden ongeacht de last die het voor een partij kan meebrengen. Dit betekent dat zelfs indien een partij onverwachte verliezen te verwerken krijgt (in plaats van de verwachte winst) of de uitvoering van de overeenkomst voor die partij zinloos wordt hij, zijn overeenkomst toch moet respecteren²⁹⁵. Deze bindende kracht is echter niet absoluut en in gevallen van *hardship* kan er aldus van afgeweken worden²⁹⁶.

²⁸⁹ Preamble, Official Comment n. 1.

²⁹⁰ De zogenaamde “interne overeenkomsten”

²⁹¹ Official Comment, n. 3.

²⁹² De opstellers hebben voor deze omschrijving gekozen omwille van de ruime toepassing van deze term in het internationale commerciële recht.

²⁹³ A.G. DOUDKO, “Hardship in Contract; The approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia”, *Rev. Dr. Unif.*, 2000, 485.

²⁹⁴ Article 6.2.1. (Contracts to be observed) (“Where performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provision on hardship.”)

²⁹⁵ Official Comment n. 1 van artikel 6.2.1. UPICC.

²⁹⁶ Official Comment n. 2 van artikel 6.2.1. UPICC.

a. Toepassingsvoorwaarden

147. De voorwaarden voor de toepassing zijn terug te vinden in artikel 6.2.2. UPICC²⁹⁷:

“Er is sprake van hardship wanneer zich een gebeurtenis voordoet die het evenwicht van het contract fundamenteel verandert hetzij doordat de kost van een prestatie is gestegen of doordat de waarde die een partij voor een prestatie ontvangt, verminderd is en,

- (a) De gebeurtenissen zich voordoen of bekend worden aan de benadeelde partij na het sluiten van de overeenkomst;*
- (b) De benadeelde partij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst redelijkerwijze geen rekening kon houden met de gebeurtenissen;*
- (c) De gebeurtenissen zich buiten de controle van de benadeelde partij voordoen; en*
- (d) Het risico van de gebeurtenissen niet verondersteld was door de benadeelde partij.” (vrije vertaling)*

148. Dit artikel definieert *hardship* dus als een situatie waarin zich gebeurtenissen voordoen die het evenwicht tussen partijen fundamenteel wijzigen en op voorwaarde dat dergelijke gebeurtenissen voldoen aan de voorwaarden van punt (a) tot (d)²⁹⁸. Wat de aard van een dergelijke gebeurtenis is, wordt nergens gepreciseerd²⁹⁹. Wel mag die gebeurtenis zich volgens 6.2.2. (a) zowel voor als na het sluiten van de overeenkomst voordoen. In het eerste geval wordt de bijkomende voorwaarde gesteld dat de benadeelde partij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst geen kennis mocht hebben van dit feit. Deze bepaling kan problemen geven in het Belgische (en wellicht ook het Franse) recht. Voor verstorende gebeurtenissen die zich voordoen voor het sluiten van de overeenkomst zal bij ons immers vaak de rechtsfiguur van de dwaling worden aangewend. Deze rechtsfiguur is echter van dwingend recht. Zoals reeds aangegeven kunnen partijen op interne overeenkomsten de UNIDROIT Principles van toepassing verklaren, mits deze niet ingaan tegen het dwingend nationaal recht. Het zal dus aan de rechter toekomen om dergelijke gebeurtenis te kwalificeren. Indien hij tot het besluit

²⁹⁷ Article 6.2.2. (Definition of Hardship)

“There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of the party’s performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished and

- (a) The events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;*
- (b) The events could not be reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;*
- (c) The events are beyond the control of the disadvantaged party; and*
- (d) The risk of events was not assumed by the disadvantaged party.”*

²⁹⁸ Official Comment n. 1 van artikel 6.2.2. UPICC.

²⁹⁹ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 235.

komt dat er sprake is van een dwaling, zal hij de toepassing van hoofdstuk 6, sectie 2 van de UPICC buiten beschouwing moeten laten.

149. In wat volgt wordt kort een uiteenzetting gegeven van de verschillende toepassingsvoorwaarden.

(i) *Fundamentele verandering van het evenwicht van de overeenkomst*

150. De toepassing van artikel 6.2.2. van de Principles vereist dat de verstorende gebeurtenis *fundamenteel het evenwicht tussen de prestaties van de partijen heeft verstoord*. Wat fundamenteel is, moet volgens de officiële commentaar bij artikel 6.2.2. bekeken worden aan de hand van de omstandigheden³⁰⁰. Vernieuwend is dat de UPICC *objectiveert* wat onder de verstoring van het contractueel evenwicht moet worden verstaan³⁰¹. Het onevenwicht in de prestaties kan zich aldus artikel 6.2.2. UPICC op 2 manieren manifesteren: of de kost van de uitvoering van de prestatie kan gestegen zijn, of de waarde van de tegenprestatie voor de tegenpartij kan gedaald zijn.

151. Vooreerst wijst de *Official Comment* er op dat de partij voor wie de kost stijgt, normaal de partij zal zijn die de niet-monetaire verplichting draagt³⁰². Verder verduidelijkt de officiële commentaar wat moet verstaan worden onder een stijgende kost in de uitvoering van de overeenkomst³⁰³: het moet gaan om een substantiële stijging van de kost. In de oude UNIDROIT 1994 werd een stijging van 50 % of meer van de kost of de waarde van de prestatie als een verstoring van het evenwicht beschouwd³⁰⁴. Dit moest natuurlijk niet gezien worden als absoluut referentiepunt dat toepasbaar is op alle zaken, maar veeleer als een belangrijke *de minimis* regel³⁰⁵ die de drempel voor de toepassing van de *hardshipdoctrine* verlaagde³⁰⁶. De UNIDROIT 2004 spreekt echter niet meer van een 50 % regel, maar stelt nu dat de vraag of een verandering fundamenteel is, moet worden bekeken aan de hand van de concrete omstandigheden³⁰⁷. Dit lijkt mij niet onlogisch daar de regel van 50 % niet absoluut was en uiteindelijk toch naar de concrete omstandigheden moest gekeken worden³⁰⁸.

³⁰⁰ Official Comment n. 2 bij artikel 6.2.2. (*“Whether an alteration is fundamental in a given case will of course depend upon the circumstances.”*)

³⁰¹ A. G. DOUDKO, “Hardship in Contract; The approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia”, *Rev. Dr. Unif.*, 2000, 495.

³⁰² Official Comment n. 2 (a) van artikel 6.2.2. UPICC.

³⁰³ Official Comment n. 2 (a) van artikel 6.2.2. UPICC.

³⁰⁴ J. M. PERILLO, “Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Tul. J. Int’l & Comp L.*, 1997, 126.

³⁰⁵ Indien de stijging van de kost minder dan 50% bedraagt zal deze dus niet als substantieel worden gezien.

³⁰⁶ A. G. DOUDKO, “Hardship in Contract; The approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia”, *Rev. Dr. Unif.*, 2000, 495.

³⁰⁷ J. LOOKOFSKY, “Impediments and Hardship in International Sales: A Commentary on Catherine Kessedjian's Competing Approaches to Force Majeure and Hardship”, *Int. Rev. Law Econ.*, 2005, 439.

³⁰⁸ *Contra* J. KESSEDJIAN, “Competing Approaches to Force Majeure and Hardship”, *Int. Rev. Law Econ.*, 2005, 420.

152. De officiële commentaar stelt dat situaties waar de waarde van de tegenprestaties daalt ook de gevallen omvat waar de prestatie niet langer een waarde heeft voor de tegenpartij³⁰⁹. Dergelijke gevallen doen denken aan de Common Law theorie van de *frustration of purpose*. Het lijkt er echter op dat de gevallen waar het contractuele evenwicht niet verstoord is, maar de prestatie geen nut heeft voor de tegenpartij, niet onder deze tekst vallen³¹⁰. De prestatie kan zowel monetaire als niet-monetaire verplichtingen omvatten. Bovendien moet ook hier sprake zijn van een *substantiële* waardedaling, hetgeen impliceert dat een waardedaling van meer dan 50% wellicht als fundamenteel zal aanzien worden³¹¹.

153. De *Official Comment* geeft ook voorbeelden van mogelijke oorzaken van die stijgende kosten³¹² en waardedalingen³¹³. Zo kan de stijging te wijten zijn aan een extreme prijsstijging van grondstoffen of aan de introductie van een nieuwe regulering inzake veiligheid, die beiden veel duurdere productieprocedures met zich meebrengen. De daling kan dan weer veroorzaakt zijn door een sterke inflatie of door een exportembargo.

(ii) *De onvoorzienbaarheid*

154. Artikel 6.2.2. (b) stelt als voorwaarde dat de benadeelde partij de gebeurtenis redelijkerwijze niet mocht kunnen voorzien ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. Deze voorwaarde is vanzelfsprekend. Indien de benadeelde partij een bepaalde gebeurtenis kon voorzien, dan moest hij dit contractueel oplossen. Het is echter niet evident te bepalen wat voorzienbaar is, aangezien in theorie immers alle gebeurtenissen op één of andere manier wel voorzienbaar zijn³¹⁴. Het artikel zelf spreekt van een *redelijkerwijze* voorzienbaarheid wat impliceert dat de partijen een redelijke zorg en voorzichtigheid aan de dag moeten leggen in situaties waar er een zekere mogelijkheid is dat gewijzigde omstandigheden zich voordoen³¹⁵.

155. De UPICC geeft zelf twee voorbeelden van wat als voorzienbaar moet worden beschouwd³¹⁶. Het eerste voorbeeld heeft betrekking op een contract voor de verkoop van ruwe olie die afkomstig is uit land X. In de regio heerst een acute politieke spanning maar desalniettemin wordt in de

³⁰⁹ Official Comment n. 2 (b) van artikel 6.2.2. UPICC (*"The second manifestation of hardship is characterized by a substantial decrease in the value of the performance received by one party, including cases where the performance no longer has any value at all for the receiving party."*)

³¹⁰ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 239.

³¹¹ Cf. voetnoot 267.

³¹² Official Comment n. 2 (a) van artikel 6.2.2. UPICC.

³¹³ Official Comment n. 2 (b) van artikel 6.2.2. UPICC.

³¹⁴ J. ELOFSON, "The Dilemma of Changed Circumstances in Contract Law: An Economic Analysis of the Foreseeability and Superior Risk Bearer Tests", *Colum. J. L. & Soc. Probl.*, 1996, 1

³¹⁵ A. G. DOUDKO, "Hardship in Contract: The approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia", *Rev. Dr. Unif.*, 2000, 499.

³¹⁶ Official Comment 3 (b) van artikel 6.2.2. UPICC.

overeenkomst een vaste prijs voor een periode van vijf jaar overeen gekomen. Twee jaar na het sluiten van de overeenkomst, breekt er een oorlog uit in de naburige landen met een wereldwijde stijging van de energieprijzen tot gevolg. A zal geen *hardship* kunnen inroepen daar een dergelijke stijging van de olieprijs niet onvoorzienbaar was³¹⁷. In het tweede voorbeeld is er sprake van een verkoopscontract waar de prijs uitgedrukt is in de muntsoort van land X. Deze muntsoort was op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst reeds langzaam aan het devalueren. Een maand later devalueert de munt met 80% ten gevolge van een politieke crisis. Tenzij de omstandigheden bewijs leveren van het tegendeel, zal een dergelijke devaluatie wel gezien worden als *hardship* vermits deze niet voorzienbaar was³¹⁸.

- (iii) *Gebeurtenissen moeten buiten de macht van de partijen liggen en het risico mag niet verondersteld zijn.*

156. Volgens artikel 6.2.2. (c) moeten de gebeurtenissen buiten de macht van de benadeelde partij liggen. Dit impliceert dat de partij geen fout mag hebben begaan in de uitvoering van haar overeenkomst. Bovendien moet hij ook alle beschikbare maatregelen getroffen hebben om het onevenwicht in de overeenkomst tegen te gaan. De officiële commentaren geven echter geen illustratie. Een voorbeeld van wat een fout is, kan teruggevonden worden bij PERILLO³¹⁹. Hij maakt een hypothese waarin een tussenpersoon een contract sluit voor de toekomstige levering van goederen. Hij heeft echter nog geen overeenkomst met een fabrikant om hem deze goederen te leveren. In plaats van onmiddellijk met een dergelijke fabrikant te contracteren, wacht de tussenpersoon in de veronderstelling dat de fabrikant zijn prijzen zal laten zakken (en hij zo dus meer winst kan maken). Door een plotse verandering in de markt slaat de fabrikant echter zijn prijzen op en zal de tussenpersoon een aanzienlijk verlies lijden. Hij kan hier echter de *hardship* bepaling niet inroepen, want hij kon het verlies vermeden hebben door onmiddellijk met een fabrikant te contracteren.

157. Artikel 6.2.2. (d) bepaalt dat het risico dat de gebeurtenis zich voordoet niet door de benadeelde partij mocht verondersteld zijn. De officiële commentaar maakt duidelijk dat dergelijke veronderstelling zowel expliciet kan zijn als uit de aard van de overeenkomst³²⁰ kan voortvloeien³²¹. Wanneer een overeenkomst expliciet in het risico voorziet, door bijvoorbeeld een adaptatieclausule

³¹⁷ UPICC, artikel 6.2.2., voorbeeld 2.

³¹⁸ UPICC, artikel 6.2.2., voorbeeld 3.

³¹⁹ M. PERILLO, "Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *Tul. J. Int'l & Comp L.*, 1997, 128.

³²⁰ *i.e.* impliciet.

³²¹ Official Comment n. 3 (d) van artikel 6.2.2. UPICC

op te nemen³²², dan kan de benadeelde partij de *hardship* niet inroepen. Maar het loutere feit dat de overeenkomst voorziet in een vaste prijs mag, in tegenstelling tot het Amerikaanse recht³²³, niet aanzien worden als het voorzien hebben van dat risico³²⁴. Door de aard van de overeenkomst kan ook impliciet voorzien worden in het risico. Zo zal een partij die in een kanscontract stapt de *hardship* niet kunnen inroepen wanneer het risico zich voordoet. Dergelijke transacties zijn immers steeds onderworpen aan een zeker risico, zelfs als het risico niet volledig duidelijk was ten tijde van het sluiten van de overeenkomst³²⁵.

b. Gevolgen

158. De oplossing die de Principles bieden in de gevallen van *hardship* zijn terug te vinden in artikel 6.2.3. en luiden als volgt³²⁶:

- (1) *"In het geval van hardship is de benadeelde partij gerechtigd om heronderhandelingen te verzoeken. Dit verzoek moet zonder vertraging worden gemaakt en ook de gronden aangeven waarop het gebaseerd is.*
- (2) *Het verzoek om te heronderhandelen geeft de benadeelde partij op zichzelf niet het recht om zelf niet meer te presteren.*
- (3) *Wanneer niet binnen een redelijke termijn tot een overeenkomst is gekomen, kan elk van beide partijen zich tot de rechter wenden.*
- (4) *Wanneer de rechter hardship oordeelt dat er sprake is van hardship, dan kan hij, indien aanvaardbaar,*
 - a. *De overeenkomst beëindigen op een te bepalen datum en onder te bepalen voorwaarden, of*
 - b. *De overeenkomst aanpassen om het evenwicht te herstellen."* (vrije vertaling)

³²² A. G. DOUDKO, "Hardship in Contract; The approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia", *Rev. Dr. Unif.*, 2000, 500.

³²³ Zie randnummer 84.

³²⁴ Dit volgt uit de aard van de hardshipdoctrine.

³²⁵ Official Comment 3 (d) van artikel 6.2.2. UPICC.

³²⁶ Article 6.2.3. (Effect of hardship):

- (1) *"In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.*
- (2) *The request for renegotiations does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.*
- (3) *Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.*
- (4) *If the court finds hardship it may, if reasonable,*
 - (a) *Terminate the contract at a date on terms to be fixed, or*
 - (b) *Adapt the contract with a view to restoring its equilibrium."*

159. De mogelijke acties die de partijen kunnen ondernemen worden opgedeeld in twee fasen. In een eerste fase kan de benadeelde partij de heronderhandelingen vragen, terwijl in een tweede fase beide partijen zich tot een rechter kunnen wenden.

(i) *De heronderhandelingen*

160. In een eerste fase moet de benadeelde partij haar tegenpartij verzoeken om te heronderhandelen teneinde de oorspronkelijke overeenkomst aan te passen aan de nieuwe situatie³²⁷. Een substantiële verandering in de omstandigheden zal dus geen automatische aanpassing of beëindiging van de overeenkomst met zich meebrengen. Wel zal een verzoek tot heronderhandelingen niet mogelijk zijn indien de overeenkomst zelf reeds voorziet in een adaptatieclausule³²⁸. Het verzoek tot heronderhandelen moet gebeuren zonder uitstel en moet de gronden weergeven waarop het gebaseerd is.

161. Dit artikel lijkt op het eerste zicht niet de gevolgen te regelen van een onvoldoende of laattijdige notificatie³²⁹. De officiële commentaar geeft immers geen sanctie en stelt dat een laattijdige of onvoldoende notificatie op zich geen verlies van het recht op verzoek tot heronderhandelen met zich meebrengt³³⁰. Wel zullen dergelijke onvolkomenheden door de andere partij (of het arbitragecollege) in overweging worden genomen wanneer deze de toepassingsvoorwaarden verifieert³³¹. Aldus zal het moeilijker worden de *hardship* en haar gevolgen te laten vaststellen³³². De redenering hierachter is wellicht, dat indien de benadeelde partij nalaat om op een correcte wijze te notificeren, de gewijzigde omstandigheden niet zo ernstig kunnen zijn, daar hij anders wel een grotere zorg aan de dag zou leggen.

162. Eens de *hardship* is vastgesteld, moeten de partijen met elkaar heronderhandelen. Hoewel dit nergens in het 6.2.3. UPICC vermeld staat, moeten deze gebeuren in overeenstemming met het beginsel van de goede trouw en is er een plicht van de partijen om samen te werken³³³. Onderhandelingen zijn immers het middel bij uitstek om het probleem van de gewijzigde omstandigheden³³⁴ op te lossen en het is dan ook normaal dat de partijen deze op een ernstige wijze voeren. Gedurende de fase van het heronderhandelen, worden de verplichtingen van de partijen niet

³²⁷ M. J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law*, Ardsley (NY), Transnational Publisher, 2005, 120.

³²⁸ Official Comment n. 1 bij artikel 6.2.3.

³²⁹ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 241.

³³⁰ Official Comment n. 2 en 3 bij artikel 6.2.3.

³³¹ Official Comment n. 2 en 3 bij artikel 6.2.3.

³³² M. J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law*, Ardsley (NY), Transnational Publisher, 2005, 118.

³³³ Official Comment n. 5 bij artikel 6.2.3. UPICC.

³³⁴ A. G. DOUDKO, "Hardship in Contract; The approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia", *Rev. Dr. Unif.*, 2000, 502.

opgeschort³³⁵. Artikel 6.2.3. voorziet immers uitdrukkelijk dat de prestaties moeten worden uitgevoerd, tenzij het gaat om buitengewone omstandigheden³³⁶.

163. De verplichting om te heronderhandelen legt aan de partijen enkel een inspanningsverbintenis op en brengt dus geen verplichting met zich mee om tot een overeenkomst te komen. Indien de partijen tot een akkoord komen, zal de overeenkomst worden aangepast of zal een nieuwe overeenkomst tot stand komen. Wanneer echter niet binnen een redelijke termijn een oplossing is gevonden, staat de weg voor beide partijen open naar arbitrage (of naar de rechter)³³⁷.

(ii) *De fase voor de rechter*

164. Indien de onderhandelingen mislukken, kan elk van de partijen dus de tussenkomst van de rechter/arbiter vragen³³⁸. Artikel 6.2.3. (4) verschaft de rechter twee mogelijke oplossingen³³⁹: De rechter kan enerzijds een einde maken aan de overeenkomst of anderzijds de overeenkomst aanpassen en het contractuele evenwicht herstellen. Hoewel artikel 6.2.3. (4) UPICC als eerste mogelijkheid de ontbinding van de overeenkomst geeft, is het duidelijk dat de rechters/arbiters, waar mogelijk, een aanpassing van de overeenkomst zullen verkiezen³⁴⁰. De rechtbank mag het contract mag beëindigen op een datum en onder voorwaarden die nog bepaald moeten worden³⁴¹. De rechter heeft dus een zekere discretionaire bevoegdheid inzake het bepalen van het tijdstip en de voorwaarden van de beëindiging van de overeenkomst³⁴². Zoals reeds gesteld, zullen rechtbanken, waar mogelijk, meer geneigd zijn de overeenkomst aan te passen. Een aanpassing biedt de

³³⁵ J. M. PERILLO, "Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *Tul. J. Int'l & Comp L.*, 1997, 130.

³³⁶ Official Comment n. 4 bij artikel 6.2.3. UPICC.

³³⁷ Artikel 6.2.3. (3) UPICC.

³³⁸ PRADO heeft in zijn werk enkele voorbeelden waardoor de onderhandelingen kunnen mislukken: (i) het kan zijn dat de niet-benadeelde partij het bestaan van de hardship niet erkent; (ii) deze partij kan de heronderhandeling ook weigeren op een niet te rechtvaardigen manier; (iii) als één van de partijen de verplichting van de goede trouw of samenwerking schendt; (iv) als de partijen niet tot een akkoord komen, M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 243.

³³⁹ De commentaar n. 7 bij artikel 6.2.3. UPICC geeft het voorbeeld van een exporteur die voor een periode van drie jaar bier moet leveren aan een importeur in land X. Twee jaar na het sluiten van de overeenkomst wordt in land X een wet aanvaard die de verkoop en consumptie van alcoholische dranken verbiedt. De importeur roept onmiddellijk *hardship* in en vraagt heronderhandelingen. De exporteur erkent dat er zich een hardship-situatie heeft voorgedaan maar weigert de voorwaarden te aanvaarden die de importeur heeft voorgelegd. Uiteindelijk besluit de importeur naar de rechtbank te trekken. Indien de importeur de mogelijkheid had om het bier te verkopen in een buurland, maar tegen een substantieel lagere prijs, dan kan de rechtbank besluiten om de overeenkomst te laten bestaan, maar tegen een lagere prijs. Indien hij echter geen dergelijke mogelijkheid heeft dan kan het zijn dat de rechter het redelijk vindt om de overeenkomst te ontbinden maar hem toch nog te verplichten om aan de exporteur te betalen.

³⁴⁰ S. VOGENAUER, J. KLEINHEISTERKAMP, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 723.

³⁴¹ Artikel 6.2.3 (4) UPICC.

³⁴² Dit is ook zo onder het Nederlandse recht: artikel 6:258 NBW, *Supra* 23, nr.55.

rechters/arbiters immers de mogelijkheid alle factoren in overweging te nemen, inclusief de risico's die de partijen voorzien hadden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst³⁴³.

165. Oorspronkelijk onderscheidden de Principles zich op dit punt van de nationale rechtsstelsels doordat aan de rechter de mogelijkheid werd gegeven de overeenkomst aan te passen. Veel nationale wetgevers voelden er niets voor om de rechter de macht te geven zich in te laten met de wil van de partijen en de overeenkomst aan te passen³⁴⁴. De huidige situatie is althans voor de *Civil Law* landen, mede onder invloed van de UNIDROIT Principles, enigszins anders: in landen waar de doctrine van de gewijzigde omstandigheden wordt aanvaard, zal meestal ook erkend worden dat de rechter de mogelijkheid heeft de overeenkomst aan te passen³⁴⁵. De *Common Law* landen blijven echter weigerachtig staan tegenover dergelijke bevoegdheid voor de rechter³⁴⁶.

166. De beëindiging of aanpassing van de overeenkomst is immers enkel mogelijk wanneer de rechter dit redelijk vindt. De omstandigheden kunnen met zich meebrengen dat noch de aanpassing, noch de ontbinding deze redelijkheidtest doorstaan. Daarom biedt de officiële commentaar (bij artikel 6.2.3. UPICC)³⁴⁷ de rechtbanken nog twee andere mogelijkheden: de rechter kan de partijen bevelen de heronderhandelingen te hervatten of kan de bestaande overeenkomst bevestigen. Het is enigszins bevreemdend dat deze mogelijkheden niet in artikel 6.2.3. UPICC zijn opgenomen. Een mogelijke verklaring kan mijns inzien worden gevonden in het feit dat dergelijke mogelijkheden, voor zover onderzocht, in geen enkel nationaal rechtsstelsel terug te vinden zijn.

167. Het bevel tot het hervatten van de heronderhandelingen zal afhangen van de redenen waarom de heronderhandelingen in de eerste plaats gefaald hebben. Wanneer de partijen zich in een impasse bevinden, is het eerder waarschijnlijk dat de rechter/arbiter de overeenkomst zelf zal aanpassen. Indien hij echter van mening is dat de partijen mogelijk zelf tot een akkoord kunnen komen, zal hij bevelen de heronderhandelingen te hervatten³⁴⁸. Partijen zijn immers het beste geplaatst om een oplossing te vinden voor hun probleem.

³⁴³ S. VOGENAUER, J. KLEINHEISTERKAMP, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 724.

³⁴⁴ D. MASKOW, "Hardship and Force Majeure", *Am. J. Comp. L.*, 1992, 663.

³⁴⁵ Zie de besproken artikelen 6:258 NBW (*Supra* 23, nr.55) en § 313 BGB (*Supra* 27, nr. 65); ook andere civil law stelsels zoals deze van Griekenland, Portugal, Spanje, Zwitserland en de Russische Federatie erkennen de aanpassing; C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles – Exemption for non-performance in international arbitration*, New York, Kluwer Law International, 2009, 490.

³⁴⁶ De Engelse doctrine van Frustration voorziet niet in de mogelijk via de rechter om de overeenkomst aan te passen. Ook het Amerikaanse recht staat vrij weigerachtig tegenover deze mogelijkheid (*Supra* 64, nr. 95); G. TREITEL, *The Law of the Contract*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 808.

³⁴⁷ Official Comment n. 7 bij artikel 6.2.3. UPICC.

³⁴⁸ S. VOGENAUER, J. KLEINHEISTERKAMP, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 724.

168. Het bevestigen van de bestaande overeenkomst zal wellicht niet vaak voorkomen. Dergelijke mogelijkheid biedt immers geen oplossing voor de benadeelde partij. Toch is het vrij logisch dat de rechter deze mogelijkheid heeft. De rechter heeft immers de mogelijkheid het contract te beëindigen of aan te passen. Impliciet is daaraan verbonden dat de rechter ook de bestaande overeenkomst kan bevestigen³⁴⁹ (wie meer mag, mag ook minder).

3. Besluit

169. De UNIDROIT Principles hebben een innovatieve regeling uitgewerkt voor het probleem van de gewijzigde omstandigheden. Deze regeling staat los van de nationale rechtsstelsels en is aangepast aan de noden van de internationale handel. Bovendien geeft de UPICC een nauwkeurig beeld van de moderne ontwikkelingen op het vlak van het contractenrecht. Het gebruik van objectieve toepassingsvoorwaarden en de uitwerking van duidelijke rechtsgevolgen, maken dat deze *soft law* codificatie een ideale oplossing biedt voor gevallen van *hardship* in internationale duurovereenkomsten.

§3. De Principles of European Contract Law

170. De Principles of European Contract Law (PECL) is, net zoals de UPICC, het werk van een commissie van rechtsgeleerden die geen verantwoording hoeven af te leggen aan hun nationale overheden. Deze commissie werd geleid door professor Ole Lando van de Copenhagen Business School. Het ontwerp van de PECL werd ten dele gefinancierd door de Europese Unie³⁵⁰ en is een stap in de richting van een uniform Europees burgerlijk recht. Het eerste deel van de PECL werd gepubliceerd in 1995³⁵¹ en werd herzien en aangevuld door een tweede deel in 1999 en een derde deel in 2003³⁵². Daar het belang van de PECL in de praktijk gering is en het verschil met de UPICC niet zo groot is, zullen we deze uiteenzetting dan ook beperken tot het aanstippen van enkele raakvlakken en verschillen tussen deze twee *Principles*.

1. Algemeen

171. Hoewel de *European Principles* een *soft law* codificatie zijn³⁵³, kunnen partijen volgens artikel 1:101 PECL expliciet opteren om hun overeenkomst te laten beheersen door deze beginselen. De PECL kan van toepassing zijn op zowel commerciële als niet commerciële overeenkomsten³⁵⁴.

³⁴⁹ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 244.

³⁵⁰ J. KESSEDJIAN, "Competing Approaches to Force Majeure and Hardship", *Int. Rev. Law Econ.*, 2005, 422.

³⁵¹ Het eerste deel van de Franse versie kwam er in 1997

³⁵² O. LANDO, *Contract Law in EU: The Commission Action Plan and the Principles of European Contract Law*, 2003, http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature.htm#II.%20Literature%20available%20for%20download, 3.

³⁵³ Official Comment n. 1.

³⁵⁴ Dit impliceert dat deze regeling ook van toepassing kan zijn op bijvoorbeeld alimentatieovereenkomsten.

Volgens STORME vallen de consumentenovereenkomsten hier ook onder³⁵⁵. Hierin wijkt de PECL af van de UPICC dat dergelijke overeenkomsten uit haar toepassingsveld weert³⁵⁶. De PECL heeft dan ook een ruimer toepassingsgebied heeft.

2. Hardship

172. De regel inzake *hardship* is terug te vinden in artikel 6:111 PECL (ex artikel 2:117). De Europese Principles hebben in tegenstelling tot de UNIDROIT Principles niet gekozen voor de titel “*hardship*” maar voor het meer neutrale *gewijzigde omstandigheden* (“*changed circumstances*”). Het voordeel is dat een dergelijke bepaling exact haar objectief aanduidt, m.n. de overeenkomst aanpassen wanneer zich na het sluiten van de overeenkomst een gewijzigde omstandigheid heeft voorgedaan³⁵⁷.

173. Artikel 6:111 PECL stelt³⁵⁸:

(1) *“Een partij blijft verplicht tot nakoming van haar verbintenissen, ook indien deze bezwarender zijn geworden, hetzij doordat de kosten van nakoming zijn vermeerderd, hetzij doordat de waarde van de tegenprestatie die zij ontvangt, is verminderd.*

(2) *Wordt de nakoming echter buitensporig bezwaard door een wijziging van omstandigheden:*

- a. Die plaatsvond na het sluiten van de overeenkomst*
- b. Die niet van een dergelijke aard is dat er bij het sluiten van de overeenkomst redelijkerwijs rekening mee kon gehouden worden; en*
- c. Waarvoor de bezwaarde partij niet krachtens de overeenkomst het risico dient te dragen,*

Dan zijn de partijen verplicht in onderhandelingen te treden met het oog op een aanpassing of ontbinding van de overeenkomst.

(3) *Komen de partijen niet binnen een redelijke termijn tot een overeenkomst, dan kan de rechter:*

- a. De overeenkomst ontbinden op datum en onder voorwaarden die hij bepaalt; of*

³⁵⁵ M. E., STORME, “Applications possibles et caractères généraux des principes de droit uniforme des contracts”, *RDIDC*, 1995, 318.

³⁵⁶ *Supra* 55, nr. 143.

³⁵⁷ J. KESSEDJIAN, “Competing Approaches to Force Majeure and Hardship”, *Int. Rev. Law Econ.*, 2005, 422.

³⁵⁸ Vertaling door Matthias E. Storme, <http://webh01.ua.ac.be/storme/PECLnl.html>.

b. De overeenkomst wijzigen ten einde de uit de wijziging van omstandigheden voortvloeiende winst en verlies billik over de partijen te verdelen

In beide gevallen kan de rechter een vergoeding toekennen voor het verlies dat geleden wordt doordat een partij weigert te onderhandelen of de onderhandelingen in strijd met de eisen van de goede trouw afbreekt.”

174. Net als de UNIDROIT Principles³⁵⁹, benadrukt de PECL dat de partijen zelfs bij een stijging van de kosten, of bij een daling van de tegenprestatie gehouden zijn te presteren. De bindende kracht van de overeenkomst moet met andere woorden steeds worden gerespecteerd³⁶⁰.

a. Toepassingsvoorwaarden

175. Men kan vaststellen dat artikel 6:111 PECL, net als bij de UPICC³⁶¹, geen vermelding maakt van de aard van de gebeurtenissen³⁶². De PECL heeft echter enkel betrekking op gebeurtenissen die zich voordoen na het sluiten van de overeenkomst³⁶³, daar waar artikel 6.2.2. UPICC stelt dat de UNIDROIT Principles toegepast kunnen worden op gebeurtenissen die zowel voor als na het sluiten van de overeenkomst zijn ontstaan³⁶⁴. LANDO en BEALE nadrukken dit en geven aan dat de regels inzake dwaling³⁶⁵ toegepast moeten worden op omstandigheden die reeds bestonden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst³⁶⁶.

176. Een andere verschilpunt schuilt in het effect dat de verstorende gebeurtenis moet hebben op de overeenkomst. Terwijl artikel 6.2.2. (a) UPICC spreekt over *een fundamentele verandering van het evenwicht van de overeenkomst*, heeft artikel 6:111 (2) PECL het over een *excessieve verzwaring van de uitvoering van de prestaties*³⁶⁷. Het verschil in terminologie lijkt me echter niet van belang te zijn³⁶⁸, temeer omdat LANDO en BEALE zelf beide bewoordingen door elkaar gebruiken³⁶⁹.

³⁵⁹ *Supra* 56, nr. 145.

³⁶⁰ Artikel 6 :111 (1) PECL.

³⁶¹ *Supra* 57, nr. 148.

³⁶² Beiden hebben het immers over gebeurtenissen.

³⁶³ Artikel 6 :111 (2a) PECL.

³⁶⁴ *Supra* 57, nr. 148.

³⁶⁵ Artikel 4 :103 PECL en 4 :105 PECL.

³⁶⁶ O. LANDO, H. BEALE, *Principles of European Contract Law*, Den Haag, Kluwer Law International, 2000, 325.

³⁶⁷ J. KESSEDJIAN, “Competing Approaches to Force Majeure and Hardship”, *Int. Rev. Law Econ.*, 2005, 422.

³⁶⁸ Zie T. SOUTHERINGTON, “Impossibility of Performance and other excuses in international trade”, in M. MAGI, *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2002 – 2003*, Den Haag, Kluwer Law International, 2004, 300; *Contra* R. BACKHAUS. “The Limits of the Duty to Perform in the Principles of European Contract Law”, *EJCL*, 2004, <http://www.ejcl.org>, 18.

³⁶⁹ O. LANDO, H. BEALE, *Principles of European Contract Law*, Den Haag, Kluwer Law International, 2000, 324. (“*The first condition follows directly from the first subsection: the change in circumstances must have brought about a major imbalance in the contract.*”).

177. Tenslotte valt het op dat de PECL, in tegenstelling tot de UPICC³⁷⁰, geen voorwaarde heeft opgenomen die bepaalt dat de benadeelde partij de nodige maatregelen moet nemen om de verstoringe omstandigheid tegen te gaan³⁷¹. Volgens PRADO is het ontbreken van een dergelijke voorwaarde moeilijk verenigbaar met het idee van de gewijzigde omstandigheden. Hij stelt dan ook dat weldegelijk de nodige maatregelen genomen moeten worden en dit op grond van het beginsel van de goede trouw³⁷² dat als leidraad door de *European Principles* loopt³⁷³.

178. De vereisten van de onvoorzienbaarheid en het niet aannemen van de gewijzigde omstandigheden ten tijde van het sluiten de overeenkomst zijn voor de beide *Principles* gelijk. Voor een uitgebreide bespreking wordt dan ook verwezen naar het hoofdstuk van de UNIDROIT *Principles*³⁷⁴.

b. Gevolgen

179. De gevolgen voorzien in artikel 6:111 PECL zijn erg gelijklopend met deze uit artikel 6.2.3. UPICC. Toch zijn er een aantal kleine verschillen. Zo zijn, eens vastgesteld dat aan de voorwaarden is voldaan, de partijen volgens artikel 6:111 (2) PECL verplicht om te onderhandelen. Deze verplichting slaat hier, in tegenstelling de UPICC³⁷⁵, op beide partijen. Door deze last aan beide partijen op te leggen, wil de PECL benadrukken dat de onderhandelingen in een goede verstandhouding moeten plaatsvinden³⁷⁶. Bovendien geeft artikel 6:111 (2) ook duidelijk het doel aan van deze onderhandelingen: of de aanpassing of de beëindiging van de overeenkomst.

180. De onderhandelingen moeten te goeder trouw worden gevoerd. Indien een partij echter te kwader trouw is en de onderhandelingen nodeloos rekt of foutief stopgezet³⁷⁷, kan de rechter die onwillige partij veroordelen tot het betalen van de schade die hierdoor is ontstaan³⁷⁸. De UPICC legt geen dergelijke sanctie op. Verder benadrukt Artikel 6.2.3. (2) UPICC expliciet dat de partijen gedurende de onderhandelingen gehouden zijn te presteren. In de PECL is geen gelijkaardige bepaling terug te vinden. De afwezigheid van een bepaling die het mogelijk maakt dat de uitvoering wordt geschorst, doet echter vermoeden dat de benadeelde partij, behoudens anders overeen gekomen, haar verbintenissen verder moet uitvoeren.

³⁷⁰ Artikel 6.2.2.(c) UPICC

³⁷¹ *i.e.* de gebeurtenis moet buiten de controle van de benadeelde partij liggen.

³⁷² Artikel 1:201 PECL

³⁷³ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 249.

³⁷⁴ *Supra* 59, nr. 154 e.v..

³⁷⁵ *Supra* 62, nr. 160.

³⁷⁶ J. KESSEDJIAN, "Competing Approaches to Force Majeure and Hardship", *Int. Rev. Law Econ.*, 2005, 422.

³⁷⁷ O. LANDO, H. BEALE, *Principles of European Contract Law*, Den Haag, Kluwer Law International, 2000, 326.

³⁷⁸ Artikel 6 :111 (3) PECL

181. Tenslotte laat artikel 6:111 (3) PECL toe dat de rechter de overeenkomst kan beëindigen of aanpassen. In het laatste geval zal de rechter er, volgens de tekst, moeten voor zorgen dat de winsten en verliezen die voortvloeien uit de gewijzigde omstandigheden, billijk tussen de partijen verdeeld worden. Volgens LANDO en BEALE is het aldus niet mogelijk om slechts één van de partijen te laten opdraaien voor de ontstane kosten³⁷⁹. Het lijkt erop dat hier een laatste verschil schuilt met de UNIDROIT Principles. Volgens de tekst van artikel 6.2.3. UPICC moet de rechter het evenwicht tussen de partijen herstellen³⁸⁰. Deze bewoordingen zijn ruimer en geven de rechter meer vrijheid. De UNIDROIT Principles laten met andere woorden toe dat de rechter, indien hij dit nodig acht, de kosten van de gewijzigde omstandigheden volledig afwentelt op één van de partijen³⁸¹.

3. Besluit

182. De *European Principles of Contract Law* vormt de Europese tegenhanger van de UNIDROIT Principles en is een eerste stap naar een uniform Europees privaatrecht. De bepaling inzake gewijzigde omstandigheden vertoont, behoudens enkele uitzonderingen, grote gelijkenissen met de regeling in de UPICC en beide artikelen kunnen dan ook als inspiratiebron gebruikt worden door landen zoals België, die nog geen uitgewerkte regeling hebben voor de leerstuk van de gewijzigde omstandigheden.

Titel 2: DE HARDSHIPCLAUSULE

183. Terwijl in de vorige delen werd nagegaan hoe men nationaal- en internationaalrechtelijk omgaat met het probleem van de *hardship*, is dit deel gewijd aan de contractuele praktijk. In een eerste fase zal besproken worden wat een *hardshipclause* is en waarom partijen een dergelijke bepaling in hun overeenkomst opnemen. Vervolgens wordt onderzocht hoe deze clausules in de praktijk worden opgemaakt en wat het belang is van de “*ICC Hardship Clause 2003*”. Tenslotte eindigt dit deel met een korte bespreking van een aantal verwante clausules.

§1. Het wat en waarom van de *hardshipclause*

184. Het gebruik van de *hardshipclause* is sinds de economische crisis van de jaren '70 enorm toegenomen. Dergelijke clause kan gedefinieerd worden als een contractuele voorziening die situaties regelt waar, zich na het sluiten van de overeenkomst, onvoorziene omstandigheden voordoen die aan de controle van de partijen ontsnappen en die het evenwicht in de overeenkomst

³⁷⁹ O. LANDO, H. BEALE, *Principles of European Contract Law*, Den Haag, Kluwer Law International, 2000, 326.

³⁸⁰ *Supra* 63, nr. 164.

³⁸¹ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 252.

verstoren³⁸². Het is evident dat een dergelijke clause meer zal voorkomen in internationale duurovereenkomsten³⁸³. Bij deze contracten is het risico op onvoorziene omstandigheden immers veel groter. Het belang van de *hardshipclause* voor deze overeenkomsten mag dan ook niet onderschat worden³⁸⁴.

185. PERILLO is zelfs van mening dat het wijdverspreide gebruik van de *hardshipclause* in duurovereenkomsten een gewoonte heeft doen ontstaan. Deze clause moet dan ook in de overeenkomst geïmpliceerd worden, zelfs als contractspartijen er niet uitdrukkelijk in voorzien³⁸⁵. Deze stelling valt moeilijk bij te treden. VAN HOUTTE merkt hierover op dat het feit dat partijen vaak wel in deze clauses hebben voorzien, het bewijs levert dat er geen dergelijke gewoonte bestaat³⁸⁶. Bovendien weigert de arbitrale praktijk consistent om *hardshipclauses* te lezen waar deze niet zijn opgenomen³⁸⁷.

186. Er zijn verschillende redenen denkbaar waarom partijen een *hardshipclause* zouden willen invoeren:

- *Partijen willen het economische evenwicht bewaren*³⁸⁸: aan het sluiten van internationale overeenkomsten gaan vaak lange onderhandelingen vooraf waarbij een delicaat economisch evenwicht wordt nagestreefd. Door het invoeren van een *hardshipclause* drukken partijen de wens uit om deze balans ook na het sluiten van de overeenkomst te behouden. Politieke, sociaal en economische omstandigheden hebben immers, zoals reeds werd opgemerkt, een veel grotere impact op internationale duurovereenkomsten en een te halsstarrig vasthouden aan de oorspronkelijk gesloten overeenkomst kan het evenwicht grondig verstoren. Het doel van een dergelijke clause ligt dan ook in het bevorderen van heronderhandelingen teneinde de balans terug in evenwicht te brengen.

³⁸² B. OPPETIT, "L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship*", *JDI*, 1974, 797; P. VAN OMMESELAGHE, "Les clauses de force majeure et d'imprévision (*hardship*) dans les contrats internationaux", *Rev.dr.int.comp.*, 1980, 8.

³⁸³ A. VAN OEVELEN, "Overmacht- en imprevisieclauses", in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN, F. WALSHOT, *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, 55.

³⁸⁴ M. FONTAINE, "Les clauses de *hardship*, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats à long terme", *D.P.C.I.*, 1976, 15.

³⁸⁵ J. M. PERILLO, "Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *Tul. J. Int'l & Comp. L.*, 1997, 117. ("Sophisticated international trade agreements of long duration typically contain a renegotiation or other adaptation clause that provides flexibility to the relationship – so typical as to perhaps rise to the strength of a usage. The absence of such a clause may reflect that such a clause has been rejected by one or both parties, but is more likely to have been overlooked by unsophisticated parties or deliberately omitted by a sophisticated drafter. In the last to cases, the court should consider the contracts as having an omitted term and fill the gap with the help of the UNIDROIT Principles.")

³⁸⁶ H. VAN HOUTTE, "Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda", in E. GAILLARD (red.), *Transnational Rules in International Commercial Arbitration* (ICC Publ Nr. 480,4), Parijs, 2003, 109 – 110.

³⁸⁷ L. CHENGWEI, *Remedies for Nonperformance: perspectives for CISG, UNIDROIT Principles and PECL*, 2003, 350, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei.html>.

³⁸⁸ U. DRAETTA, R. LAKE, *Contrats Internationaux: Pathologie et Remèdes*, Brussel, Bruylant, 1996, 192.

- *De partijen willen de overeenkomst laten voortbestaan*³⁸⁹: internationale overeenkomsten zijn meestal heel complexe overeenkomsten, die een constante medewerking vereisen van de contractspartijen. Constante samenwerking op lange termijn vergt echter een zeker vertrouwen en een wederzijdse uitwisseling van know-how van de contractspartijen. Indien één van de partijen door toedoen van fundamenteel gewijzigde omstandigheden niet meer kan presteren, zal het moeilijk worden deze te vervangen door een nieuwe contractspartij. Dit zal immers veel tijd en geld kosten. Het stipuleren van een *hardshipclause* die voorziet in heronderhandelingen, maakt het mogelijk de overeenkomst te laten bestaan en de partijen tijd en geld te laten winnen.
- *De verdeling van de risico's tussen contractspartijen*³⁹⁰: Door het invoeren van een *hardshipclause* kunnen partijen ook een regeling treffen voor de verdeling van buitengewone en onverwachte kosten. Tijdens het opstellen van deze clause zullen de toekomstige partijen een overeenstemming trachten te bereiken over wie wat moet betalen. Verschillende mogelijkheden zijn hierbij denkbaar, gaande van de benadeelde partij die alle kosten van de verstorende gebeurtenis moet dragen, tot en met het aanstellen van een derde die de verdeling van de kosten moet bepalen.
- *De organisatie van een regime aangepast aan de belangen van de partijen*: De *hardshipclause* kan tenslotte ook gebruikt worden als wat PRADO een "*self tailored rule*"³⁹¹ noemt. De partijen kunnen dus zelf een regeling uitwerken die aangepast is aan de eigen belangen³⁹². Deze is vaak preciezer dan de bestaande bepalingen in de nationale wetgevingen die slechts van toepassing zijn indien niets wordt bepaald. Dit betekent echter niet dat de partijen een absolute vrijheid hebben. Partijen moeten immers steeds de geldigheidsvoorwaarden, die door het toepasselijke recht worden opgelegd, naleven. Ook zal bij onduidelijkheden het nationale recht gebruikt worden ter interpretatie. Bovendien moet er rekening mee worden gehouden dat er in sommige landen³⁹³, inzake *hardship*, bepalingen van openbare orde bestaan die niet toelaten dat de partijen daar contractueel van afwijken.

187. Nu werd verduidelijkt wat een *hardshipclause* is, en welke de redenen zijn waarom partijen opteren om deze clause in hun overeenkomst op te nemen, gaan we kijken naar de inhoud ervan.

³⁸⁹ E. C. ZACCARI, "The effect of changed circumstances in international commercial law", *Int. Trade & Bus. L. Rev.*, 2005, 136.

³⁹⁰ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 122.

³⁹¹ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 122.

³⁹² A. H. PUELINCKX, "Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances", *J. Int'l Arb.*, 1986, 58.

³⁹³ Dit is bijvoorbeeld het geval in het Egyptische en Algerijnse recht.

Wat zijn met andere woorden de bestanddelen van een dergelijke overeenkomst en hoe wordt deze best opgesteld.

§2. Bestanddelen

188. *Hardshipclausules* zijn vaak erg complex en de inhoud varieert dan ook van zaak tot zaak. Toch hebben deze clausules eenzelfde opbouw³⁹⁴. Ze bestaan steeds uit twee grote bestanddelen. Het eerste deel bepaalt de zogenaamde “*trigger events*”, of met andere woorden, in welke omstandigheden³⁹⁵ de clausule kan worden toegepast. Het tweede deel behandelt het effect van de *hardship*, i.e.. wat er gebeurt er als dergelijke omstandigheden zich hebben voorgedaan.

189. Een voorbeeld maakt dit duidelijk:

*“If owing to changed circumstances such as changes in monetary values or discriminatory Governmental action or regulations or differential customs duties unduly discriminating against the origin from which A is then supplying to B, the continued operation of which is causing undue hardship to either party (**hypothese**) , that party shall have the right to require the other party in a joint examination of the position with a view to determining whether revision or modification of the provisions hereof is required and if so what revision or modification would be appropriate and equitable in circumstances. (**effect**)”*³⁹⁶

190. Het moet opgemerkt worden dat elk contract en elke economische sector zo hun eigenheden hebben. *Hardshipclausules* zullen dan ook niet noodzakelijk alle van de hieronder besproken karakteristieken bevatten. Wat betreft deze analyse ben ik zwaar schatplichtig aan de werken van professor M. FONTAINE³⁹⁷ en Mr. M. PRADO³⁹⁸. Hun zeer gedetailleerde uiteenzetting vormt dan ook de leidraad van mijn bespreking en de meeste van de door mij gebruikte voorbeelden vinden hun oorsprong in deze twee werken.

1. De hypothese

191. In het eerste deel van de *hardshipclausule* worden de omstandigheden bepaald waarop de clausule betrekking heeft. Dit deel bevat twee luiken: (i) de karakteristieken van min of meer bepaalde omstandigheden (i.e.. de verstorende gebeurtenis) en (ii) de gevolgen die deze omstandigheden hebben op de contractuele relatie.

³⁹⁴ W. DEN HAERYNCK, “Drafting Hardship Clauses in International Contracts” in D. CAMPBELL, *Structuring International Contracts*, Den Haag, Kluwer Law International, 1996, 235; M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 491; H. KONARSKI, “Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice”, *RDAI*, 2003, 420; C. SCHMITTHOFF, “Hardship and Intervener Clauses”, *JBL*, 1980, 85; A. VAN OEVELEN, “Overmacht- en imprevisieclausules”, in C. DE MEYERE, A. VAN OEVELEN, F. WALSHOT, *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, 55. P. VAN OMMESLAGHE, “Les clauses de force majeure et d’imprévision dans les contrats internationaux”, *R.D.I.D.C.*, 1980, 50.

³⁹⁵ Men spreekt ook vaak van de hypothesen waarin de hardship zich kan voordoen, zie M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 496.

³⁹⁶ X, “Textes et Documents – Contrats économique internationaux”, *D.P.C.I.*, 1975, 514, (clausule nummer 11).

³⁹⁷ M. FONTAINE, “Les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l’imprévision dans les contrats à long terme”, *D.P.C.I.*, 1976, 7 – 49

³⁹⁸ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 117 – 164.

a. Omstandigheden

192. Hoewel de door de partijen beoogde gebeurtenissen van clause tot clause verschillen, zijn er toch een aantal kenmerken die vaak terugkomen. Zo zal vaak melding gemaakt worden van (i) welke de gebeurtenissen zijn die door de clause worden omvat, (ii) de onvoorzienbaarheid en tenslotte (iii) het feit dat de gebeurtenis buiten de wil van de partijen moet liggen. Het valt op dat de *hardshipclause* hiermee een aantal van de algemene karakteristieken van de imprevisieer herhaalt³⁹⁹.

(i) De aard van de gebeurtenis

193. De *hardshipclause* gaat uit van de hypothese dat er zich een versturende gebeurtenis moet hebben voorgedaan. Daar partijen vrij kunnen contracteren mag algemeen worden gesteld dat alle soorten gebeurtenissen in acht genomen kunnen worden. Het valt dan ook op dat in een *hardshipclause* vaak voor een ruime formulering wordt geopteerd teneinde zoveel mogelijk gebeurtenissen onder het toepassingsveld te brengen. Hierbij kan of gekozen worden voor de algemene term *gewijzigde omstandigheden* of voor omstandigheden van *economische, financiële, technisch, politieke*⁴⁰⁰ of zelfs *juridische*⁴⁰¹ aard. Wel wordt vaak als bijkomende vereiste gesteld dat de gebeurtenis de relatie tussen de partijen *substantieel* wijzigt⁴⁰².

Voorbeelden :

“ ... if there is the occurrence of an intervening even tor change of circumstances...”⁴⁰³

“ Au cas où des circonstances économiques, politiques ou techniques, imprévisibles pour les parties...”⁴⁰⁴

“ ... that owing to changed political or economic circumstances unforeseeable by the parties and beyond their control including, but not limited to, change in monetary values or discriminatory Governmental action or regulations, the continued operation hereof...”⁴⁰⁵

“ ... they may be substantial lasting technical and economical changes (except short term lower hydrogen peroxide price or events described in article 13)...”⁴⁰⁶

³⁹⁹ Volgens VAN OEVELEN verdient deze werkwijze de voorkeur: “Deze werkwijze verdient aanbeveling, want door verwijzing naar bekende rechtsbegrippen als onvoorziene omstandigheid en verstoring van het contractuele evenwicht kunnen latere betwistingen worden vermeden.”, A. VAN OEVELEN, “Overmacht- en imprevisieclausules”, in C. DE MEYERE, A. VAN OEVELEN, F. WALSHOT, Nuttige tips voor goede contracten”, Mechelen, Kluwer, 2004, 55;

⁴⁰⁰ H. KONARSKI, “Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice”, *RDAL*, 2003, 420.

⁴⁰¹ FONTAINE stelt : “ Un changement de législation peut affecter profondément l’exécution de contrats en cours”, M. FONTAINE, F. DE LY, Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction des clauses, Brussel, Bruylant, 2003, 501.

⁴⁰² M. FONTAINE, “les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l’imprévision dans les contrats à long terme”, *D.P.C.I.*, 1976, 20.

⁴⁰³ M. FONTAINE, F. DE LY, Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses, Brussel, Bruylant, 2003, 498.

⁴⁰⁴ M. PRADO, Le Hardship dans le droit de commerce international, Brussel, Bruylant, 2003, 130.

⁴⁰⁵ M. PRADO, Le Hardship dans le droit de commerce international, Brussel, Bruylant, 2003, 130.

194. Zoals uit het derde en vierde voorbeeld blijkt, kunnen er naast de algemene formulering een aantal gebeurtenissen gepreciseerd⁴⁰⁷ of uitdrukkelijk uit het toepassingsgebied weggelaten⁴⁰⁸ worden. Van dergelijke precisering zal gebruik worden gemaakt in het geval een aantal specifieke gebeurtenissen die overeenkomst kunnen bedreigen en waarbij partijen de toepassing van de clause in deze omstandigheden willen verzekeren⁴⁰⁹.

195. Partijen zullen niet steeds opteren voor een algemene formulering. Het is dus ook mogelijk dat men kiest voor een lijst van limitatieve gebeurtenissen. Dergelijke opsomming sluit de overige gebeurtenissen uit het toepassingsgebied.

Voorbeelden:

" If substantial duties, tariffs, or other governmental sanctions are imposed which are beyond the control of the parties and significantly change the relative values of (list of products)..."

"... toutes difficultés ... à l'obtention de devises, à des mesures de politique commerciale, au contingentement, à la manipulation monétaire..."

196. Tenslotte kan nog iets gezegd worden over het moment waarop de verstorende gebeurtenis zich voordoet. Dit moment wordt meestal niet bepaald in de *hardshipclause*⁴¹⁰. Als men de regels van de imprevisie zou volgen, dan hebben deze clauses enkel betrekking op gebeurtenissen die zich voordoen na het sluiten van de overeenkomst. Er bestaat dan ook grote twijfel over of ze van toepassing kunnen verklaard worden op gebeurtenissen die zich voor het sluiten van het contract hebben voorgedaan⁴¹¹. Het zal aan de rechter toekomen om deze vraag te beantwoorden⁴¹². Als de partijen hieromtrent zekerheid willen, doen ze er goed aan om dit probleem expliciet in hun *hardshipclause* te regelen.

(ii) Onvoorzienbaarheid

197. Het volstaat niet enkel dat de gebeurtenis zich voordoet. Ze moet ook onvoorzienbaar zijn ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. De reden hiervoor is duidelijk. Indien partijen de gebeurtenis hadden voorzien, dan konden ze ook de nodige maatregelen nemen. Zo hadden ze

⁴⁰⁶ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 130.

⁴⁰⁷ "... including, but not limited to, change in monetary values or discriminatory Governmental action or regulations..."

⁴⁰⁸ "... (except short term lower hydrogen peroxide price or events described in article 13)..."

⁴⁰⁹ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 130.

⁴¹⁰ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 131.

⁴¹¹ U. DRAETTA, R. LAKE, *Contrats Internationaux: Pathologie et Remèdes*, Brussel, Bruylant, 1996, 193.

⁴¹² Het recht dat van toepassing is op de overeenkomst zal dus van belang zijn.

bijvoorbeeld kunnen voorzien in een herzieningsclausule of een indexeringsclausule⁴¹³. In de *hardshipclausule* wordt de notie van de onvoorzienbaarheid dan ook vaak opgenomen.

Voorbeelden:

*"... des circonstances ... en dehors des prévisions normales des parties..."*⁴¹⁴

*"Les conditions de la présente convention pourront être revues de commun accord si un événement imprévisible et étranger aux parties..."*⁴¹⁵

*"On receipt of such notice, the Employer shall, if in his opinion such obstructions or conditions could not have been reasonably foreseen by an experienced contractor, determine..."*⁴¹⁶

198. Sommige clausules stellen, net als in het derde voorbeeld, dat de gebeurtenis *redelijkerwijze* onvoorzienbaar moest zijn. Door het opnemen van een dergelijke bewoording worden ook gebeurtenissen die een redelijk persoon in dezelfde omstandigheden wel zou voorzien uit het toepassingsgebied gesloten.

199. Hierboven is reeds vermeld dat partijen soms een limitatieve lijst van gebeurtenissen opstellen. Dit lijkt moeilijk verzoenbaar met de vereiste van de onvoorzienbaarheid. Het feit dat de partijen een dergelijke opsomming opnemen, wijst erop dat ze zich bewust waren van het feit dat de opgelijste gebeurtenissen zich in de toekomst konden voordoen⁴¹⁷. In de internationale praktijk mag men de voorwaarde van de onvoorzienbaarheid echter niet te strikt opnemen⁴¹⁸. De limitatief opgesomde gebeurtenissen blijven immers onvoorzienbaar daar men niet kon weten of en hoe deze gebeurtenissen zich zouden manifesteren⁴¹⁹. Als partijen bijvoorbeeld voorzien hebben dat er sprake is van *hardship* wanneer de overheid een voor één van de partijen discriminerende regulering oplegt, dan kan men op voorhand noch de aard, noch het tijdstip, noch de impact op de overeenkomst kennen⁴²⁰.

⁴¹³ M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 499.

⁴¹⁴ M. FONTAINE, "les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats à long terme", *D.P.C.I.*, 1976, 20.

⁴¹⁵ A. VAN OEVELEN, "Overmacht en imprevisieclausules", C. DE MEYERE, A. VAN OEVELEN, F. WALSHOT, *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, 58.

⁴¹⁶ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 133.

⁴¹⁷ W. DEN HAERYNCK, "Drafting Hardship Clauses in International Contracts", D. CAMPBELL, *Structuring International Contracts*, Den Haag, Kluwer Law International, 1996, 237.

⁴¹⁸ H. KONARSKI, "Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice", *RDAI*, 2003, 421.

⁴¹⁹ U. DRAETTA, R. LAKE, *Contrats Internationaux: Pathologie et Remèdes*, Brussel, Bruylant, 1996, 194.

⁴²⁰ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 133.

(iii) *Buiten de controle van de partijen*

200. Een laatste voorwaarde die vaak wordt opgenomen, is dat de gebeurtenis (redelijkerwijze) buiten de controle van de partijen moet liggen. Deze voorwaarde omvat twee verplichtingen⁴²¹. Ten eerste moet de benadeelde partij gehandeld hebben zoals van hem mocht verwacht worden en mag de verstoringe gebeurtenis niet door zijn toedoen zijn ontstaan. Ten tweede moet deze partij alle nodige maatregelen getroffen hebben om de verstoringe omstandigheid tegen te gaan⁴²².

Voorbeelden:

"If during the performance of this Contract there should arise economic, political or technical circumstances which were unforeseen by the parties and beyond their control,..."

*"18.1.Definition. HARDSHIP shall mean the occurrence of any event beyond the reasonable control of either GOP and MNTC..."*⁴²³

b. Het effect van de gebeurtenissen op de verplichtingen van de partijen

201. De *hardshipclause* zal pas van toepassing zijn indien de gebeurtenissen (i) het contractuele evenwicht tussen de partijen verstoren of (ii) de uitvoering van de overeenkomst hierdoor erg wordt verzwaard⁴²⁴. Beiden kunnen natuurlijk ook samen voorkomen en in de praktijk zien we ook hier een veelheid aan formuleringen.

202. Het moet opgemerkt worden dat FONTAINE voor een andere opdeling opteert⁴²⁵. Hij deelt de gevolgen van de verstoringe gebeurtenissen op in drie criteria, namelijk objectieve, subjectieve en gemengde criteria. Deze opdeling stemt gedeeltelijk overeen met de indeling die in deze masterproef wordt gemaakt⁴²⁶. De objectieve criteria verwijzen hoofdzakelijk naar de verstoring van het contractuele evenwicht tussen de partijen. De subjectieve criteria, die volgens FONTAINE het meest voorkomen⁴²⁷, zijn begrippen zoals eerlijkheid ("*honesty*") en billijkheid ("*equity*") en lijken betrekking te hebben op het excessief verzwaren van de verplichtingen van één van de partijen.

⁴²¹ Deze twee verplichtingen worden bijvoorbeeld ook bij artikel 79 CISG terug gevonden.

⁴²² M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 134.

⁴²³ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 134.

⁴²⁴ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 136.

⁴²⁵ M. FONTAINE, "les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats à long terme", *D.P.C.I.*, 1976, 27 ev.

⁴²⁶ M. FONTAINE, "les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats à long terme", *D.P.C.I.*, 1976, 72. ("*in order to impose boundaries to the amendment of the contract, most of the clauses received propose certain criteria to guide the renegotiations. Here again, as with the hypothesis relating to definition of a fundamental change in the contract, there are two orientations: some clauses apply objective criteria, which aim in general to reestablish the original balance between the respective obligations of the parties, but most wordings use general limits with subjective criteria, referring to honesty and equity. Both types of criteria are sometimes combined.*")

⁴²⁷ Zie bijvoorbeeld ook C. SMITTHOFF, "Hardship and Intervener Clauses", *JBL*, 1980, 86.

(i) *De verstoring van het contractuele evenwicht tussen de partijen*

203. De meerderheid van de clausules stelt dat de gebeurtenis het contractuele evenwicht tussen de partijen moet hebben verstoord. Net als bij artikel 6.2.2. UPICC⁴²⁸, kan aan deze bewoordingen twee betekenissen worden toegekend. Enerzijds kan de kost van de prestatie voor de benadeelde partij gestegen zijn en anderzijds kan de waarde van de prestatie ook gedaald zijn. Door de algemene term “*verstoring van het contractuele evenwicht*” te gebruiken, viseert men beide betekenissen. De partijen kunnen er echter ook voor opteren om dit te verduidelijken. Het is ook mogelijk dat de *hardshipclausule* een andere terminologie hanteert die niet zoveel verschilt van deze van het verstoren van het contractuele evenwicht⁴²⁹.

204. Wanneer partijen het niet eens worden, zal het aan de rechter toekomen om te oordelen of het evenwicht is verstoord. Het toepasselijke recht zal een hulp vormen om het begrip “*verstoring van het contractuele evenwicht*” te interpreteren⁴³⁰. Daar dit begrip niet in alle rechtsstelsels gekend is, menen bepaalde auteurs⁴³¹ dat de partijen er goed aan doen om een drempel te bepalen die aangeeft wanneer partijen het contractuele evenwicht verstoord achten.

Voorbeelden:

*“En cas de survenance, ..., d'événements imprévisibles à la conclusion de ceux-ci, qui ont pour effet de bouleverser l'économie du contrat...”*⁴³²

*“En cas de modification des conditions ... ayant pour conséquence de bouleverser l'économie du Projet en rendant anormalement difficile ou onéreuse l'exécution des obligations de la Société du Projet au titre de la Convention de Concession, ou au contraire, en rendant anormalement moins onéreuse et moins contraignante l'exécution des obligations de la Société...”*⁴³³

*“ ... de façon à remplacer les parties dans une position d'équilibre comparable à celle qui existait au moment de la conclusion du présent contrat.”*⁴³⁴

⁴²⁸ Artikel 6.2.2. UPICC (“*There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of the party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished...*”)

⁴²⁹ Men spreekt dan bijvoorbeeld van “materially alters the position of the parties” of van “une rupture appréciable”

⁴³⁰ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 137.

⁴³¹ D. PHILIPPE, “Les clauses de force majeure, d'imprévision et de transfert de risques”, in B. DUBUISSON, C. GOUX, D. PHILIPPE, P. WÉRY, *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Brussel, La Charte, 2001, 24 ; A. VAN OEVELEN, “Overmacht en imprevisieclausules”, C. DE MEYERE, A. VAN OEVELEN, F. WALSCHOT, *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, 55.

⁴³² D. PHILIPPE, “Les clauses de force majeure, d'imprévision et de transfert de risques”, in B. DUBUISSON, C. GOUX, D. PHILIPPE, P. WÉRY, *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Brussel, La Charte, 2001, 23.

⁴³³ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 136.

⁴³⁴ C. SCHMITTHOFF, “Hardship and Intervener Clauses”, *JBL*, 1980, 86.

“ ... wanneer zich politieke, economische of technische gebeurtenissen voordoen die niet te wijten is aan de partijen en het economische evenwicht van de overeenkomst verstoord... Het evenwicht zal verstoord zijn wanneer zich een prijsstijging van 25% of meer voordoet”

(ii) *De uitvoering wordt excessief verzwaard*

205. Een tweede mogelijkheid bestaat erin dat de gebeurtenissen de uitvoering van de overeenkomst voor één van de partijen excessief verzwaren. Een gelijkaardige voorwaarde is ook terug te vinden in artikel 6.1.1.1. PECL⁴³⁵. Net als bij de verstoring van het contractsevenwicht, is het zo, dat als partijen het niet eens raken, het aan de rechter/arbiter toekomt om te bepalen wat moet verstaan worden onder “*excessief verzwaard*”. Het toepasselijke recht zal hierbij als interpretatiemiddel worden aangewend. Daar zelfs via interpretatie de grens niet altijd even duidelijk is, doen partijen er goed aan om zelf een drempel op te nemen.

Voorbeelden:

*“Les conditions de la présente convention pourront être revues de commun accord si un événement imprévisible et étranger aux parties a pour effet que l’une d’entre elles retire du présent contrat des avantages hors proportion avec ses obligations”*⁴³⁶

*“... telles que l’application de la présente convention aboutirait à des conséquences inéquitables pour l’une ou l’autre des parties...”*⁴³⁷

*“... such action as may be appropriate to abate such unfairness or undue hardship...”*⁴³⁸

*“... and which reason is such as to render the Manufacturer’s obligations excessively onerous in relation to the contractual obligations originally agreed upon and, in any event, is such as to increase the Manufacturer’s obligations by more than 20% (twenty percent) compared to the value of such obligations originally foreseen, than the Manufacturer shall be entitled to request the appropriate revision...”*⁴³⁹

2. Het effect van de *hardshipclause*

a. Inleiding

206. Eens de hypothese zich gerealiseerd heeft, bepaalt de *hardshipclause* het toepasselijke regime⁴⁴⁰. De meest eenvoudige clauses leggen enkel een plicht op om te heronderhandelen en, bij

⁴³⁵ Artikel 6.1.1.1. PECL (*“If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or ending it”*)

⁴³⁶ A. VAN OEVELEN, “Overmacht en imprevisieclausules”, C. DE MEYERE, A. VAN OEVELEN, F. WALSCHOT, *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, 58.

⁴³⁷ M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 508.

⁴³⁸ C. SMITTHOFF, “Hardship and Intervener Clauses”, *JLB*, 1980, 87.

⁴³⁹ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 138.

⁴⁴⁰ M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 512.

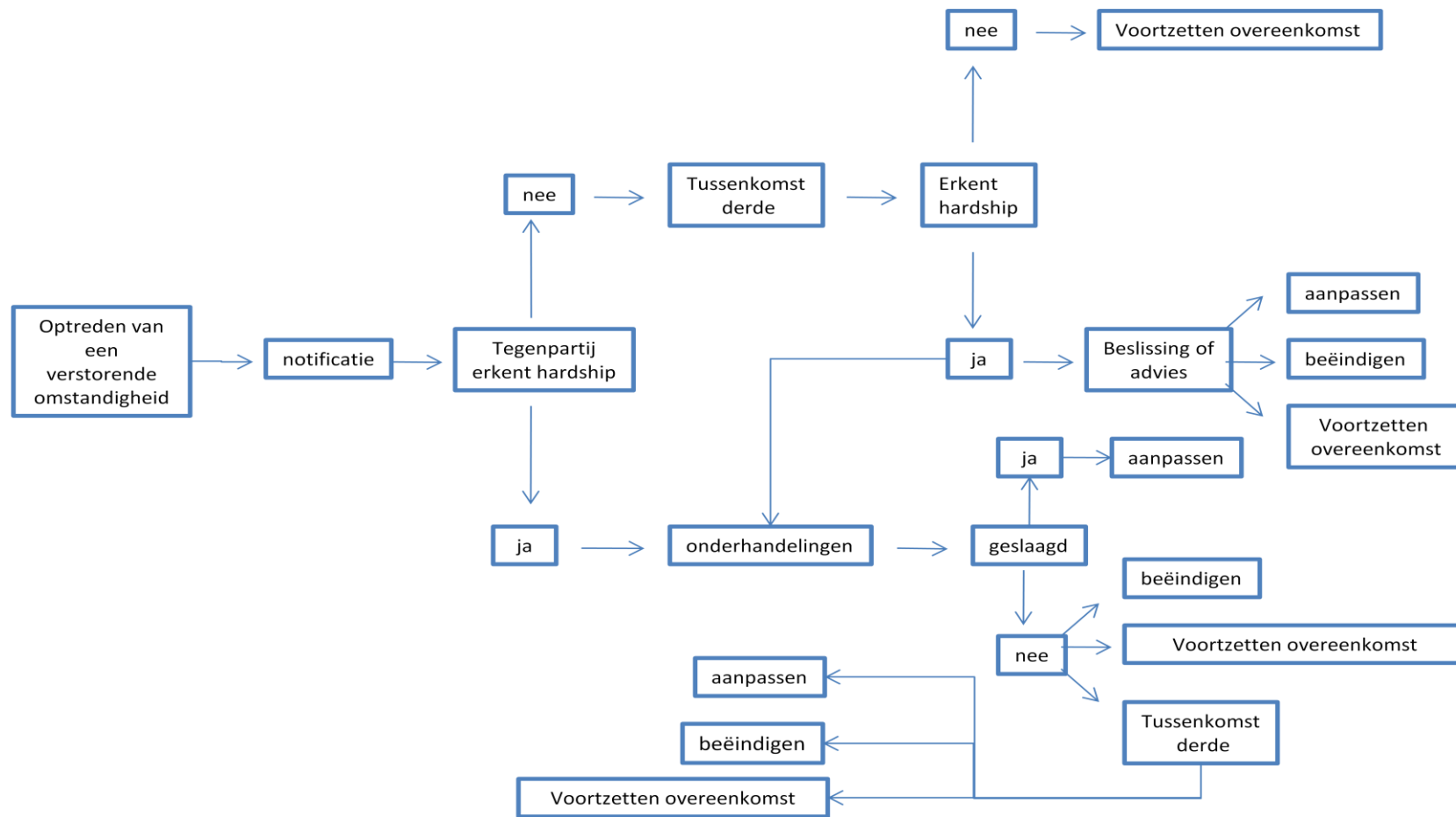
akkoord, de overeenkomst aan te passen⁴⁴¹. Daarnaast gaan partijen meestal ook een regeling uitwerken voor het geval de onderhandelingen falen⁴⁴². Het onderstaande schema geeft een algemeen beeld van de mogelijke oplossingen⁴⁴³.

⁴⁴¹ A. VAN OEVELEN, "Overmacht en imprevisieclausules", C. DE MEYERE, A. VAN OEVELEN, F. WALSCHOT, *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, 55.

⁴⁴² P. VAN OMMESLAGHE, "Les clauses de force majeure et d'imprévision dans des contrats internationaux", *R.I.D.C.*, 1980, 52.

⁴⁴³ Bron: M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 140.

Werking van de hardshipclausule



b. De notificatie

207. Eens de verstorende omstandigheid zich heeft voorgedaan, moet de benadeelde partij haar tegenpartij hiervan op de hoogte brengen. Dit impliceert dat de medecontractant ingelicht wordt dat (i) er zich een verstorende gebeurtenis heeft voorgedaan die voldoet aan de door de *hardshipclause* gestelde voorwaarden⁴⁴⁴, (ii) men (*i.e.* de benadeelde partij) beroep zal doen op de *hardshipclause*⁴⁴⁵ en, (iii) als de clause daarin voorziet, de omstandigheden waaronder de uitvoering van de overeenkomst wordt geschorst⁴⁴⁶.

208. In de praktijk vinden we een brede waaier aan formuleringen terug. De meest gedetailleerde bevatten voorzieningen die betrekking hebben op de termijn, de vorm en de inhoud⁴⁴⁷. De *hardshipclausules* voorzien echter vaak niet in een sanctionering met betrekking tot de niet-mededeling of het niet naleven van de voorwaarden van deze notificatie en dit zal dus geregeld worden door het toepasselijke recht⁴⁴⁸.

Voorbeelden:

*“That Party may notify the other in writing that it wishes to meet and review the conditions of the agreement in the light of the changed business conditions.”*⁴⁴⁹

*“La dite partie a l’obligation d’en aviser l’autre partie dans un délai de ... à dater du moment où elle a connaissance de l’événement en décrivant celui-ci avec précision et en expliquant pourquoi il entre dans les prévisions du présent article. Elle communiquera sans délai à l’autre partie tous les éléments d’appréciation dont elle dispose...”*⁴⁵⁰

c. De onderhandelingen

209. Eens de tegenpartij de *hardship* heeft erkend, kunnen de partijen de onderhandelingen aanvatten teneinde de overeenkomst aan te passen. Het merendeel van de *hardshipclausules* verduidelijken hoe of met welk doel onderhandelingen moeten gebeuren. Hiervoor kunnen, hetzij objectieve, hetzij subjectieve criteria worden aangewend⁴⁵¹. De objectieve criteria beogen de herstelling van het contractuele evenwicht, terwijl de subjectieve criteria verwijzen naar concepten

⁴⁴⁴ B. OPPETIT, “L’adaption des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship”, *JDI*, 1974, 805.

⁴⁴⁵ B. OPPETIT, “L’adaption des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship”, *JDI*, 1974, 805.

⁴⁴⁶ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 141.

⁴⁴⁷ M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 513; A. VAN OEVELEN, “Overmacht en imprevisieclausules”, C. DE MEYER, A. VAN OEVELEN, F. WALSCHOT, *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, 56.

⁴⁴⁸ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 142.

⁴⁴⁹ M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 512.

⁴⁵⁰ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 141.

⁴⁵¹ U. DRAETTA, R. LAKE, *Contrats Internationaux: Pathologie et Remèdes*, Brussel, Bruylant, 1996, 195; M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 514.

zoals “trouw” en “billijkheid”⁴⁵². Het spreekt voor zich dat deze ook gemengd kunnen voorkomen. Daarnaast kan de clause ook een termijn opleggen of bepalen dat de uitvoering van de overeenkomst gedurende de onderhandelingen wordt geschorst⁴⁵³.

Voorbeelden:

(i) Objectief:

“... les parties se rapprocheront pour examiner les conséquences de la situation nouvelle et convenir des mesures à prendre pour rétablir l'équilibre contractuel dans l'intention et selon l'esprit initial du contrat pour les quantités non encore livrées, ainsi que pour les quantités non encore encaissées...”⁴⁵⁴

“... de façon à replacer les parties dans une position d'équilibre comparable celle qui existait au moment de la conclusion du présent contrat...”⁴⁵⁵

(ii) Subjectief :

“... with a view to determining whether revision or modification of the provisions hereof is required and if so what revision or modification would be appropriate and equitable in the circumstances”⁴⁵⁶

“... then the Parties shall... participate in such joint examination... in order to reasonably mitigate in good faith the effect of said changed circumstances on the affected Party...”⁴⁵⁷

210. Indien één van de partijen ten onrechte weigert mee te werken aan de onderhandelingen of één van hen zich te kwader trouw gedraagt, dan kan hieraan een sanctie worden gekoppeld⁴⁵⁸. In de eerste hypothese kan bescherming gevonden worden in het contract en in de toepasselijke wet⁴⁵⁹. Zo is het bijvoorbeeld mogelijk dat de onwillige partij veroordeeld wordt haar tegenpartij schadeloos te stellen⁴⁶⁰ of dat deze laatste zich kan beroepen op de “*exceptio non adimpleti contractus*”, of zelfs de overeenkomst kan laten ontbinden⁴⁶¹. In de tweede hypothese zal de partij die te kwader trouw is de verplichting tot onderhandelen schenden. De partijen worden immers geacht te goeder trouw te handelen en redelijke voorstellen te maken⁴⁶². Het zal echter niet evident zijn om het bestaan van de

⁴⁵² M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 514.

⁴⁵³ B. OPPETIT, “L’adaption des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship”, *JDI*, 1974, p. 808 ; M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 149.

⁴⁵⁴ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 144.

⁴⁵⁵ M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 514.

⁴⁵⁶ M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 513.

⁴⁵⁷ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 144.

⁴⁵⁸ B. OPPETIT, “L’adaption des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship”, *JDI*, 1974, 806.

⁴⁵⁹ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 146.

⁴⁶⁰ B. OPPETIT, “L’adaption des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship”, *JDI*, 1974, 806.

⁴⁶¹ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 147.

⁴⁶² B. OPPETIT, “L’adaption des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship”, *JDI*, 1974, 807.

kwade trouw te bewijzen en het zal dan ook aan de rechter/arbiter toekomen om hierover te oordelen⁴⁶³.

211. Men moet tenslotte steeds voor ogen houden dat de verplichting om te onderhandelen een middelenverbintenis inhoudt⁴⁶⁴. Er ontstaat dus geen verplichting om tot een akkoord te komen, enkel een verplichting om te goeder trouw te onderhandelen.

d. Het slagen van de onderhandelingen

212. Indien de onderhandelingen slagen, kan de overeenkomst worden aangepast teneinde het contractuele evenwicht tussen de partijen te herstellen en op die manier dus de overeenkomst te laten bestaan. Het is mogelijk dat de *hardshipclause* bewoordingen opneemt die de draagwijdte van de aanpassing bepaalt. Zo kan bijvoorbeeld de aanpassing, naast een algemene formulering, beperkt worden tot bepaalde in de clause omschreven mogelijkheden⁴⁶⁵. Partijen kunnen echter in de onderhandelingen steeds beslissen hiervan af te wijken⁴⁶⁶.

Voorbeelden:

(i) Algemene formulering:

*"... the parties will use their best endeavours to agree such an action as may be necessary..."*⁴⁶⁷

"... kunnen de partijen, door onderhandelingen, de overeenkomst waar nodig aanpassen..."

(ii) Beperkte formulering :

*"... à ce mettre d'accord sur une adaptation du prix, ou s'il y a lieu, sur des éléments de la formule d'indexation du prix..."*⁴⁶⁸

*"The Ministry and the Concession Company shall consult within (...) days after notice with a view to reach a mutually satisfactory resolution of the situation, which could, if the parties do agree, result in either the modification of then existing toll rates and/or an extension of any applicable deadline for the Concession Company to meet its obligation under the Concession Contract and/or reduction in amounts which would otherwise be payable to the Ministry under the Concession Contract."*⁴⁶⁹

⁴⁶³ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 148.

⁴⁶⁴ U. DRAETTA, R. LAKE, *Contrats Internationaux: Pathologie et Remèdes*, Brussel, Bruylant, 1996, 196.

⁴⁶⁵ M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 513.

⁴⁶⁶ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 150.

⁴⁶⁷ M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 513.

⁴⁶⁸ A. VAN OEVELEN, "Overmacht en imprevisieclausules", C. DE MEYERE, A. VAN OEVELEN, F. WALSHOT, *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, 58.

⁴⁶⁹ M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 514.

e. Het falen van de onderhandelingen

213. De *hardshipclausules* geven in het merendeel van de gevallen ook een oplossing voor het geval de onderhandelingen falen. Er kunnen twee mogelijke wegen bewandeld worden. Enerzijds kan voorzien worden in een interne oplossing en anderzijds kan men ook beroep doen op een derde.

(i) Interne oplossingen

214. Zoals gesteld kan de *hardshipclause*, voor het falen van de overeenkomst, voorzien in een interne oplossing. In dergelijke gevallen kan de oorspronkelijke overeenkomst of (i) behouden of (ii) beëindigd worden.

- De oorspronkelijke overeenkomst wordt behouden: in dergelijke gevallen moet de benadeelde partij haar oorspronkelijk verplichtingen nakomen en alle gevolgen dragen van de gewijzigde omstandigheden⁴⁷⁰. Het komt echter niet vaak voor dat dergelijke bewoordingen uitdrukkelijk in de *hardshipclause* wordt opgenomen. Wel is het mogelijk dat een dergelijke oplossing impliciet bedongen is wanneer partijen niets bepalen over het lot van de overeenkomst eens de onderhandelingen falen⁴⁷¹. Hoewel deze oplossing zeer nefast is voor de benadeelde partij, is ze toch begrijpelijk. De onderhandelingen leggen immers geen resultaatsverbintenis op en het is dan ook logisch dat, indien geen resultaat wordt bereikt, de overeenkomst moet worden voortgezet⁴⁷². PRADO wijst er wel op dat het risico bestaat dat de benadeelde partij liever weigert verder te presteren, ondanks de mogelijke sancties⁴⁷³. Het valt dan ook sterk aan te bevelen dat partijen in een andere oplossing voorzien.
- De overeenkomst kan worden beëindigd: deze oplossing lijkt in de praktijk vaak voor te komen⁴⁷⁴. De reden hiervoor is dat partijen nogal afwijzend staan ten aanzien van de mogelijkheid dat derden de overeenkomst kunnen aanpassen⁴⁷⁵. Hoewel de meeste *hardshipclausules* niet regelen hoe de beëindiging moet gebeuren (en dit dus met andere

⁴⁷⁰ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 151.

⁴⁷¹ Het toepasselijke recht zal bepalen wat de gevolgen zijn indien de clause niets bepaalt. In België en Frankrijk moet de overeenkomst worden uitgevoerd. DEN HAERYNCK stelt: "*if there is no provision to deal with the situation when no agreement can be reached, the effect of hardship will be decided by the lex contractus. Under Belgian and French law, there is no obligation that the renegotiation should result in a revision of the contract ... If no fault in the renegotiation can be proven, however the contract remains valid, and it can be enforced.*", W. DEN HAERYNCK, "Drafting Hardship Clauses in International Contracts", D. CAMPBELL, *Structuring International Contracts*, Den Haag, Kluwer Law International, 1996, 240.

⁴⁷² U. DRAETTA, R. LAKE, *Contrats Internationaux: Pathologie et Remèdes*, Brussel, Bruylant, 1996, 195; M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 518; B. OPPETIT, "L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship", *JDI*, 1974, 811.

⁴⁷³ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 151.

⁴⁷⁴ M. FONTAINE, "Les dispositions relatives au *hardship* et à la force majeure", in M. BONELLI, F. BONELLI, *Contratti Internazionali e Principi Unidroit*, Milaan, Giuffrè, 1997, 188.

⁴⁷⁵ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 154.

woorden over laten aan de toepasselijke wet), zijn er toch bepaalde clauses die dit nader omschrijven⁴⁷⁶. Nergens in de door mij onderzochte clauses vond ik echter een verplichting terug om de overeenkomst te beëindigen. Het lijkt er dus sterk op dat het steeds om een mogelijkheid gaat.

Voorbeelden inzake beëindiging

*"... then the Manufacturer shall be entitled to request appropriate revision of the contractual terms or, in the event that the parties are unable to reach an agreement as regards to such a revision, the manufacturer may terminate the contract."*⁴⁷⁷

*"A défaut d'accord des parties dans un délai de ... jours à compter de la demande d'adaptation, chacune des parties aura la faculté de mettre fin au contrat, sans indemnité, moyennant un préavis de ... jours à notifier par lettre recommandée. Pendant ce préavis, les fournitures se poursuivront sans modification des conditions contractuelles."*⁴⁷⁸

(ii) Beroep op derden

215. De *hardship clause* zal vaak bepalen dat bij het falen van de onderhandelingen het probleem van de gewijzigde omstandigheden moet opgelost worden door een derde. Er is een ruime keuze inzake wie deze derde moet zijn. Zo is het gebruikelijk dat de clause voorziet dat een arbiter of een expert als derde wordt aangesteld⁴⁷⁹ maar het is, hoewel minder voorkomend, ook mogelijk dat men opteert voor een bemiddelaar of zelfs een rechtbank⁴⁸⁰.

Voorbeelden:

*"... the matter shall be referred for decision to three referees... All such referees shall be deemed to be acting as experts and not as arbitrators..."*⁴⁸¹

*"... (les parties) s'en remettraient à la décision d'un conciliateur..."*⁴⁸²

*"If after six (6) Months of good-faith negotiations the parties cannot agree on how best to modify this agreement to accommodate the changed circumstances the matter will be referred to ICC arbitration in accordance with Section... of this agreement. In reaching their conclusion, the arbitrators will attempt to preserve to the extent possible the economic benefits of the Projects for the parties."*⁴⁸³

⁴⁷⁶ M. FONTAINE, F. DE LY, Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses, Brussel, Bruylant, 2003, 519.

⁴⁷⁷ M. PRADO, Le Hardship dans le droit de commerce international, Brussel, Bruylant, 2003, 154.

⁴⁷⁸ M. FONTAINE, F. DE LY, Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses, Brussel, Bruylant, 2003, 518.

⁴⁷⁹ U. DRAETTA, R. LAKE, Contrats Internationaux: Pathologie et Remèdes", Brussel, Bruylant, 1996, 196; M. FONTAINE, F. DE LY, Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses, Brussel, Bruylant, 2003, 520.

⁴⁸⁰ M. PRADO, Le Hardship dans le droit de commerce international, Brussel, Bruylant, 2003, 162.

⁴⁸¹ M. FONTAINE, F. DE LY, Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses, Brussel, Bruylant, 2003, 520.

⁴⁸² M. FONTAINE, F. DE LY, Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses, Brussel, Bruylant, 2003, 520.

⁴⁸³ M. PRADO, Le Hardship dans le droit de commerce international, Brussel, Bruylant, 2003, 159.

216. Partijen doen er goed aan om, naast de kwalificatie van de derde, ook aan te duiden hoe deze derde moet worden aangesteld⁴⁸⁴. Wanneer het een arbiter betreft zal, indien de overeenkomst een dergelijke clause bevat, vaak verwezen worden naar de algemene arbitrageclause⁴⁸⁵. Het is echter ook mogelijk dat de procedure van aanstelling en de termijn waarbinnen deze moet gebeuren in de *hardshipclause* wordt geregeld⁴⁸⁶.

217. Het is ook belangrijk dat de *hardshipclause* aangeeft wat de taak van de derde is. Deze opdracht kan zowel expliciet als impliciet (door verwijzing naar het doel van de *hardshipclause*) opgenomen zijn. Het kan zijn dat de clause enkel toestaat dat de derde een advies verstrekt, maar het is ook mogelijk dat toegelaten wordt dat hij de overeenkomst beëindigt of aanpast⁴⁸⁷. Men moet hierbij steeds voor ogen houden dat bepaalde nationale rechtssystemen niet toelaten dat een derde de overeenkomst aanpast. De partijen zullen bij het opstellen van de *hardshipclause* dus steeds moeten nagaan of dit mogelijk is⁴⁸⁸.

Voorbeelden:

*"The arbitrators shall determine... what adjustments, if any, in the said price or in the other terms and conditions should be made for the purpose of paragraph (a)..."*⁴⁸⁹

*"... Dans ce cas les arbitres auront pour mission de proposer aux Parties, si faire se peut, des solutions permettant la poursuite de leurs relations."*⁴⁹⁰

218. Indien de derde enkel advies moet verlenen, gaat er van dit advies geen enkele bindende kracht uit. Partijen kunnen dit naast zich neerleggen⁴⁹¹. Het is ook mogelijk dat partijen het aan de derde toevertrouwen om de overeenkomst aan te passen. Indien deze taak aan een expert wordt toevertrouwd, dan zal deze als lasthebber voor de partijen optreden. De partij die weigert de door de expert opgelegde aanpassingen in acht te nemen, zal aldus een contractuele fout begaan⁴⁹². De zaken liggen iets anders wanneer aan een arbiter is opgedragen om de overeenkomst te wijzigen.

⁴⁸⁴ W. DEN HAERYNCK, "Drafting Hardship Clauses in International Contracts", D. CAMPBELL, *Structuring International Contracts*, Den Haag, Kluwer Law International, 1996, 241.

⁴⁸⁵ Zie derde voorbeeld

⁴⁸⁶ M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 521.

⁴⁸⁷ F. FUCCI, "Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment and Non-Performance of Contract – Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance", *Transnational Dispute Management*, 2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fucci.html>, p 32.

⁴⁸⁸ W. DEN HAERYNCK, "Drafting Hardship Clauses in International Contracts", D. CAMPBELL, *Structuring International Contracts*, Den Haag, Kluwer Law International, 1996, 241.

⁴⁸⁹ M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 521.

⁴⁹⁰ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, p. 158.

⁴⁹¹ C. SCHMITTHOFF, "Hardship and Intervener Clauses", *JBL*, 1980, 90.

⁴⁹² M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 156.

219. Hier rijst de vraag of een aanpassing door een arbiter wel rechtsgeldig is⁴⁹³. Immers, de bevoegdheid van een arbiter onder Belgisch recht wordt bepaald door het Gerechtelijk Wetboek. Dit voorziet enkel in de mogelijkheid tot beslechten van geschillen en niet tot aanpassing van een overeenkomst. De vraag stelt zich dus naar de waarde van een eventuele aanpassing door een arbiter. Heeft deze dezelfde waarde als een andere arbitrale beslissing of louter een contractuele waarde, op grond van de overeenkomst, tussen de partijen zoals bij een derde partijbeslissing door een expert. De verschillen zijn belangrijk. Op grond van een normale arbitrale beslissing kan een partij immers gedwongen tenuitvoerlegging vragen, terwijl bij een inbreuk op een contractsbepaling hij dit eerst gerechtelijk moet laten bevestigen.

3. Besluit

220. De *hardshipclause* kan een cruciale rol spelen in internationale duurovereenkomsten. Partijen kunnen op deze manier de toepassing van het strenge *pacta sunt servanda*-beginsel vermijden. Door de veelheid aan formuleringen is het opstellen van een *hardshipclause* echter niet evident. Onderstaand schema geeft dan ook de mogelijke stappen weer die partijen in overweging kunnen nemen.

⁴⁹³ M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 528; B. OPPETIT, "L'adaption des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship", *JDI*, 1974, 808; M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, p. 159; C. SCHMITTHOFF, "Hardship and Intervener Clauses", *JBL*, 1980, 82.

Schema van de hardshipclausule

Hypothese

- a) Omstandigheden:
 - Verstorende gebeurtenis
 - i) Aard:
 - algemeen
 - specifiek
 - gecombineerd
 - ev. Uitsluitingen
 - ii) (redelijkerwijze) onvoorzienbaar
 - iii) (redelijkerwijze) buiten de macht van de partijen
- b) Effect van de gebeurtenissen
 - Verstoring van het contractuele evenwicht (ev. drempel)
 - Excessief verzwaren van de uitvoering van de overeenkomst (ev. drempel)

Effect van de hardshipclausule

- a) Notificatie (inhoud)
- b) Onderhandelingen
 - i) Objectieve en subjectieve criteria
- c) Het slagen van de onderhandelingen
- d) Het falen van de onderhandelingen
 - i) Interne oplossingen
 - Behouden van de oorspronkelijke overeenkomst
 - Beëindigen van de overeenkomst
 - ii) Derde
 - Arbitrer/ expert
 - Advies/aanpassen

§3. De ICC Hardship Clause 2003

221. Uit het voorgaande deel blijkt duidelijk dat partijen bij het opstellen van hun *hardshipclause* beschikken over een brede waaier van formuleringen. Het is dan ook erg moeilijk om hieromtrent een standaardclausule op te stellen. Toch zijn met betrekking tot deze materie een aantal initiatieven genomen waarvan het belangrijkste ongetwijfeld uitgaat van de *International Chamber of Commerce*⁴⁹⁴ (ICC), die de zogenaamde ICC Hardship Clause 2003 redigeerde⁴⁹⁵. Deze clausule is ontstaan uit de arbitrale praktijk en komt tegemoet aan de noden van de internationale handel⁴⁹⁶.

222. De modelclausule biedt als voordeel dat ze door de partijen in de overeenkomst kan worden opgenomen en deze dus niet zelf een *hardshipclause* hoeven op te stellen⁴⁹⁷. De ICC clausule ziet er als volgt uit:

ICC Hardship Clause 2003⁴⁹⁸

(1) A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract

(2) Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that:

(a) the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that

(b) it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, the parties are bound, within reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event.

(3) Where paragraph 2 of this Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract.

223. Het valt op dat deze clausule net als de UPICC en de PECL aanvat met een huldiging van het *pacta sunt servanda*- beginsel. Slechts wanneer de uitvoering van de overeenkomst excessief verzwaaard wordt, en aan de overige voorwaarden is voldaan, kan de ICC Hardship Clause 2003

⁴⁹⁴ Het ICC is één van de grootste arbitragerechtbanken ter wereld en heeft daarnaast ontzettend veel werk verricht op het vlak van standaardisering van juridische concepten

⁴⁹⁵ De originele versie dateert van 1985.

⁴⁹⁶ W. MELIS, "Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration, *J. Int'l Arb.*, 1984, 216.

⁴⁹⁷ C. KESSEDJIAN, "Competing Approaches to Force Majeure and Hardship", *Int. Rev. Law Econ.*, 2005, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kessedjian.html>, 423.

⁴⁹⁸ ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003, ICC Publication N° 650 (E) – ISBN 92.842.1319.3. Published in its official English version by the International Chamber of Commerce, Paris, Copyright © 2003 – International Chamber of Commerce (ICC).

worden ingeroepen. De clause wijkt echter af van de UPICC en PECL wat betreft de gevolgen⁴⁹⁹. De *soft law* codificaties laten immers toe dat partijen bij het falen van de onderhandelingen naar de rechter stappen. De ICC Clause laat enkel toe dat de benadeelde partij naar de rechter/arbiter stapt om de overeenkomst te beëindigen⁵⁰⁰ indien haar tegenpartij geen redelijke alternatieven biedt⁵⁰¹. Als de benadeelde partij echter ten onrechte dergelijke alternatieven weigert, kan de tegenpartij een vordering indienen wegens contractbreuk⁵⁰². Op die manier worden de partijen aangespoord om door onderhandelingen zelf een oplossing uit te werken.

§4. Verwante clauses

224. Naast de *hardshipclause* bestaan nog een aantal andere clauses die het toelaten om de overeenkomst aan te passen, te herzien of te ontbinden. Deze clauses moeten echter duidelijk van de *hardshipclause* onderscheiden worden.

- *De force majeure clause*: hoewel de toepassingsvoorwaarden van de *hardshipclause* en de overmachtclause grotendeels gelijklopend zijn⁵⁰³, is er één duidelijk verschil. De *force majeure* clause zal slechts van toepassing zijn indien de uitvoering van de overeenkomst onmogelijk is geworden. De *hardshipclause* kan daarentegen aangewend worden indien de benadeelde partij nog steeds kan presteren maar dan tegen een hoge additionele kost⁵⁰⁴. Bovendien streven beiden een ander objectief na. Terwijl de overmachtclause tot doel heeft om de overeenkomst te ontbinden of tijdelijk op te schorten, zal de *hardshipclause* voorzien in een regeling die het mogelijk maakt om de overeenkomst in stand te houden⁵⁰⁵.
- *Clauses tot aanpassing van de overeenkomst* regelen de situaties waar zich omstandigheden voordoen die voorzien/voorzienbaar waren. Hierin verschillen deze clauses van de *hardshipclause*, die immers enkel kan aangewend worden indien de verstorende omstandigheid niet voorzien/voorzienbaar was⁵⁰⁶.

⁴⁹⁹ C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, New York, Kluwer Law International, 2009, p. 506; C. KESSEDJIAN, "Competing Approaches to Force Majeure and Hardship", *Int. Rev. Law Econ.*, 2005, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kessedjian.html>, 423.

⁵⁰⁰ De reden hiervoor kan wellicht gevonden worden in de vrees dat de rechter of arbiter een te grote macht zou krijgen om de overeenkomst aan te passen.

⁵⁰¹ Noot e) van de ICC Hardship Clause 2003, ICC Publ. No. 650, 17.

⁵⁰² C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, New York, Kluwer Law International, 2009, 506.

⁵⁰³ C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, New York, Kluwer Law International, 2009, 384.

⁵⁰⁴ H. KONARSKI, "Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice", *RDAL*, 2003, 405

⁵⁰⁵ BERGER, K., "Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators", *Vand. J. Transnat'l L.*, 2003, 1352; M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, p. 121.

⁵⁰⁶ M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 493.

- *Herzieningsclausules*, zoals een prijsherzieningsclausule of indexeringsclausule, verschillen fundamenteel van de *hardshipclausule*. Dergelijke clausules maken het mogelijk om de overeenkomst periodiek te herzien, zelfs indien de omstandigheden voorzienbaar waren⁵⁰⁷. Bovendien vereist een herzieningsclausule in tegenstelling tot de *hardshipclausule* niet dat het evenwicht tussen de partijen wordt verstoord⁵⁰⁸. Een prijsherzienings- of indexeringsclausule maakt het aldus mogelijk om in te spelen op normale marktfluctuaties.

⁵⁰⁷ B. OPPETIT, "L'adaption des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship", *JDI*, 1974, 796.

⁵⁰⁸ M. PRADO, *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 120.

HOOFDSTUK 3: NAAR EEN BELGISCHE IMPREVISIEREGELING?

225. Zoals reeds meerdere malen vermeld is België een van de weinige landen is die geen uitgewerkte regeling heeft voor het probleem van de gewijzigde omstandigheden. In dit deel wordt nagegaan of er in ons land een juridische nood bestaat voor een dergelijke imprevisieregeling en of een dergelijke regeling dan wel door de rechtspraak, dan wel door een wetsartikel moet tot stand komen. Eens de manier “waarop” vaststaat, zal ik op rechtsvergelijkende basis trachten een imprevisiebepaling op te stellen. Wel worden al deze vragen benaderd vanuit het handelsperspectief. Het is dus best mogelijk dat er voor niet- commerciële overeenkomsten andere benaderingen mogelijk zijn.

Titel 1: NOOD AAN EEN BELGISCHE IMPREVISIEREGELING

§1. Het huidige standpunt van de Belgische rechtsleer

226. Zoals reeds vermeld, wordt het Belgische recht tot op heden gekenmerkt door een opmerkelijk wantrouwen ten aanzien van de imprevisiegedachte⁵⁰⁹. Het strikte vasthouden aan het *pacta sunt servanda*- beginsel verhindert dat overeenkomsten, die door onvoorziene omstandigheden zijn aangetast, kunnen worden beëindigd of aangepast. Als we dit vergelijken met de ons omringende rechtssystemen zijn we echter vrij geïsoleerd⁵¹⁰. Het lijkt er dan ook op dat we in veel buitenlandse werken en artikelen als een curiosum worden beschouwd⁵¹¹.

227. Dergelijke halsstarrigheid wordt algemeen gemotiveerd op grond van de onschendbaarheid van de geldig tot stand gekomen overeenkomsten⁵¹². Niets belet echter dat de bindende kracht van de overeenkomsten ook het uitgangspunt kan zijn in het geval van gewijzigde omstandigheden. Integendeel, als we de in hoofdstuk 1 besproken rechtssystemen bekijken die één of andere imprevisieregeling kennen, dan zien we dat deze allemaal vertrekken van de bindende kracht van de overeenkomsten. Ook de UPICC⁵¹³ en de PECL⁵¹⁴ erkennen dit principe. Het is niet omdat de uitvoering van de overeenkomst moeilijker wordt dat de partijen daarom zomaar de aanpassing of

⁵⁰⁹ Cass. 14 april 1994, R.W. 1994 – 95, 434; dit arrest werd herbevestigd in 2006, Cass. 20 april 2006, C.03.0084.N.

⁵¹⁰ In de ons omringende rechtssystemen heeft de imprevisiegedachte hetzij via een wettelijke bepaling (Nederland, Duitsland, Griekenland), hetzij via de rechtspraak (Zwitserland) ingang gevonden. FONTAINE en DE LY stellen ook duidelijk dat een rechtsvergelijkende analyse aantoont dat de Belgische (en Franse) aanpak als te restrictief moet worden beschouwd, M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 489.

⁵¹¹ BRUNNER, C., *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, New York, Kluwer Law International, 2009, 404; U. DRAETTA, R. LAKE, *Contrats Internationaux: Pathologie et Remèdes*, Brussel, Bruylant, 1996, 181.

⁵¹² J. DUBAERE, “Een brug over troebel water”, R.W. 1988 – 89, 1419.

⁵¹³ Article 6.2.1. UPICC (“Where performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provision on hardship”)

⁵¹⁴ Article 6:111 (1) (“A party is bound to fulfill its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished.”)

beëindiging van de overeenkomst kunnen vragen. Aan contracteren is immers steeds een bepaald risico verbonden.

228. De laatste decennia klinkt de roep om verandering steeds luider en ik sluit me dan ook aan bij de gezaghebbende rechtsgeleerden zoals DUBAERE⁵¹⁵, FONTAINE⁵¹⁶, PHILLIPE⁵¹⁷, VAEL⁵¹⁸, VAN GERVEN⁵¹⁹ die pleiten voor de invoering van de improvisiegedachte in ons Belgisch recht. PHILLIPE geeft hiervoor vier goede redenen⁵²⁰. Het lijkt me dan ook interessant op deze punten wat nader in te gaan.

229. Vooreerst vormt het erkennen van de improvisie geen bedreiging voor de bindende kracht van de overeenkomst. Het waarom hiervan is reeds hierboven uitgelegd. Het uitgangspunt blijft de bindende kracht van de overeenkomst. De leer van de gewijzigde omstandigheden zou enkel toepassing vinden indien het contractuele evenwicht ernstig verstoord is en aan de voorwaarden van de improvisiebepaling voldaan is.

230. Een tweede reden is dat de improvisie kan worden gestoeld op het beginsel van de goede trouw (artikel 1134, 3^e lid B.W.). Dit principe wordt in de meeste rechtsstelsels beschouwd als de juridische grondslag voor de leer van de gewijzigde omstandigheden⁵²¹. Wanneer door gewijzigde omstandigheden het contractuele evenwicht drastisch wordt verstoord en de benadeelde partij door haar tegenpartij wordt gedwongen de overeenkomst uit te voeren, dan zal deze laatste niet in overeenstemming met de goede trouw handelen. Dit betekent dat het beginsel van de goede trouw een gedragsregel formuleert en dat aan die goede trouw een beperkende werking moet worden verleend⁵²². Dit moet de rechter toelaten om in bepaalde gevallen regulerend op te treden door de

⁵¹⁵ J. DUBAERE, "Een brug over troebel water", R.W., 1988 – 1989, 1420 (*"Voorstanders van de improvisie stellen dan ook terecht dat de rechtstreekse erkenning van de improvisie als grond voor wijziging, hier tot beter gefundeerde en ook beter gemotiveerde oplossingen zal leiden"*).

⁵¹⁶ M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 489 (*"Le droit comparé révèle également le caractère trop restrictif de l'approche franco-belge"*).

⁵¹⁷ D. PHILLIPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Brussel, Emile Bruylant, 1986, 651; D. PHILIPPE, "L'imprévision", J.T., 2007, 740 (*"Nous croyons qu'il convient donc de reconnaître en droit belge le bouleversement de l'économie contractuelle"*).

⁵¹⁸ L. VAEL, "Beschouwingen over het improvisieeleerstuk: omtrent de eventuele ontsluiting van de overeenkomst in geval van een gewijzigd contractueel verhoudingskader", T.P.R., 2004, 748; L. VAEL, "Enkele beschouwingen betreffende het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden (improvisieeleer): omtrent de lotsverbondenheid van contractspartijen bij een gewijzigd contractueel verhoudingskader", in J. SMITS, S. STIJNS, *Remedies in het Belgische en Nederlandse Contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 241 (*"Voor wat het Belgische recht betreft zou naar ons oordeel een wetgevende tussenkomst ... het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden kunnen ontwarren..."*).

⁵¹⁹ W. VAN GERVEN, "Langdurige overeenkomsten, prijsbepaling, aanpassing wegens onvoorziene omstandigheden, conflictregeling", in DEKKERS, R., *Hulde aan René Dekkers*, Brussel, Bruylant, 1982, 398: (*"... is er naar Belgisch recht geen mogelijkheid om voor de debiteur om aan zijn verzwaarde plicht te ontsnappen. Het Belgisch recht heeft op dit punt duidelijk behoefte aan herziening"*).

⁵²⁰ D. PHILIPPE, "L'imprévision", J.T., 2007, 740.

⁵²¹ C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, New York, Kluwer Law International, 2009, 394.

⁵²² J. DUBAERE, "Een brug over troebel water", R.W., 1988 – 1989, 1422.

overeenkomst aan te passen. Deze visie is, in tegenstelling tot in andere rechtssystemen, nooit in het Belgische recht aanvaard. Nochtans is de goede trouw het concept bij uitstek om de imprevisie te regelen. Haar flexibiliteit laat het enerzijds toe om de overeenkomst aan te passen en anderzijds biedt het de rechter de mogelijkheid een marginale controle uit te oefenen en dus slechts in uitzonderlijke gevallen toe te passen⁵²³.

231. Wel kan, naar Belgisch recht, de goede trouw gebruikt worden als interpretatiereg⁵²⁴. Ook deze regel biedt mogelijkheden om de imprevisiegedachte doorgang te laten vinden. Het principe van de goede trouw wordt dan gebruikt als een zogenaamde “*gap filler*”⁵²⁵. Indien de partijen niks bedongen hebben, moet de rechter op zoek gaan naar wat op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst de bedoeling was van de partijen. Hij kan hierbij alle omstandigheden in acht nemen en oordelen of de verstoringe gebeurtenis al dan niet voorzienbaar of redelijkerwijze voorzienbaar was⁵²⁶. Indien deze niet voorzienbaar was, kon het onmogelijk de werkelijke wil van de partijen geweest zijn.

232. Ook het feit dat de afwezigheid van imprevisie in ons recht door de rechtspraak soms wordt omzeild door een exorbitante en verkeerde toepassing van andere juridische concepten zoals overmacht, noodweer, verval van oorzaak, dwaling, ... kan als argument worden ingeroepen voor de invoering van een *hardshipregel*. Dit spreekt voor zich. Dergelijke rechtsfiguren zijn immers niet ontwikkeld voor het oplossen van problemen ontstaan door gewijzigde omstandigheden. Ik haal hier dan ook enkel kort het voorbeeld aan dat PHILIPPE⁵²⁷ in zijn tekst geeft: tijdens de jaren 60 werden ten gevolge van enkele tragische gebeurtenissen nieuwe veiligheidsmaatregelen opgedrongen aan dancings. De uitvoering van de overeenkomst werd aldus veel moeilijker. De verpachter werd van zijn verplichtingen ontheven op grond van overmacht, terwijl het eigenlijk om een situatie van imprevisie ging. Het verwerpen dergelijke gewijzigde contracteconomie leidde tot incoherenties en een grotere rechtsonzekerheid.

233. Een vierde en laatste reden heeft betrekking op duurcontracten. Vaak wordt als argument tegen imprevisie ingebracht dat een strikte toepassing van het *pacta sunt servanda beginsel* er toe zal leiden dat partijen meer zorg zullen besteden aan hun overeenkomsten en dus voorzien in de nodige beschermingsclausules⁵²⁸. Dit argument kan echter niet bijgetreden worden en het is zoals PHILIPPE terecht opmerkt: veel lange termijn overeenkomsten kunnen niet zonder een vorm van imprevisie.

⁵²³ D. PHILIPPE, “L'imprévision”, *J.T.*, 2007, 740.

⁵²⁴ W. DE BONT, “Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *T.P.R.*, 1984, 111.

⁵²⁵ H. KÖTZ, K. ZWIEGERT, *An introduction to Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998, 535 – 536.

⁵²⁶ Er mag immers aangenomen worden dat sommige risico's door de partijen redelijkerwijze voorzienbaar waren. Zo zal een normale prijsstijging of prijsdaling steeds voorzienbaar zijn.

⁵²⁷ D. PHILIPPE, “L'imprévision”, *J.T.*, 2007, 740.

⁵²⁸ O. LANDO, H. BEALE, *Principles of European Contract Law*, Den Haag, Kluwer Law International, 2000, 323.

Er kunnen immers diverse redenen zijn waarom de partijen niet voorzien hebben in adequate *hardship*/adaptatieclausules. Het kan bijvoorbeeld zijn dat de partijen geen voldoende kennis hebben om dergelijke clausules op te stellen. Zelfs al hebben partijen de nodige kennis en worden clausules opgesteld dan kan het nog zijn dat partijen aan bepaalde risico's nooit gedacht hebben. Verder is het ook mogelijk dat de economisch sterkere geen oor heeft naar een *hardshipclause* en haar tegenpartij het contract niet wil laten afspringen omwille van dergelijke reden. In al deze voorbeelden zou een imprevisiebepaling een oplossing kunnen bieden.

234. Deze vier redenen moeten volgens mij zeker voldoende zijn om te besluiten dat er nood is aan een imprevisieregeling in het Belgische recht. Neem daarbij nog dat een aanpassing in geval van gewijzigde omstandigheden bijdraagt tot het handhaven van de contractuele stabiliteit en dat daarmee beide partijen geholpen zijn, en het wordt enigszins moeilijk om de afwijzing van het Hof van Cassatie en/of het stilzwijgen van onze Belgische wetgever te verklaren.

§2. Rechtspraak vs. wet

235. Nu er toch een aantal goede argumenten pro imprevisie pleiten, is de volgende vraag die moet gesteld hoe deze imprevisie in ons Belgische recht ingang moet vinden. Hier kunnen twee stellingen verdedigd worden, namelijk invoering via de rechtspraak van het Hof van Cassatie of door een wettelijke bepaling. De meeste auteurs zijn van oordeel dat het leerstuk van de gewijzigde omstandigheden door de wet moet worden geregeld. Een enkeling oordeelt hier anders over⁵²⁹.

236. Volgens DUBAERE is een wettelijke bepaling niet wenselijk daar zij mogelijk haar doel voorbij zou schieten. Hij stelt: *“de leer van de onvoorziene omstandigheden behoort tot het domein van de rechtsvinding in het individuele geval waar maatstaven van redelijkheid en billijkheid de rechter het precies mogelijk moeten maken de algemene regel met de nodige soepelheid toe te passen. Aan een wettelijke regeling van de imprevisie is het gevaar inherent dat aan de rechter de nodige flexibiliteit wordt ontnomen om in elk concreet geval te oordelen of de aanpassing van de overeenkomst aangewezen is”*⁵³⁰. Het lijkt echter moeilijk deze stelling bij te treden. Het is inderdaad zo dat, door een te beperkte omschrijving van het toepassingsgebied van de imprevisie, een aantal gevallen van een billijke oplossing worden verhinderd. Maar eerder dan te strikte definiëring van het toepassingsgebied kan een wettelijke bepaling een aantal voorwaarden opleggen waaraan de veranderende omstandigheden moeten voldoen om als imprevisiegeval te worden aanzien. Dit verklaart waarom buitenlandse imprevisiebepalingen vaak erg lang zijn. Door het formuleren van

⁵²⁹ J. DUBAERE, “Een brug over troebel water”, *R.W.*, 1988 – 1989, 1421.

⁵³⁰ J. DUBAERE, “Een brug over troebel water”, *R.W.*, 1988 – 1989, 1421.

open toepassingsvoorwaarden⁵³¹, krijgt een rechter een ruime beoordelingsmarge en is het aldus mogelijk de wettelijke bepaling soepel te interpreteren.

237. Bovendien zijn er nog meer redenen die pleiten voor de invoering door een wettelijke bepaling. Vooreerst lijkt het Hof van Cassatie niet van plan om zijn rechtspraak aangaande het standpunt van de imprevisieer te herzien⁵³². Zolang de wetgever geen uitdrukkelijke formele grondslag ter beschikking stelt, zal het beginsel van de verbindende kracht van de overeenkomst wellicht voorrang blijven genieten op het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden⁵³³. Een ander punt aangehaald door VAEL is dat via wetgeving “*preventief*” kan opgetreden worden, terwijl rechtspraak het nadeel heeft dat ze enkel “*curatief*” is⁵³⁴. Het lijkt inderdaad juist te stellen dat een wetgevende bepaling een grotere rechtszekerheid inhoudt. Bovendien moet men steeds in gedachte houden dat rechtspraak evolutief is. De partijen (en in het bijzonder de economisch zwakker partij) zullen dan ook het meest gebaat zijn bij een wetgevend optreden, aangezien ze op voorhand weten waar ze aan toe zijn. Iedereen wordt immers geacht de wet te kennen⁵³⁵ maar men kan echter moeilijk van de partijen verlangen dat zij onderricht zijn in de rechtspraak van ons Hof van Cassatie.

238. Nu duidelijk is dat het een wetsbepaling het middel bij uitstek is om de leer van de gewijzigde omstandigheden te regelen, rest alleen nog de vraag naar de precieze locatie van deze imprevisiebepaling. VAEL stelt voor om of een nieuw vierde lid aan artikel 1134 B.W. of een 1134*bis* B.W in te voeren⁵³⁶. Als men deze locatie vergelijkt met het Nederlandse Burgerlijke Wetboek en Frankrijk Code Civil, lijkt dit inderdaad de aangewezen plek. De imprevisiebepaling in het Nederlandse recht (artikel 6:258 N.B.W.) is terug te vinden in boek 6, afdeling 4: de rechtsgevolgen van de overeenkomst en ook het voorstel tot invoering van de bepaling inzake de gewijzigde omstandigheden in Frankrijk (1135 C.C.) bevindt zich onder de boek 3, titel 3, hoofdstuk 3: gevolgen van de verbintenissen. Het zou dan ook logisch zijn moest het in het Belgische recht onder hetzelfde

⁵³¹ Begrippen als verstoring van het contractuele evenwicht, voorzienbaarheid, maatstaven van redelijkheid en billijkheid, buiten de controle van de partijen, ... zijn allemaal open en vage normen die tot doel hebben zoveel mogelijk gevallen onder het toepassingsgebied te brengen en het aan de rechter overlaten om, alle omstandigheden in acht genomen, deze begrippen te interpreteren.

⁵³² Niet na de ondubbelzinnige strekking van de Cassatiearresten van 7 februari (Cass. 7 februari 1994, *R.W.* 1994-95, 121) en 14 april 1994 (Cass. 14 april 1994, *R.W.*, 1994-95, 434) en ook gelet op het feit dat Cassatie deze rechtspraak in een recent arrest van 20 april 2006 herhaald heeft (C.03.0084.N).

⁵³³ L. VAEL, “Beschouwingen over het imprevisieerstuk: omtrent de eventuele ontsluiting van de overeenkomst in geval van een gewijzigd contractueel verhoudingskader”, *T.P.R.*, 2004, 738.

⁵³⁴ L. VAEL, “Enkele beschouwingen betreffende het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden (imprevisieer): omtrent de lotsverbondenheid van contractspartijen bij een gewijzigd contractueel verhoudingskader”, in J. SMITS, S. STIJNS, *Remedies in het Belgische en Nederlandse Contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 241.

⁵³⁵ “*nemo censetur ignorare legem*”, M. VAN HOECKE, “De algemene rechtsbeginselen als rechtsbron: een inleiding”, in M. VAN HOECKE (red.), *Algemene Rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 3-28.

⁵³⁶ L. VAEL, “Beschouwingen over het imprevisieerstuk: omtrent de eventuele ontsluiting van de overeenkomst in geval van een gewijzigd contractueel verhoudingskader”, *T.P.R.*, 2004, 748 (voetnoot 120).

hoofdstuk komen te vallen, temeer daar de goede trouw de grondslag vormt voor de imprevisiegedachte.

§3. Een Belgische wetsbepaling

239. Uit de voorgaande 2 paragrafen blijkt duidelijk dat het Belgische recht nood heeft aan een wettelijke imprevisiebepaling. In dit deel zal dan ook gepoogd worden een dergelijke bepaling op te stellen. Hiervoor zal gebruik worden gemaakt van elementen uit de boven besproken rechtsstelsels alsook uit de Principles. Sommige van deze elementen zullen in elk rechtsstelsel opduiken en moeten dus als essentieel worden gekenmerkt. Het moet nogmaals worden opgemerkt dat hierbij enkel getracht wordt een wetsbepaling te redigeren die van toepassing is op commerciële overeenkomsten.

1. Algemeen

240. Deze uiteenzetting zal voor het gemak worden onderverdeeld in twee delen. In een eerste deel zal ik de verschillende *harde* en *softe* rechtsstelsels naast elkaar leggen en er de, naar mijn mening, meest geschikte elementen uithalen. Het tweede deel zal dan het werkelijke artikel bevatten.

241. Alvorens de inhoud van de imprevisiebepaling uiteen te zetten, wil ik erop wijzen dat dit artikel enkel het gewenste effect zal bereiken indien het een bepaling van imperatief recht⁵³⁷ is. Dit versterkt immers de rechtszekerheid van de partijen. Het dwingende karakter verzet zich er echter niet tegen dat partijen de wijziging of ontbinding van bepaalde omstandigheden contractueel uitsluiten⁵³⁸. Wel moet een contractuele bepaling die de toepassing van het artikel volledig uitsluit als nietig worden beschouwd⁵³⁹. Verder is het aangewezen dat de bepaling inzake gewijzigde omstandigheden van toepassing is op alle overeenkomsten en dus niet enkel wederkerige overeenkomsten, zoals in het Duitse recht het geval is⁵⁴⁰, of op overeenkomsten die een opeenvolgende of gespreide uitvoering vragen, zoals het Franse *Catala* voorstel⁵⁴¹. Ook andere overeenkomsten kunnen immers door gewijzigde omstandigheden aangetast worden.

⁵³⁷ Ook bijvoorbeeld in het Nederlandse recht is deze bepaling van dwingend recht. Dit volgt uit artikel 6:250 N.B.W. dat stelt dat partijen niet door overeenkomst kunnen afwijken van artikel 6:258 N.B.W.; Contra C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, New York, Kluwer Law International, 2009, 424 ("For practical purposes it can be said that the hardship exemption is not of a mandatory character, as the parties may provide for a particular risk assumption and its conditions.")

⁵³⁸ Ook in de hardshipclausule kunnen partijen bepaalde omstandigheden uitsluiten, cf. *supra* 74, nr. 195.

⁵³⁹ K. WAGNER, *Sancties in het Burgerlijk Procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2007, 66.

⁵⁴⁰ *Supra* 25, nr. 60.

⁵⁴¹ *Supra* 18, nr. 40.

2. Bestanddelen van de imprevisie/ *hardship* bepaling

242. In alle onderzochte rechtsstelsels wordt de bepaling inzake de gewijzigde omstandigheden op één of andere wijze opgedeeld in twee delen, waarbij het ene deel de toepassingsvoorwaarden bepaalt en het andere de gevolgen omschrijft die dit met zich kan meebrengen.

a. Toepassingsvoorwaarden

243. Hoewel de toepassingsvoorwaarden zeker niet overal gelijk zijn, lijken een aantal voorwaarden steeds terug te keren. Zo zal het meestal gaan om (i) een omstandigheid die een zeer ernstige verandering teweeg brengt, (ii) moet de omstandigheid zich voordoen na het sluiten van de overeenkomst zijn, (iii) mag het voorvallen van de gebeurtenis niet te wijten zijn aan de benadeelde partij (*i.e.* het voorvallen van de gebeurtenis moet buiten haar controle vallen) en (iv) mag de benadeelde partij het risico ook niet veronderstellen.

244. Voordat we overgaan tot de bespreking van deze voorwaarden, moet eerst nog iets gezegd worden over de aard van de gebeurtenis zelf. In geen enkel van de door mij onderzochte rechtsstelsels is enige beperking gesteld met betrekking tot de aard van de gebeurtenis. Dit betekent dat alle mogelijke gebeurtenissen, of ze nu feitelijk, politiek, economisch, financieel of zelfs door de wet zijn opgelegd, in acht worden genomen, zolang ze maar een zeer ernstige verandering teweeg brengen. Dit is vrij evident, gezien al deze gebeurtenissen een grote impact kunnen hebben op de overeenkomst. Het is dan ook wenselijk dat ook een Belgische imprevisiebepaling hier geen beperkingen aan stelt.

(i) *De omstandigheid moet een zeer ernstige verandering teweeg brengen*

245. De voorwaarde dat de gebeurtenis of omstandigheid een zeer ernstige verandering moet teweeg brengen, is wellicht de belangrijkste vereiste en is dan ook in elk rechtsstelsel terug te vinden. Deze voorwaarde impliceert immers dat partijen hun rechten en plichten moeten nakomen, zelfs wanneer de uitvoering van de overeenkomst moeilijker is dan voorzien. Het *pacta sunt servanda*- beginsel is dus de regel.

246. De meeste nationale rechtsstelsels hebben, bij het opstellen van hun imprevisiebepaling, dan ook benadrukt dat de rechter deze bepaling restrictief moet toepassen. Zo bepaalt de Nederlandse parlementaire geschiedenis dat de rechtbanken de bepaling van artikel 6:258 N.B.W. *met terughoudendheid* moeten hanteren⁵⁴². Ook het Duitse Bundesgerichtshof bepaalde in haar vroegere rechtspraak steeds dat de theorie van de *Wegfall der Geschäftsgrundlage* slechts in exceptionele

⁵⁴² Parl. Gesch. Boek 6, 974; M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 333.

omstandigheden mag toegepast worden⁵⁴³. Deze visie is, met de invoering van §313 BGB, niet veranderd. De twee besproken *soft law* codificaties gaan nog een stap verder en bepalen uitdrukkelijk dat prestaties uitgevoerd moeten worden, zelfs indien deze uitvoering zwaarder blijkt dan verwacht⁵⁴⁴. Een dergelijke expliciete bepaling lijkt me in het Belgische recht niet noodzakelijk. Gelet op haar plaats in het Burgerlijk Wetboek (artikel 1134, 4^{de} lid B.W.) is het voldoende dat het artikel bepaalt dat het slechts van toepassing is bij wijze van uitzondering op artikel 1134, 1^e lid.

247. Verder hebben alle rechtstelsels een formulering opgenomen die bepaalt wanneer de gebeurtenissen of omstandigheden van die aard zijn dat ze een ingrijpen toelaten. De meeste rechtstelsels bepalen dat de *uitvoering excessief moet verzwaaard zijn*⁵⁴⁵ of dat *de omstandigheden het contractuele evenwicht van de overeenkomst fundamenteel moeten verstoren*⁵⁴⁶. Alleen het Nederlandse recht lijkt hiervan af te wijken door te stipuleren dat de *omstandigheden van die aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding mag verwachten*⁵⁴⁷. De Nederlandse wetgever heeft hiermee een eerder vage formulering opgenomen⁵⁴⁸. Hoewel beide bewoordingen (excessief verzwaaard en verstoren van het contractueel evenwicht) mij onderling verwisselbaar⁵⁴⁹ lijken, geeft PHILIPPE de voorkeur aan het *fundamenteel verstoren van het contractuele evenwicht*⁵⁵⁰. Deze laatste formulering verdient inderdaad de voorkeur daar ze de indruk geeft meer objectief te zijn.

248. Tenslotte rijst de vraag wanneer een gebeurtenis het evenwicht tussen de partijen *fundamenteel* verstoord is. Het antwoord op deze vraag is verre van eenvoudig. In de meeste nationale staten heeft de rechtspraak een soort van drempel uitgewerkt die bepaalt of het contractueel evenwicht al dan niet fundamenteel is verstoord. Deze drempel zal uitgedrukt worden in een percentage waarmee de kost van de prestatie moet stijgen de waarde van de tegenprestatie

⁵⁴³ Zie BGH, 13 november 1975, NJW 1976, 565; BGH 11 oktober 1994 NJW 1995, 47; Het Duitse BGH begon zijn formule steeds met *“Nicht schon jede Störung der Geschäftsgrundlage ist rechtlich bedeutsam. Angesichts der überragenden Bedeutung, die im Vertragsrecht dem Grundsatz der Vertragstreue zukommt, ist die Berufung auf eine Erschütterung der Geschäftsgrundlage nur ausnahmsweise zulässig.”*; C. BRUNNER, Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration, New York, Kluwer Law International, 2009, 406.; M. W. HESSELINK, De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht, Deventer, Kluwer, 1999, 333.

⁵⁴⁴ Artikel 6.2.1. UPICC (*“When performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligation subject to the following provision on hardship”*); Artikel 6.1.1.1 (1) (*“A party is bound to fulfill its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished”*)

⁵⁴⁵ Artikel 6:111 (1) PECL, *supra* 67, nr. 176.

⁵⁴⁶ L'avant Project “Catala”, *supra* 18, nr. 40; §313 BGB, *supra* 26 nr. 63; artikel 6.2.2. UPICC, *supra* 58, nr. 150.

⁵⁴⁷ *Supra* 21, nr. 48.

⁵⁴⁸ HESSELINK heeft hiervoor als reden dat de Nederlandse Wetgever geen buitenlandse criteria wouden overnemen. Hij voegt er echter wel aan toe dat *“het niet de bedoeling is dat deze vage formulering ertoe zal leiden dat de rechter snel in een overeenkomst zal ingrijpen.”*, M. W. HESSELINK, De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht, Deventer, Kluwer, 1999, 335.

⁵⁴⁹ Contra R. BACKHAUS. “The Limits of the Duty to Perform in the Principles of European Contract Law”, *EJCL*, 2004, <http://www.ejcl.org>, 18.

⁵⁵⁰ D. PHILIPPE, “L'imprévision”, *J.T.*, 2007, 740.

moet dalen⁵⁵¹. Als een dergelijke drempel bijvoorbeeld op 50% ligt, dan zal de kost van de uitvoering met 50% moeten stijgen. Stijgt deze met minder dan, zal er geen fundamentele verstoring zijn van het contractuele evenwicht. De grote nationale rechtsstelsels, zoals Duitsland en VSA, nemen een drempel van rond de 100 à 110 %⁵⁵². Het is evident dat dergelijke drempels slechts een vertrekpunt vormen omdat de rechter immers steeds alle relevante omstandigheden in acht moet nemen⁵⁵³, maar het kan een goede indicator zijn om te bepalen vanaf wanneer de overeenkomst *fundamenteel* verstoord is.

(ii) *De omstandigheid moet zich voordoen na het sluiten van de overeenkomst*

249. Een tweede toepassingsvoorwaarde die moet opgenomen worden in de imprevisiebepaling heeft betrekking op het tijdstip waarop de omstandigheid zich moet voordoen. Het moet gaan om een omstandigheid die zich na het sluiten van de overeenkomst heeft voorgedaan. Indien deze omstandigheden zich vóór het sluiten van de overeenkomst hebben voorgedaan, dan moeten partijen beroep doen op het leerstuk van de dwaling. De meeste rechtsstelsels bevatten een dergelijke vereiste. Zo stelt §313 (1) BGB dat “*het moet gaan omstandigheden die zich voordoen na het sluiten van de overeenkomst*”. Ook artikel 6:111 (2a) bevat een gelijkaardige vereiste⁵⁵⁴.

250. De UNIDROIT Principles voorzien in een andere regeling. Artikel 6.2.2 (a) UPICC bepaalt dat de situaties waarbij de omstandigheden reeds waren ingetreden op het moment van het sluiten van de overeenkomst, maar op dat moment redelijkerwijze niet aan de partijen bekend waren, op eenzelfde manier behandeld moeten worden als situaties waarbij de omstandigheden zich voordoen na het sluiten van de overeenkomst. Een dergelijke bepaling kan in het Belgische recht in botsing komen met de figuur van dwaling omtrent het voorwerp. Het is waar dat de sanctie van dwaling⁵⁵⁵ erg streng is en dat een mogelijkheid tot aanpassing billijker is, maar dit rechtvaardigt mijn inziens niet dat in dergelijke gevallen beroep wordt gedaan op de imprevisiebepaling. Bovendien staat niets de partijen in de weg hiervoor zelf een oplossing uit te werken.

(iii) *Niet te wijten aan de benadeelde partij*

251. PHILIPPE werpt het feit dat de gebeurtenis niet te wijten mag zijn aan de partij die ze inroept op als één van de voorwaarden van de imprevisie⁵⁵⁶. De benadeelde partij mag met andere woorden

⁵⁵¹ C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, New York, Kluwer Law International, 2009, 426.

⁵⁵² O. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, Beck, 2005, 456 G. H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, Londen, Sweet & Maxwell, 2004, para. 6-010.

⁵⁵³ C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, New York, Kluwer Law International, 2009, 431.

⁵⁵⁴ Artikel 6:111 (2a) PECL stelt dat de gewijzigde omstandigheid “*moet plaatsvinden na het sluiten van de overeenkomst*”.

⁵⁵⁵ Met name nietigheid.

geen fout hebben begaan die leidt tot het ontstaan van de verstorende gebeurtenis. Deze vereiste is zowel in het Duitse⁵⁵⁷, Nederlandse⁵⁵⁸ als Amerikaanse⁵⁵⁹ recht terug te vinden. Ook de UPICC bevat een bepaling die stelt dat de gebeurtenis zich buiten de controle van de benadeelde partij moet voordoen⁵⁶⁰. Enkel de PECL bevat hieromtrent niets, maar men mag aannemen dat deze vereiste zich ook onder artikel 6:111 PECL stelt⁵⁶¹.

252. Het zou, in navolging van het Amerikaanse recht⁵⁶², aangewezen zijn om te opteren voor een ruime toepassing van het concept *fout*. De benadeelde partij zal dan niet alleen een *fout* begaan wanneer deze moedwillig is, maar ook wanneer hij nalatig is. Dit moet de partijen ertoe aanzetten om een grotere zorgvuldigheid aan de dag te leggen bij het uitvoeren van de overeenkomst. Bovendien bevestigt een ruime interpretatie nogmaals dat het invoeren van de imprevisiebepaling alleen in uitzonderlijke gevallen mogelijk is.

(iv) *De benadeelde partij mag het risico niet veronderstellen*

253. Een laatste vereiste is dat de benadeelde partij het risico niet zelf mag aanvaard hebben. Deze voorwaarde stelt zich duidelijk in de *soft law* codificaties. In UNIDROIT Principles is bijvoorbeeld bepaald dat “*de benadeelde partij het risico van de gebeurtenissen niet had verondersteld*”⁵⁶³. De PECL voorziet in een gelijkaardige bepaling⁵⁶⁴. Ook in de meeste nationale rechtsstelsels is een dergelijke voorwaarde terug te vinden. Zo spreekt men in het Nederlandse recht van het contractueel verdisconteren van het risico⁵⁶⁵. In het Duitse recht moeten, om te bepalen of de grondslag fundamenteel is, “*alle omstandigheden van de zaak in acht genomen worden en met bijzondere aandacht voor de contractuele of wettelijke verdeling van de risico*”⁵⁶⁶. Deze voorwaarde zal belangrijk zijn om te bepalen of de rechter de overeenkomst al dan niet kan aanpassen/ontbinden⁵⁶⁷. Indien partijen het risico aanvaard hadden, is het evident dat ze noch de

⁵⁵⁶ D. PHILIPPE, “L'imprévision”, *J.T.*, 2007, 740.

⁵⁵⁷ *Supra* 26, nr. 63.

⁵⁵⁸ *Supra* 23, nr. 53 e.v.

⁵⁵⁹ *Supra* 34, nr. 88.

⁵⁶⁰ Artikel 6.2.2. (d) UPICC. (“*the events are beyond the control of the disadvantageded party*”).

⁵⁶¹ *Supra* 67, nr. 177 en verwijzingen aldaar

⁵⁶² *Supra* 34n nr. 88.

⁵⁶³ Artikel 6.2.2. (d) UPICC (“*The risk of the events was not assumed by the disadvantaged party*”).

⁵⁶⁴ Artikel 6:111 (c) PECL (“*The risk of the change of circumstances is not one, which, according to the contract, the party affected should be required to bear*”).

⁵⁶⁵ M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 342.

⁵⁶⁶ §313 (1) BGB (“*Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderen Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann*”).

⁵⁶⁷ M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 343.

aanpassing, noch de ontbinding kunnen vorderen. De vereiste is dan ook onontbeerlijk voor een Belgische imprevisiebepaling.

b. Gevolgen

254. Nu de toepassingsvoorwaarden van de imprevisiebepaling vastliggen, moeten de gevolgen worden bepaald die de vaststelling van de gewijzigde omstandigheden met zich kan meebrengen. Er zijn twee mogelijke gevolgen: (i) de partijen gaan over tot heronderhandelingen of (ii) de zaak wordt aanhangig gemaakt bij een rechter teneinde de overeenkomst te laten beëindigen of aan te passen. Op dit vlak bestaan er tussen de besproken rechtsstelsels grote verschillen⁵⁶⁸. Het komt er dan ook op aan deze verschillen naast elkaar te leggen en op zoek te gaan naar de beste keuze.

(i) De plicht om te heronderhandelen

255. In geen van de door mij besproken nationale rechtsstelsels wordt een verplichting opgelegd om te heronderhandelen. Zowel de bepaling in het Nederlands⁵⁶⁹, Duitse⁵⁷⁰ als Amerikaanse⁵⁷¹ recht verwijzen partijen onmiddellijk door naar de rechter. In het Franse voorontwerp “*Catala*” kan de benadeelde partij de tegenpartij wel dwingen tot heronderhandelingen, maar hij moet hiervoor eerst toestemming vragen aan de rechter⁵⁷². Hierin verschillen de nationale rechtsstelsels duidelijk van de beide sets van Principles. Artikel 6.2.3 (1) UPICC zowel als artikel 6:111 (2) PECL voorzien uitdrukkelijk dat, in het geval van *hardship* de benadeelde partij haar tegenpartij moet verzoeken om de heronderhandelingen op te starten. Dit met het oog op de aanpassing of de beëindiging van de overeenkomst.

256. Ondanks de afwezigheid van de plicht tot heronderhandelen in de nationale rechtsstaten valt veel te zeggen voor een dergelijke verplichting. Partijen zijn immers het beste geplaatst om alternatieven te zoeken eens vastgesteld is dat de overeenkomst door *hardship* werd aangetast. Bovendien zal men tijd en kosten sparen als men zelf een regeling treft. Daarenboven zou een verplichting om te heronderhandelen de werkdruk bij de rechtbanken enigszins verlichten en dus vanuit rechtseconomisch standpunt meer verantwoord zijn. Een dergelijke verplichting mag dan ook, mijns inziens, niet ontbreken in onze Belgische imprevisiebepaling.

⁵⁶⁸ BERGER, K., “Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators”, *Vand. J. Transnat’l L.*, 2003, 1356.

⁵⁶⁹ *Supra* 23, nr. 55. Nederlandse rechtsgeleerden hebben deze afwezigheid echter bekritiseerd en suggereren dat men een plicht tot heronderhandelingen in geval van onvoorziene omstandigheden zou kunnen baseren op basis van de algemene bepaling van redelijkheid en billijkheid, zie D. BUSCH, “Contents and Effects, Art 6:111”, in *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 289.

⁵⁷⁰ *Supra* 28, nr. 69. Sommige Duitse rechtsgeleerden bepleiten dat §313 een plicht tot heronderhandelen doet ontstaan die gebaseerd is op § 241, 2^{de} alinea BGB (goede trouw),

⁵⁷¹ *Supra* 36, nr. 93 e.v.

⁵⁷² *Supra* 18, nr. 41.

257. Nu vastgesteld is dat onze imprevisiebepaling wel zou varen bij een heronderhandelingsplicht, moeten er nog een aantal zaken verduidelijkt worden, met name: (i) wat is het doel van de heronderhandelingen, (ii) wat gebeurt er als een partij weigert te heronderhandelingen of (iii) de onderhandelingen foutief worden afgebroken en (iv) wat is tenslotte het lot van de overeenkomst tijdens deze heronderhandelingen?

- (i) Over wat met de heronderhandeling wordt beoogt, kan ik kort zijn. Artikel 6:111 (2) PECL bepaalt dat *“de partijen verplicht zijn om in onderhandelingen te treden met het oog op een aanpassing of een beëindiging van de overeenkomst.”* Het lijkt echt niet noodzakelijk om dit doel uitdrukkelijk te vermelden. Artikel 6.2.3 UPICC heeft op dit punt immers niets bepaald. Men mag desalniettemin aannemen dat ook hier de heronderhandelingen worden gevoerd met het oog op de aanpassing of beëindiging van de overeenkomst⁵⁷³. Om die reden zal ik een dergelijke formulering dan ook niet opnemen.
- (ii) Wat de sanctie betreft indien de tegenpartij weigert te heronderhandelen, hierover heeft artikel 6.2.3 UPICC geen bepaling opgenomen. Onder de UNIDROIT Principles is het dus mogelijk om de heronderhandelingen af te wijzen zonder motivatie en zonder dat deze daarvoor een schadevergoeding moet betalen⁵⁷⁴. Artikel 6:111 (3) PECL bepaalt daarentegen dat de rechter een vergoeding kan toekennen voor het verlies dat geleden wordt doordat deze weigert te onderhandelen. De tegenpartij doet er hier dus goed aan zijn weigering te motiveren. Het lijkt me nuttig te bepalen dat de rechter, bij afwezigheid van een duidelijke motivering, de weigerende tegenpartij kan veroordelen tot een schadevergoeding (en eventueel de proceskosten). Een niet gemotiveerde weigering kan immers duiden op onwil, daar waar het misschien nog mogelijk is dat de partijen een oplossing uitwerken.
- (iii) De heronderhandelingen moeten te goeder trouw worden gevoerd. Indien een partij deze foutief afbreekt (en dus in strijd is met de goede trouw), dan kan hij veroordeeld worden tot het betalen van een vergoeding. Dit is de situatie onder artikel 6:111 (3) PECL. De UNIDROIT Principles voorzien niet in een dergelijke bepaling. Toch moeten de heronderhandelingen ook hier te goeder trouw worden uitgevoerd⁵⁷⁵. Volgens BRUNNER impliceert een dergelijke bepaling de mogelijkheid voor een rechter om de foutief afbrekende partij te veroordelen tot het betalen van de proceskosten en een eventuele

⁵⁷³ *Supra* 62, nr. 160 e.v.

⁵⁷⁴ C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, New York, Kluwer Law International, 2009, 481.

⁵⁷⁵ *Supra* 62, nr. 162.

schadevergoeding⁵⁷⁶. Het niet opnemen van een bepaling inzake het foutief afbreken van de heronderhandeling brengt dus niet met zich mee dat een partij niet meer kan veroordeeld worden door de rechter. Bijgevolg zal dit element niet worden opgenomen.

- (iv) Blijft alleen nog de vraag over wat het is lot van de overeenkomst gedurende de onderhandelingen. Artikel 6.2.3. UPICC bepaalt uitdrukkelijk dat “*het verzoek tot heronderhandelen de partij niet vrijstelt te presteren*”. De PECL heeft op dit punt niets bepaald, maar LANDO en BEALE verduidelijken in hun commentaar dat “*de benadeelde partij die zich onthoudt te presteren dit op eigen risico doet*”⁵⁷⁷. Tenzij de partijen anders overeenkomen, zal de uitvoering van de overeenkomst niet geschorst zijn. Een regel die anders bepaalt opent de deur naar misbruik en miskent de geest van het *pacta sunt servanda*- beginsel. Deze regel zal, hoewel niet noodzakelijk, opgenomen worden in de improvisiebepaling, al was het maar om het beginsel van de bindende kracht van de overeenkomst nog eens in de verf te zetten.

(ii) *Ingrijpen door de rechter*

258. In de onderzochte rechtsstelsels kan de benadeelde partij, hetzij na het falen van de heronderhandelingen, hetzij onmiddellijk (wanneer het recht niet voorziet in heronderhandelingen of wanneer de tegenpartij weigert te heronderhandelen) een beroep doen op de rechter. Deze kan op een aantal manieren ingrijpen op de overeenkomst. Hij kan de overeenkomst aanpassen of beëindigen, nieuwe onderhandelingen bevelen of bepalen dat de oorspronkelijke overeenkomst verder moet worden uitgevoerd. Niet alle rechtsstelsels voorzien evenwel in al deze bevoegdheden.

259. De meeste *Civil Law* landen die de doctrine van de gewijzigde omstandigheden erkennen, voorzien dat de rechter de bevoegdheid heeft de overeenkomst aan te passen of te ontbinden. Zo bepaalt artikel 6:258 (1) van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek dat “*de rechter op het verlangen van één van de partijen de gevolgen van een overeenkomst kan wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden*”. Het Duitse recht voorziet in een gelijkaardige bepaling⁵⁷⁸. In de *Common Law* landen erkent men dergelijke bevoegdheid traditioneel niet⁵⁷⁹ en kan de rechter enkel de overeenkomst beëindigen. Het is dan de vraag of een Belgische improvisiebepaling (naast de mogelijkheid de overeenkomst te beëindigen) moet voorzien in de mogelijkheid voor de rechter om de overeenkomst

⁵⁷⁶ C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, New York, Kluwer Law International, 2009, 483.

⁵⁷⁷ O. LANDO, H. BEALE, *Principles of European Contract Law*, Den Haag, Kluwer Law International, 2000, 324. (“*The victim who withholds its performance on grounds that it is excessively onerous (for instances during renegotiations) does so at its own risk*”)

⁵⁷⁸ §313 (3) BGB (“*Ist eine Anpassung der Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.*”)

⁵⁷⁹ G. H. TREITEL, *The Law of the Contract*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 808.

aan te passen. Het antwoord hierop is eenvoudig. De bedoeling van *imprevisiebepalingen* is het herstellen van het fundamenteel verstoorde evenwicht, teneinde de overeenkomst in stand te houden⁵⁸⁰. Het is vanzelfsprekend dat een aanpassing de beste manier is om dit te bewerkstelligen. Het lijkt hierbij evident dat, zolang de rechter geen vonnis heeft geveld, de benadeelde partij, net als bij de heronderhandelingen, gehouden is te presteren.

260. Het herstellen van het fundamenteel verstoorde evenwicht impliceert evenwel niet dat de rechter moet trachten het oorspronkelijke evenwicht (*i.e.* het evenwicht dat bestond ten tijde van het sluiten van de overeenkomst) te herstellen. BRUNNER stelt, terecht, dat de rechter bij de aanpassing steeds voor ogen moet houden dat de partijen geacht worden om bepaalde verliezen zelf te dragen⁵⁸¹. Volgens deze visie mag de rechter de overeenkomst enkel aanpassen voor zover ze ertoe leidt dat meer dan de normale verliezen worden geleden.

261. Om dit evenwicht te herstellen, lijkt het mij noodzakelijk dat de rechter, net als in de UNIDROIT Principles en de PECL⁵⁸², over een ruime aanpassingsbevoegdheid beschikt. Volgens LANDO en BEALE kan een rechter *“de prijs veranderen, de datum van nakoming, de kwaliteit van de geleverde zaken veranderen ,of een vergoeding toekennen”*⁵⁸³. Er zal slechts één grens zijn: de rechter mag de overeenkomst niet volledig herschrijven.

262. Onder de UPICC en PECL kan de partij ook naar de rechter gaan en onmiddellijk de beëindiging van de overeenkomst vragen⁵⁸⁴. De rechtsmiddelen (aanpassing/beëindiging) staan dus op gelijke voet. Het Duitse recht verkiest daarentegen de aanpassing van de overeenkomst boven de beëindiging. §313 (3) BGB bepaalt dat *“de beëindiging van de overeenkomst enkel kan gevraagd worden indien de aanpassing van de overeenkomst niet mogelijk is, of redelijkerwijze niet aan een van de partijen kan worden opgedrongen”*. De onderliggende gedachte is dat de inmenging in de overeenkomst steeds zo klein mogelijk moet zijn⁵⁸⁵. Daar een aanpassing het behoud van de overeenkomst verzekert, zal de inmenging minder groot zijn dan wanneer men de overeenkomst

⁵⁸⁰ Zie artikel 6.2.3. (4) UPICC (*“If the court finds hardship it may, if reasonable, (...) (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium”*)

⁵⁸¹ C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, New York, Kluwer Law International, 2009, 499, (*“The parties’ mutual risk should be taken into account. Thus the adaptation of the contract in case of a fundamental equivalency distortion (...) should at least to some extent take account of the basic principle laid down in Articles 6.2.1 UPICC/6:111 (1) PECL.”*)

⁵⁸² Artikel 6:111 (3), *Comment*, D (*“the court can modify clauses of the contract but it cannot rewrite the entire contract. The modifications made to the contract must not amount to imposing a new contract on the parties”*)

⁵⁸³ O. LANDO, H. BEALE, *Principles of European Contract Law*, Den Haag, Kluwer Law International, 2000, 327.

⁵⁸⁴⁵⁸⁴ Zie Artikel 6.2.3 (4) UPICC (*“Wanneer de rechter oordeelt dat er sprake is van hardship, dan kan hij, indien aanvaardbaar (a) de overeenkomst beëindigen (...) of de overeenkomst aanpassen.”*)

⁵⁸⁵ C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, New York, Kluwer Law International, 2009, 509.

beëindigd. Dit is een sterk argument en een dergelijke regeling lijkt dan ook wenselijk in een Belgische imprevisiebepaling.

3. Naar een Belgische imprevisiebepaling

263. Op basis van de bovenstaande elementen, zou artikel 1134bis B.W. of 1134, 4^{de} lid B.W. er mogelijks als volgt kunnen worden verwoord:

Artikel 1134 bis B.W.:

In afwijking van artikel 1134, 1^e lid, hebben de partijen de mogelijkheid de tussen hen gesloten overeenkomst te heronderhandelen eens vaststaat dat zich na het sluiten van de overeenkomst een gebeurtenis heeft voorgedaan die het contractuele evenwicht fundamenteel wijzigt en waarvan het risico redelijkerwijze niet werd of kon worden verondersteld door de partijen. Het voorvallen van de gebeurtenis mag niet te wijten zijn aan de partij die deze bepaling inroept.

Indien de partijen niet binnen een redelijke termijn tot een overeenkomst komen, kan elk van hen zich tot de rechter wenden, die zal oordelen of aan de voorwaarden van het eerste lid van dit artikel is voldaan. In voorkomend geval kan de rechter de overeenkomst aanpassen teneinde het evenwicht tussen de partijen te herstellen.

Enkel in het geval een aanpassing niet mogelijk of te moeilijk zal zijn voor één van de partijen, kan de benadeelde partij aan de rechter vragen om de overeenkomst te beëindigen.

De partijen zijn gedurende de onderhandelingen en de duur van de gehele procedure voorzien in dit artikel 1134 bis B.W. gehouden te presteren overeenkomstig artikel 1134 B.W.

De rechter kan een vergoeding toekennen voor het verlies dat geleden wordt doordat een partij zonder motivatie weigert te onderhandelen of de onderhandelingen in strijd met de goede trouw afbreekt.

§4. Besluit

264. Het Belgische recht wordt tot op de dag van vandaag gekenmerkt door een opmerkelijk wantrouwen ten aanzien van de leer van de onvoorziene omstandigheden. Nochtans klinkt de roep naar een Belgische imprevisieregeling steeds luider. De Belgische wetgever zou dergelijk idee zeker in overwegen moeten nemen en kan zich hierbij laten leiden door verschillende *harde en softe* rechtsstelsels.

CONCLUSIE

het Belgische recht wordt tot op heden gekenmerkt door een opmerkelijk wantrouwen ten aanzien van de leer van de onvoorziene omstandigheden. Het strikte vasthouden aan het *pacta sunt servanda*- beginsel verhindert dat overeenkomsten, die door onvoorziene omstandigheden zijn aangetast, kunnen worden beëindigd of aangepast. Als we dit vergelijken met de ons omringende rechtsstelsels staan we hierin vrij geïsoleerd. Zoals uit deze masterproef is gebleken, hebben vele nationale rechtsstelsels, hetzij via een wettelijke bepaling, hetzij via de rechtspraak, bijzondere regels uitgewerkt die het mogelijk maken om, eens voldaan aan de strenge toepassingsvoorwaarden, de rechten en plichten van de partijen bij een overeenkomst te wijzigen.

In het Belgisch recht wordt de afwijzing van een dergelijke regeling algemeen gemotiveerd op grond van de onschendbaarheid van de geldig tot stand gekomen overeenkomsten. Niets belet echter dat de bindende kracht van de overeenkomsten ook het uitgangspunt kan zijn in het geval van gewijzigde omstandigheden. Integendeel, de nationale rechtsstelsels die wel een dergelijke regeling kennen, hebben allen de bindende kracht van de overeenkomst als uitgangspunt. Ook de *soft law* codificaties erkennen dit principe.

Gezien de afwijzing in het Belgische recht zijn contractspartijen momenteel aangewezen op contractuele regelingen om het hoofd te bieden aan het probleem van *hardship*. Alhoewel hiermee reeds in belangrijke mate een antwoord kan geboden worden op de problematiek, blijft deze oplossing imperfect. Dergelijke clauses bevatten immers vaak hiaten, waarbij voor een oplossing uiteindelijk toch moet gekeken worden naar het nationale recht. Bovendien kan men moeilijk van partijen verwachten dat ze alles tot in detail contractueel regelen.

De laatste decennia klinkt in het Belgische recht de roep om verandering dan ook steeds luider en de meeste rechtsgeleerden pleiten voor een invoering van een imprevisiebepaling. Ik kan deze stelling in het kader van het onderzoek verricht in deze masterproef alleen maar bijtreden.

De vraag die zich vervolgens stelt, is welke elementen een dergelijke bepaling moet bevatten om het gewenste effect te bereiken. Uit rechtsvergelijkend onderzoek is gebleken dat een aantal vereisten steeds terugkeren. Het betreft met name (i) de fundamentele verstoring van het contractuele evenwicht, (ii) door een gebeurtenis die zich na het sluiten van de overeenkomst heeft voorgedaan, (iii) waarvan het risico door de partijen niet werd aanvaard en (iv) bovendien niet te wijten is aan de benadeelde partij. Op basis van deze elementen heb ik dan ook een voorstel geformuleerd voor een Belgische, wettelijke imprevisiebepaling. Gezien de internationale context waarin handelstransacties tot stand komen en opereren, heb ik me hierbij in grote mate laten inspireren door de *soft law*

codificaties, meer bepaald de UNIDROIT Principles en de European Principles of Contract Law, dit omdat deze organisch vanuit de praktijk zijn gegroeid en dan ook een consensus weerspiegelen in de internationale handelspraktijk. Elk voorstel van Belgische regeling zou immers zonder nut blijven indien deze niet verenigbaar zou zijn met dergelijke praktijk.

Uiteraard zal deze bepaling moeten getest worden in de praktijk om uit te maken of dit een gepast antwoord uitmaakt op het vraagstuk van de imprevisie. Hieruit zal waarschijnlijk blijken dat een imprevisiebepaling slechts een deel van het antwoord kan vormen op het leerstuk van de gewijzigde omstandigheden. Dergelijke bepaling zal immers, zoals uiteengezet in deze masterproef, niet los kunnen worden gezien van andere wettelijke bepalingen, zoals deze met betrekking tot de rechterlijke en arbitrale bevoegdheid.

BIBLIOGRAFIE

1. RECHTSPRAAK

België:

- Kh. Brussel, 2 februari 1920, *Pas.* 1920, III, 174.
- Cass. 19 mei 1921, *Pas.* 1921, I, 380.
- Kh. Bergen, 18 juli 1921, *Pas.* 1921, III, 194.
- Cass. 30 oktober 1924, *Pas.* 1925, I, 565.
- Cass. 10 november 1976, *Arr. Cass.* 1977, 288.
- Kh. Brussel, 16 januari 1979, *J.T.* 1980, 458.
- Cass. 21 juni 1991, *Pas.* 1990, I, 926.
- Cass. 11 juni 1992, *R.W.* 1992 – 93, 373.
- Cass. 14 april 1994, *R.W.* 1994 – 95, 434.
- Cass. 21 januari 1999, *R.W.* 2001 – 02, 561.
- Cass. 4 september 2000, *R.W.* 2001 – 02, 1061.
- Rb Hasselt 2 april 2001, *T.B.B.R.* 2002, 56.
- Arbitragehof, arrest nr. 96/2003, 2 juli 2003, www.arbitrage.be
- Cass. 20 april 2006, C. 03.0084.N.

Frankrijk:

- RvS 30 maart 1916, *Dalloz Periodique*, 1916.3.25.
- Cass. Com. 30 januari 1996, www.lexisnexus.com.
- Cass. Com. 24 november 1998, www.lexisnexus.com.

Nederland:

- HR 8 januari 1926, *N.J.* 1926, 203.
- HR 27 april 1984, *N.J.* 1984, 679.
- HR 15 november 1985, *N.J.* 1986, 228.
- HR 10 juli 1989, *N.J.* 1989, 786.

Verenigde Staten:

- Supreme Court of California, arrest van 13 maart 1916, *Mineral Park Land Company/P.A. Howard*, California Reports, 289.
- US Supreme Court of California, arrest van 31 oktober 1944, *Lloyd/Murphy*, (25 Cal. 2d 48).
- Supreme Court of California, arrest van 23 mei 1947, *Gene Autry/Republic Productions Inc.*, (30 Cal.2d 144, 180 P.2d 888)
- Maryland, Court of Appeal, arrest van 19 juli 1950, *State/Dashill*, (482 P.2d 305).
- US Court of Appeal (third circuit), arrest van 23 juni 1955, *Swift Canadian Co/Banet* (224 F.2d 36).
- US court of appeal (ninth circuit), arrest van 6 oktober 1966, *West Los Angeles Institute for Cancer Research/ Mayer*, (385 U.S. 1010).
- Nevada, Supreme Court, arrest van 12 februari 1971, *Nebaco/Riverview Reality Co.*, (75 A.2d 348).
- US District Court for the Eastern District of Pennsylvania, 1975, *Publicker Industries/Union Carbide Corp.*, 17 U.C.C. Rep. Ser. 989, (E. D. Pa. 1975).
- US District Court of S.D. California, arrest van 20 oktober 1975, *Eastern Air Lines/ Gulf Oil Corp.*, (415 F. Supp. 429).
- US Court of Appeal, third circuit, arrest van 7 september 1977, *Gulf Oil Corp/ F.P.C.*, (563 F.2d 588).
- Missouri Court of Appeal (US), arrest van 13 september 1977, *Howard/Nicholson*, (556 S.W.2d 477).
- US District Court of Pennsylvania, arrest van 7 april 1980, *Aluminium Co. of America/Essex Group. Inc.*, (499 F.Supp. 53, 29 UCC Rep.Serv. 1)
- US Court of Appeal (tenth circuit), arrest van 24 juni 1981, *Bernina Distributors Inc/Bernina Sewing Machine Co. Inc.*, (646 F.2d 434).
- US Court of Appeal (eight circuit), arrest van 24 maart 1987, *Arabian Score/Lasma Arabian Ltd.*, (814 F.2d 289).
- US Court of Appeal (fourth circuit), arrest van 4 mei 1987, *Opera Co/ Wolf Trap Found*, (817 F.2d 1094).
- NY Court of Appeal, arrest van 21 december 1987, *Kel Kim Corp/Central Markets*, (519 N.E. 2d 295).

2. ARTIKELEN EN VERZAMELWERKEN

ASSER, C., HARTKAMP, A., *Mr. C; Asser's handleiding van het beoefenen van het Nederlands Burgerlijk recht: algemene leer der overeenkomst*, Den Haag, Kluwer, 2004, 621 p.

ANTONIOLLI, L., VENEZIANO, A., *Principles of European Contract Law and Italian Law: A Commentary*, Den Haag, Kluwer Law International, 2005, 518 p.

AUDIT, B., *La vente internationale de marchandises : Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, Parijs, L.G.D.J., 1990, 224 p.

BACKHAUS, R. "The Limits of the Duty to Perform in the Principles of European Contract Law", *EJCL*, 2004, 23 p., <http://www.ejcl.org>.

BEALE, H., HARTKAMP, A., KÖTZ, H., TALLON, D., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 993 p.

BERGER, K., "Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators", *Vand. J. Transnat'l L.*, 2003, 1348 – 1380.

BLOEMBERGEN, A., VAN DAM, C., HIJMAN, J., VALK, W., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2001, 338 p.

BRUNNER, C., *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, New York, Kluwer Law International, 2009, 529 p.

BONELL, M. J., *An International Restatement of Contract Law*, Ardsley: *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, New York, Transnational Publisher, 2005, 693 p.

BONELL, M. J., *A New Approach to International Commercial Contracts: the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Den Haag, Kluwer Law International, 1999, 441 p.

BONELL, M. J., "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for Same Purposes?", *Unif. L. Rev.*, 1996, 229 – 246, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell96.html>.

BUND, J., "Force Majeure Clauses: Drafting advice for the CISG practitioner", in *Journal of Law and Commerce*, 1998, 381 – 413, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bund.html>.

BUSCH, D., "Contents and Effects, Art 6:111", in *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 285 – 289.

CABRILLAC, R., *Droit des obligations*, Parijs, Dalloz, 2002, 348 p.

CALAMARI, J., PERILLO, J. M., *The Law of Contracts*, Saint Paul, West Publishing Co., 1977, 878 p.

CHENGWEI, L., *Remedies for Nonperformance: perspectives from CISG, UNIDROIT Principles and PECL*, 2003, 358 p., <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei.html>.

DE BONT, W., "Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht", *T.P.R.*, 1984, 95 – 126.

DELI, D., “De leer van de gekwalificeerde benadeling in verhouding tot de imprevisieleer”, *R.W.*, 1986 – 87, 1493 – 1501.

DEN HAERYNCK, W., “Drafting Hardship Clauses in International Contracts” in D. CAMPBELL, *Structuring International Contracts*, Den Haag, Kluwer Law International, 1996, 231 – 242.

DRAETTA, U., LAKE, R., *Contrats Internationaux: Pathologie et Remèdes*, Brussel, Bruylant, 1996, 212 p.

DRAETTA, U., “Les clauses de Force Majeure et de Hardship”, *RDAL*, 2002, 347 – 358.

DOUDKO, A. G., “Hardship in Contract: The Approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia”, *Rev. Dr. Unif.*, 2003, 483-509.

DUBAERE, J., “Een brug over troebel water”, *R.W.*, 1988 – 1989, 1417 – 1423.

ENDERLEIN, F., MASKOW, D., *International sales law : United Nations convention on contracts for the international sale of goods convention on the limitation period in the international sale of goods*, New York, Oceana Publications, 1992, 480 p.

ELOFSON, J., “The Dilemma of Changed Circumstances in Contract Law: An Economic Analysis of the Foreseeability and Superior Risk Bearer Tests”, *Colum. J. L. & Soc. Probl.*, 1996, 1 – 26.

ERAUW, J., *Handboek Belgisch internationaal Privaatrecht 2006*, Mechelen, Kluwer, 2006, 615 p.

FARNSWORTH, A. E., *Farnsworth on Contracts*, Boston, Little, Brown, 1990, 456 p.

FERRARI, F., “Defining the Sphere of Application of the 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Tul. L. Rev.*, 1995, 1225 – 1238.

FLAMBOURAS, D., “The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention On Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis”, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flambouras1.html>.

FLECHTNER, H., “Issues Relating to Exemption (“Force Majeure”) Under Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (“CISG”)”, *Legal Studies Research Paper Series*, 2008, 13 p., http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1118124.

FONTAINE, M., DE LY, F., *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction des clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 715 p.

FONTAINE, M., “les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l’imprévision dans les contrats à long terme”, *D.P.C.I.*, 1976, 7 – 49.

FONTAINE, M., “Les dispositions relatives au *hardship* et à la force majeure”, in M. BONELL, F. BONELLI, *Contratti Internazionali e Principi Unidroit*, Milaan, Giuffrè, 1997, 183 – 193.

FOUCHARD, P., “L’adaption des contrats à la conjoncture économique”, *Rev. Arb.*, 1979, 67 – 82.

FUCCI, F., "Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment and Non-Performance of Contract – Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance", *Transnational Dispute Management*, 2007, 43 p., <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fucci.html>.

GARRO, A., "The gap-filling role of the UNIDROIT Principles in international sales law: Some comments on the interplay between the Principles and the CISG", *Tul. L. Rev.*, 1995, 1149 – 1190

GHESTIN, J., *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, Parijs, L.G.D.J., 1994, 915 p.

GUILLEMARD, S., "A comparative study of the UNIDROIT Principles and the Principles of European Contracts and some dispositions of the CISG applicable to the formation of international contracts from the perspective of harmonisation of law", *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Den Haag, Kluwer Law International, 2000-2001, 83-113, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/guillemard.html>

HALPERN, S. W., "Application of the doctrine of commercial impracticability: searching for the wisdom of Solomon", *Un. Penn. L. Rev.*, 1987, 1123 – 1178.

HESSELINK, M. W., *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 495 p.

HEREMANS, S., "Le bouleversement de l'économie contractuelle à la suite d'un changement de circonstances: quelques éclairages nouveaux", *T.B.B.R.*, 2000, 486 - 497

HEUZÉ, V., *La vente internationale de marchandises : droit uniforme*, Paris, GLN, 1992, 521 p.

HILMAN, R., "Court Adjustments of Long-term Contracts: An Analysis under Modern Contract Law", *Duke L. J.*, 1987, 1 – 33.

HONNOLD, J., *Uniform law for international sales under the 1980 United Nations convention*, Den Haag, Kluwer Law International, 1999, 608 p.

HUBER, P., MULLIS, A., *The CISG: a new textbook for students and practitioners*, Munchen, Selliers, 2007, 408 p.

HUJO, P., *Force Majeure et Imprévision: Une analyse comparatiste entre le droit français, le droit anglais et le droit allemande*, Diplomarbeit, 2008, 91 p. (onuitgegeven)

ICC Commission on Commercial Law and Practice. ICC Force Majeure Clause and ICC Hardship Clause 2003, ICC Publ. No. 650(E), 23 p.

JOHNSTON, A., MARKESINIS, S., UNBERATH, H., *The German Law of Contract – A Comparative Treatise*, Oxford, Hart, 2006, 979 p.

JONES, H., SCHLECHTRIEM, J., *Breach of Contract*, Tübingen, Mohr, 1999, 159 p.

KESSEDJIAN, C., "Competing Approaches to Force Majeure and Hardship", *Int. Rev. Law Econ.*, 2005, 415 - 431, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kessedjian.html>.

KONARSKI, H., "Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice", *RDAL*, 2003, 405 – 428.

KÖTZ, H., ZWEIGERT, K., *An introduction to Comparative Law*", Oxford, Oxford University Press, 1998, 744 p.

KRUITHOF, R., "Schuld, risico, imprevisie en overmacht bij de niet nakoming van contractuele verbintenissen. Een rechtsvergelijkende benadering", in R. DEKKERS, *Hulde aan René Dekkers*, Brussel, Bruylant, 1982, 281-310.

LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law*, Den Haag, Kluwer Law International, 2000, 561 p.

LANDO, O., *Contract Law in EU: The Commission Action Plan and the Principles of European Contract Law*, 2003, 13 p.,

http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature.htm#II.%20Literature%20available%20for%20download.

LETTERMAN G. G., *UNIDROIT's Rules in Practice: Standard International Contracts and Applicable Rules*, Den Haag, Kluwer Law International, 2001, 393 p.

LINDSTRÖM, N., "Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods", *Nordic Journal of Commercial Law*, 2006, 29 p., http://www.njcl.utu.fi/1_2006/commentary1.pdf.

LOOKOFSKY, J., "Impediments and Hardship in International Sales: A Commentary on Catherine Kessedjian's Competing Approaches to Force Majeure and Hardship", *Int. Rev. Law Econ.*, 2005, 434 – 445, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky17.html>.

MASKOW, D., "Hardship and Force Majeure", *Am. J. Comp. L.*, 1992, 657 – 682.

MELIS, W., "Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration", *J. Int'l Arb.*, 1984, 213 – 221.

OPPETIT, B., "L'adaption des contrat internationaux aux changements de circonstances: la clause de *hardship*", *JDI*, 1974, 794 – 814.

PALANDT, O., *Bürgerliches Gesetzbuch*, Munchen, Beck, 2005, 2944 p.

PERILLO, J. M., "Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *Tul. J. Int'l & Comp. L.*, 1997, 111 – 131.

PERILLO, J. M., "Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis", *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, 1996, 14 p.

PHILIPPE, D., *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Brussel, Emile Bruylant, 1986, 714 p.

PHILIPPE, D., "Economie contractuelle, cause, erreur et interprétation du contrat" in E. DIRIX, W. PINTENS, P. SENAËVE, S. STIJNS, (eds.), *Liber Amicorum Jacques Herbots*, Antwerpen, Kluwer, 2002, 295 – 309.

PHILIPPE, D., “La théorie de l’imprévision”, *T.B.B.R.*, 1990, 304 – 308.

PHILIPPE, D., “Les clauses de force majeure, d’imprévision et de transfert de risques”, in B. DUBUISSON, C. GOUX, D. PHILIPPE, P. WÉRY, *Les clauses applicables en cas d’inexécution des obligations contractuelles*, Brussel, La Charte, 2001, 1 – 31.

PHILIPPE, D., “L’imprévision”, *J.T.*, 2007, 738 – 741.

PORCHY-SIMON, S., *Droit Civil 2^e Année – Les Obligations*, Parijs, Dalloz, 2004, 514 p.

PRADO, M., *Le Hardship dans le droit de commerce international*, Brussel, Bruylant, 2003, 310 p.

PUELINCKX, A. H., “Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances”, *J. Int’l Arb.*, 1986, 47 – 66.

RIMKE, J., “Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Den Haag, 1999 – 2000, 197 – 243, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>.

RÖSLER, H., “Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law”, *ERPL*, 2007, 485 – 513.

SALIBA, A. T., “Rebus sic stantibus: A comparative Survey”, *Murdoch University Electronic Journal of Law*, 2001, 11 p., http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v8n3/saliba83_text.html

SCHLECHTRIEM, P., SCHWENZER, I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, New York, Oxford University Press, 2005, 1149 p.

SCHLECHTRIEM, P., *Uniform Sales Law. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Wenen, Manzsche, 1986, 120 p., <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html#a77>.

SCHMITTHOFF, C., “Hardship and intervener clauses”, *JBL*, 1980, 82 – 91.

SELFTON – GREEN, R., “The DCFR, The Avant Projet Catala and French Legal Scholars: A Story of Cat and Mouse”, *Edin. L. Rev.*, 2008, 351 – 373.

SLATER, S. D., “Overcome by Hardship: The Inapplicability of the UNIDROIT Principles’ Hardship Provisions to CISG”, *Fla. J. Int’l L.*, 1998, 231 – 262.

SMIDT-SZALEWSKI, J., *Droit des contrats*, Parijs, Litec, 1989, 632 p.

SOUTHERINGTON, T., “Impossibility of Performance and other excuses in international trade”, in M. MAGI, *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2002 – 2003*, Den Haag, Kluwer Law International, 2004, 249 – 327.

STORME, M. E., “Applications possibles et caractères généraux des principes de droit uniforme des contracts”, *RDIDC*, 1995, 309 – 324.

TREITEL, G. H., *Frustration and Force Majeur*, Londen, Sweet & Maxwell, 2004, 673 p.

TREITEL, G. H., *The Law of the Contract*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 1117 p.

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, Rome, Unidroit, 2004, 385 p.

VAEL, L., “Beschouwingen over het imprevisieleerstuk: omtrent de eventuele ontsluiting van de overeenkomst in geval van een gewijzigd contractueel verhoudingskader”, *T.P.R.*, 2004, 703 – 752.

VAEL, L., “Enkele beschouwingen betreffende het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden (imprevisieel): omtrent de lotsverbondenheid van contractspartijen bij een gewijzigd contractueel verhoudingskader”, in J. SMITS, S. STIJNS, *Remedies in het Belgische en Nederlandse Contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 173 – 242.

VANDERMERSCH, M., “Le sort réservé au contrat suite à un changement de circonstances entraînant le bouleversement de l’économie contractuelle”, *T.B.B.R.* 2001, deel 1 : 193 – 209, deel 2 : 269 – 279.

VAN GERVEN, W., “Langdurige overeenkomsten, prijsbepaling, aanpassing wegens onvoorziene omstandigheden, conflictregeling”, in R. DEKKERS, *Hulde aan René Dekkers*, Brussel, Bruylant, 1982, 377 – 403.

VAN OEVELEN, A., “Overmacht- en imprevisieclausules”, in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN, F. WALSCHOT, *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, 48 – 59.

VAN OEVELEN, A., “Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht”, *T.P.R.*, 2008, p 603 – 641.

VAN OMMESLAGHE, P., “Les clauses de force majeure et d’imprévision dans les contrats internationaux”, *R.D.I.D.C.*, 1980, 1 – 59.

VEROUGSTRAETE, I., “Wil en vertrouwen bij het totstandkomen van overeenkomsten”, *T.P.R.*, 1990, 1163 – 1196.

VOGENAUER, S., KLEINHEISTERKAMP, J., *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 1319 p.

VOIRIN, P., *De l’imprévision dans les rapports de droit privé*, Thèse, Nancy, Vagner, 1922, 317 p.

WAGNER, K., *Sancties in het Burgerlijk Procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 711 p.

WEHBERG, H., “Pacta sunt servanda”, *AJIL*, 1959, 775 – 786.

WEISKOP, N. W., “Frustration of Contractual Purpose – Doctrine or Myth”, *St. John’s L. Rev.*, 1996, 239 – 270.

WERY, P., “L’imprévision et ses succédanés”, (noot onder Luik 27 juni 1995), *J.L.M.B.*, 1996, 100 – 110.

ZACCARI, E. C., “The effect of changed circumstances in international commercial trade”, *Int. Trade & Bus. L. Rev.*, 2005, 135 – 182.

3. GECONSULTEERDE DATABANKEN

<http://www.arbitrage.be>.

<http://www.ejcl.org>.

<http://lexisnexis.com>.

<http://www.jura.be>.

<http://www.juridat.be>.

<http://www.cisg.law.pace.edu>.

<http://www.ssrn.com>.

<http://www.unilex.info>.

<http://www.westlawinternational.com>.