

RECHTSLEER DOCTRINE

ALGEMEEN HANDELSRECHT / DROIT COMMERCIAL GÉNÉRAL

Verandering van omstandigheden (art. 5.74 BW): *The Times They Are a-Changin'*

Sander Van Loock¹

SAMENVATTING

Eén van de opvallendste innovaties van boek 5 van het Burgerlijk Wetboek is de wettelijke erkenning van de imprevisieleer of verandering van omstandigheden in artikel 5.74. Die bepaling laat de rechter toe om in uitzonderlijke gevallen een overeenkomst aan te passen of te beëindigen, in geval van een verandering van omstandigheden. Deze bijdrage bespreekt de toepassing van artikel 5.74 BW tegen een rechtsvergelijkende achtergrond.

RÉSUMÉ

L'une des innovations les plus notables du livre 5 du Code civil est la consécration légale de la théorie d'imprévision ou du changement de circonstances à l'article 5.74. Cette disposition permet au juge, dans des cas exceptionnels, d'adapter ou de mettre fin au contrat en cas de changement de circonstances. Cette contribution examine l'application de l'article 5.74 du Code civil sur fond de droit comparé.

I. INLEIDING

1. CONTRACTER, C'EST PRÉVOIR – In zijn klassieker *La règle morale dans les obligations civiles* schrijft RIPERT: “Contracter c’est prévoir. Le contrat est une emprise sur l’avenir.”² Inderdaad, bij het sluiten van een overeenkomst moeten de partijen enige voorzienigheid aan de dag leggen. In die overeenkomst kunnen partijen immers hun (gezamenlijke) toekomst regelen en proberen er zo vat op te krijgen. Op gelijkaardige wijze beschrijft MACNEIL een overeenkomst dan ook als “the relations among parties to the process of projecting exchange into the future”.³ Meer bepaald kunnen de partijen in een overeenkomst hun (wederzijdse) rechten en verplichtingen vastleggen, zodat iedere partij kan voorzien waaraan zij zich in de toekomst kan verwachten en waaraan zij haar wederpartij kan houden.⁴

1. Sander Van Loock, advocaat aan de balie te Brussel en assistent Saint-Louis Bruxelles en KU Leuven. De auteur was betrokken als medewerker van de Commissie tot hervorming van het verbintenissenrecht. Deze bijdrage is in persoonlijke naam geschreven. De auteur dankt Sanne Jansen en de anonieme peer reviewer voor hun waardevolle opmerkingen.
2. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Parijs, LGDJ, 1949, 151, nr. 84.
3. I. MACNEIL, *The New Social Contract, An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven – London, Yale University Press, 1980, 4.
4. G. BERGERVOET en G. POOLMAN, “Ongekende omstandigheden – de (on)mogelijkheden van een beroep op overmacht of onvoorziene omstandigheden in het licht van de roerige energiemarkt”, *MvV* 2022, (407) 408; T. HICK, “The Coronacrisis and Its Impact on Creditors: Frustration of Purpose”, *ERPL* 2022, (389) 392-393, nr. 6; H. KÖTZ, “Risikoteilung im Vertragsrecht”, *JuS* 2018, (1) 1.



2. **RISICO VOOR DE WERKELIJKHEID** – Bij het sluiten van een overeenkomst hebben partijen dus onvermijdelijk verwachtingen over die toekomst, die zij al dan niet kunnen verdisconteren in de inhoud ervan.⁵ De imprevisieer of de leer van de verandering van omstandigheden peilt naar de verhouding tussen de overeenkomst en de werkelijkheid. De vraag rijst namelijk wat de invloed van die werkelijkheid op de overeenkomst is, wanneer die werkelijkheid na het sluiten van de overeenkomst wijzigt, *i.e.* anders wordt dan de werkelijkheid waarop de overeenkomst is gericht.⁶ Kernachtig uitgedrukt, gaat het bij de verandering van omstandigheden om de volgende vraag: *wie draagt het risico voor de werkelijkheid?*⁷ Die vraag moet uiteindelijk door ieder rechtstelsel worden beantwoord.⁸

3. **PACTA SUNT SERVANDA** – Tot voor kort werd die vraag in het Belgisch verbintenissenrecht traditioneel beantwoord door de bindende kracht van de overeenkomst (art. 1134, eerste lid OBW). De overeenkomst strekt de partijen tot wet: *pacta sunt servanda*. Indien de nakoming niet onmogelijk is geworden (vroeger: art. 1147-1148 OBW; nu: art. 5.99 en 5.226 BW), moet de overeenkomst worden uitgevoerd zoals afgesproken, zelfs wanneer de verandering van omstandigheden het contractueel evenwicht ernstig heeft verstoord. Het risico voor die verandering wordt dus integraal bij de getroffen partij gelegd⁹: *casum sentit dominus* of *the loss lies where it falls*.¹⁰

4. **BOEK 5** – Met de invoering van boek 5 stapte het Belgisch verbintenissenrecht, in navolging van verschillende andere rechtstelsels¹¹, af van die opvatting. Hoewel de bindende kracht van de overeenkomst zonder enige twijfel nog steeds het uitgangspunt blijft (art. 5.69 BW), voert artikel 5.74 BW de imprevisieer in het Belgisch verbintenissenrecht in, onder de noemer “*verandering van omstandigheden*”. In bepaalde uitzonderlijke gevallen kan een verandering van omstandigheden aanleiding zijn tot een herziening van de inhoud van de overeenkomst of de beëindiging ervan.

5. **PLAN** – In deze bijdrage bespreek ik eerst de situatie in het “oude” verbintenissenrecht (II). Dat is niet alleen relevant om de hervorming te kaderen, maar ook aangezien het voormalige recht nog lange tijd zal blijven doorwerken.¹² Daarbij zal ik de principiële afwijzing van de imprevisieer (II.A) en enkele alternatieven of lapmiddelen (II.B) bespreken. Na stil te staan bij de redenen voor de invoering (II.C) ga ik in op de nieuwe bepaling, artikel 5.74 BW (III).

6. **RECHTSVERGELIJKING** – Bij de bespreking van artikel 5.74 BW zal ook aandacht uitgaan naar de gelijkaardige bepalingen in het Nederlandse (art. 6:258 NBW), Duitse (§ 313 BGB) en Franse recht (art. 1195 CC), alsook naar de Unidroit Principles (art. 6.2.1-6.2.3). Die keuze is in de eerste plaats gerechtvaardigd doordat die bepalingen zelf uitdrukkelijk model stonden en als inspiratiebron fungeerden voor artikel 5.74 BW.¹³ Ten tweede is het, mede door de zeer beknopte memorie van toelichting, ook nuttig om na te gaan hoe

5. A. BÉNABENT, *La chance et le droit*, Parijs, LGDJ, 1973, 27, nr. 22; J. RENIERS, “De impact van systeemcrisissen op contractuele verhoudingen - Failliet van klassiek contractmodel en nieuwe perspectieven” in E. STEEN (ed.), *Bedrijfsjuristen en bedrijfsverantwoordelijkheid*, Brussel, Larcier, 2023, (31) 34.
6. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II, Das Rechtsgeschäft*, Berlijn, Springer, 1965, 497. Zie ook: R. SCHWARZE, *Das Recht der Leistungsstörungen*, Berlijn, De Gruyter, 2022, 99, nr. 17.
7. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II, Das Rechtsgeschäft*, Berlijn, Springer, 1965, 500.
8. Zie voor een rechtshistorisch perspectief: R. ZIMMERMAN, *The Law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996, 579-582.
9. J. RENIERS, “De impact van systeemcrisissen op contractuele verhoudingen - Failliet van klassiek contractmodel en nieuwe perspectieven” in E. STEEN (ed.), *Bedrijfsjuristen en bedrijfsverantwoordelijkheid*, Brussel, Larcier, 2023, (31) 33-35; W. VAN BOOM, “Coronaprivaatrecht 2020-2021”, *RM Themis* 2021, (128) 131; W. VAN GERVEN, “Langdurige overeenkomsten. Prijsbepaling, Aanpassing wegens onvoorziene omstandigheden, Conflictregeling” in *Hulde aan René Dekkers*, Brussel, Bruylant, 1982, (377) 393, nr. 12.
10. G. KEGEL, “Einfluß grundlegender Veränderungen” in *Verhandlungen des vierzigsten deutschen Juristentages*, I, Tübingen, Mohr Siebeck, 1953, (135) 200.
11. Bv. Frankrijk: art. 1195 CC, Nederland: art. 6:258 NBW, Duitsland: § 313 BGB, Italië: 1467 CC, Hongarije: § 6:192 Ptk, Tsjechische republiek: § 1765-1766 Oz, Portugal: 437-439 CC, Slovenië: art. 112-115 OZ, Roemenië: art. 1271 CC, Denemarken: § 36 Lov om aftaler, Polen: art. 375¹ Kc, Griekenland: art. 388 AK, Litouwen: art. 6.204 CC, Estland: § 97 *Võlaõiguseadus*. In andere landen zoals Oostenrijk (zie bv. BG Innere Stadt Wien 27 november 2020, VbR 2021, 36), Zwitserland (zie bv.: BGE 24 april 2001, BGE 127 III 300, 300), Spanje (TS 30 juni 2014, ECLI:ES:TS:2014:2823) is de imprevisieer in de rechtspraak erkend. Zie ook in de volgende academische projecten: art. 6:111 PECL en art. III-1:110 DCFR. Art. 89 van het voorstel voor een gemeenschappelijk Europees kooprecht bevatte ook een dergelijke bepaling.
12. Krachtens art. 64, eerste lid van de wet van 28 april houdende boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek (BS 1 juli 2022) zijn de bepalingen van boek 5 “van toepassing op alle rechtshandelingen en rechtsfeiten die hebben plaatsgevonden na de inwerkingtreding van deze wet”. Krachtens art. 64, tweede lid blijft het voormalige recht daarenboven van toepassing op (i) de toekomstige gevolgen van rechtshandelingen en rechtsfeiten die hebben plaatsgevonden voor 1 januari 2023 en (ii) op rechtshandelingen en rechtsfeiten die hebben plaatsgevonden na de inwerkingtreding van deze wet die betrekking hebben op een verbintenis ontstaan uit een rechtshandeling of rechtsfeit dat heeft plaatsgevonden voor 1 januari 2023.
13. Wetsvoorstel houdende boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, 84-85.



die bepalingen in de rechtspraak en rechtsleer worden toegepast en besproken.¹⁴ Uit die buitenlandse voorbeelden kan namelijk inspiratie worden geput wanneer vergelijkbare gevallen zouden opduiken waarop men artikel 5.74 BW zou willen toepassen: *exempla docent*. In het bijzonder zal ook aandacht uitgaan naar de (hogere) rechtspraak in het kader van de COVID-19-pandemie.¹⁵

II. OUDE VERBINTENISSENRECHT

A. De imprevisieer in de rechtspraak

1. Principiële afwijzing

7. AFWIJZING – Net zoals in het Franse recht vóór de hervorming in 2016¹⁶, verwierp de Belgische rechtspraak, vóór de inwerkingtreding van boek 5, traditioneel de imprevisieer, in tegenstelling tot verschillende andere Europese landen. Onder het oude recht kon een rechter een overeenkomst in geen geval ontbinden of aanpassen bij veranderde omstandigheden.¹⁷

8. AFWIJZING DOOR HET HOF VAN CASSATIE – Met name in twee cassatiearresten uit 1994 wordt een rechterlijke aanpassingsbevoegdheid uitdrukkelijk verworpen. In de eerste (arbeidsrechtelijke) zaak, die aanleiding heeft gegeven tot het arrest van 7 februari 1994, handelde het weliswaar niet zozeer om een geval van imprevisie, maar wees het Hof van Cassatie een rechterlijke aanpassingsbevoegdheid resoluut van de hand.¹⁸ De tweede zaak betrof de nakoming van een overeenkomst gesloten in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming. De rechtbank van eerste aanleg te Brussel had een alimentatievordering verminderd, omdat het inkomen van de alimentatieschuldenaar, wegens onvoorziene omstandigheden, aanmerkelijk lager was geworden dan bij de totstandkoming van de overeenkomst. Op grond van de bindende kracht van de overeenkomst verbrak het Hof van Cassatie dat vonnis in zijn arrest van 14 april 1994.¹⁹

9. BEVESTIGING – In 2006 bevestigde het Hof van Cassatie die rechtspraak en verwierp het een rechterlijke aanpassing op grond van billijkheidsoverwegingen of goede trouw.²⁰ Ook in de bodemrechtspraak werd (een rechtstreeks beroep op) de imprevisieer verworpen.²¹ Naar aanleiding van de recente COVID-19-crisis hebben verschillende rechtbanken die principiële verwerping nogmaals bevestigd: “Er is geen autonome

14. R. JAFFERALI, “La réforme du droit des contrats. Les principales nouveautés”, *JT* 2022, (21) 23, nr. 4, die er terecht op wijst dat men buitenlandse voorbeelden niet zomaar kan transponeren. *Adde*: J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 284, nr. 3.

15. Nederland: HR 24 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:902. Duitsland: BGH 12 januari 2022, *NJW* 2022, 1370 (“Pandemiemiete I”); BGH 16 februari 2022, *NJW* 2022, 1378 (“Pandemiemiete II”); BGH 2 maart 2022, *NJW* 2022, 1382 (“Pandemiemiete III”); BGH 4 mei 2022, *NJW* 2022, 2024; BGH 11 januari 2023, *NJW-RR* 2023, 514.

16. De klassieke Franse positie werd verwoord in het befaamde *Canal de Craponne*-arrest (Cass. civ. 6 maart 1876, *S* 1876, I, 161). In die zaak was een in de XVIe eeuw overeengekomen vergoeding na meer dan drie eeuwen niet meer in verhouding met de verbintenissen van de wederpartij. Niettemin oordeelde de Franse *Cour de cassation*: “dans aucun cas, il n’appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les cocontractants.”

17. Cass. 19 mei 1921, *Pas.* 1921, I, 380; Cass. 30 oktober 1924, *Pas.* 1924, I, 565; Cass. 7 februari 1994, *Arr.Cass.* 1994, 146, *Bull.* 1994, 150, *Pas.* 1994, I, 150, *RW* 1994-95, 12; Cass. 14 april 1994, *Arr.Cass.* 1994, 369, *Bull.* 1994, 365, *Pas.* 1994, I, 365, *RW* 1994-95, 434; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 899, nr. 1235; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Larcier, 1964, 566-568, nr. 578; D. PHILIPPE, “L’introduction de l’imprévision en droit belge” in B. KOHL en P. WERY (eds.) *Le nouveau droit des obligations*, Luik, CUP, 2022, (217) 226; S. STJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, die Keure, 2022, 200-201, nr. 218; A. VAN OEVELEN, “Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht”, *TPR* 2008, (603) 624, nr. 17; S. VAN LOOCK, “De imprevisieer in België: Quousque tandem abutere patientia nostra?”, *TBBR* 2013, (446) 448; P. WERY, *Droit des obligations*, I, Brussel, Larcier, 2021, 596-597, nr. 581.

18. Cass. 7 februari 1994, *Arr.Cass.* 1994, 146, *Bull.* 1994, 150, *Pas.* 1994, I, 150, *RW* 1994-95, 121.

19. Cass. 14 april 1994, *Arr.Cass.* 1994, 369, *Bull.* 1994, 365, *Pas.* 1994, I, 365, *RW* 1994-95, 434. Zie reeds Cass. 15 oktober 1987, *AR* 7909, *Arr.Cass.* 1987-88, 190, *Pas.* 1988, I, 177, *RW* 1987-88, 1506.

20. Cass. 20 april 2006, C.03.0084.N.

21. Antwerpen 8 februari 2017, *Limb.Rechtsl.* 2017, 184; Vred. Zomergem 18 december 2009, *NJW* 2010, 509, noot G. VERSCHOLDEN. Daarnaast oordeelde het vredegerecht te Genk dat de rechter “de handelshuur echter niet [mag] ontbinden wanneer onvoorziene en ontoerekenbare omstandigheden het evenwicht ernstig verstoren” (Vred. Genk 9 mei 2017, *RW* 2017-18, 714, *in casu* was een vergunning voor uitbaten van een nachtwinkel afgewezen). De rechtbank van eerste aanleg te Gent oordeelde dat een contractuele prijsbepaling overeind blijft, onder andere met als argument dat “de imprevisieer naar Belgisch recht zeer broos” is (Rb. Gent 17 november 2009, *TBBR* 2012, 149).



*rechtsgrond op grond waarvan de rechtbank de huurgelden zou kunnen verminderen of kwijtschelden wegens de uitzonderlijkheid van de omstandigheden.*²²

10. ARGUMENTEN TEGEN DE ERKENNING – Het voornaamste argument tegen het aanvaarden van de imprevisieeler vond zijn oorsprong in de opvatting dat het niet aan de rechter toekomt om een overeenkomst aan de gewijzigde omstandigheden aan te passen of te ontbinden. Dat zou namelijk ingaan tegen het principe van de bindende kracht van overeenkomsten (*pacta sunt servanda*).²³ Alleen in gevallen van overmacht is de schuldenaar van zijn verbintenis bevrijd. Daarvan afwijken zou de rechtszekerheid in het gedrang brengen.²⁴ Het zou immers niet aan de rechter zijn om uit billijkheidsoverwegingen een geldig tot stand gekomen overeenkomst aan te passen aan gewijzigde omstandigheden. Alleen de wetgever kan inspelen op situaties die hij onbillijk acht en de bindende kracht van overeenkomsten temperen.²⁵ Als gevolg daarvan is een beroep op een verandering van omstandigheden slechts mogelijk in de mate dat bijzondere wetten daartoe een bijzondere regeling bevatten.²⁶

2. Nuances en tegengestelde evoluties in de cassatierechtspraak

11. EVOLUTIES – Ondanks de principiële afwijzing van de imprevisieeler door het Hof van Cassatie en de feitenrechtters vertoonde de rechtspraak van het Hof van Cassatie toch reeds enkele nuances op dat standpunt en waren er zelfs tegengestelde evoluties merkbaar.

12. RECHTSMISBRUIK – Ten eerste maakte het Hof van Cassatie in de hogervermelde arresten van 14 april 1994 en 20 april 2006 een uitdrukkelijk voorbehoud voor het geval van rechtsmisbruik. Het uitgangspunt dat een rechter de inhoud van een overeenkomst op billijkheidsoverwegingen niet mag wijzigen, sluit immers niet uit dat een schuldeiser in bepaalde omstandigheden zijn contractuele rechten zou misbruiken en dus niet te goeder trouw zou handelen. Dat kan het geval zijn wanneer hij onverbiddelijk staat op de nakoming van de overeenkomst en dus iedere aanpassing of heronderhandeling weigert, terwijl de nakoming van zijn verbintenissen door de schuldenaar door een situatie van imprevisie aanzienlijk zwaarder geworden is of de uitvoering van de verbintenis weliswaar nog mogelijk is, maar zinloos of doelloos zou worden.²⁷ In dat geval kan de rechter de aanspraken van de schuldeiser matigen tot op het niveau van de normale uitoefening van dat recht, of kan hij het herstel van de door dat misbruik veroorzaakte schade bevelen. Hoewel die matiging niet mag leiden tot het verbeuren van het recht²⁸, wordt wel geoordeeld dat men naar omstandigheden aan de titularis van een recht kan ontzeggen dat hij het uitoefent.²⁹

22. Rb. West-Vlaanderen, afd. Brugge, 30 juni 2021, *TBO* 2022, 28. Zie ook: Rb. Antwerpen 17 mei 2021, *RABG* 2022, 45; Orb. Gent 29 oktober 2020, *IHT* 2021, 221; Vred. Houthalen-Helchteren 28 juli 2020, *Huur* 2020, 220; Vred. Roeselare 24 november 2020, *TBBR* 2021, 109; Vred. Gent 5 juli 2021, *Huur* 2022, 52; Rb. Oost-Vlaanderen, afd. Gent, 6 mei 2022, *TGR* 2022, 79; Rb. West-Vlaanderen, afd. Brugge, 11 mei 2022, *TGR* 2022, 85; Vred. Gent 15 juli 2022, *RW* 2022-23, 354; Vred. Brussel 19 november 2020, *JLMB* 2021, 35, noot N. BERNARD. Zie verder: Vred. Sint-Pieters-Woluwe 4 september 2020; Vred. Gent 6 juli 2020; Vred. Sint-Pieters-Woluwe 4 september 2020, alle drie opgenomen in M. HIGNY en H. VYNCKE (eds.), *Juridische panoplie bij pandemie? Eerste rechtspraak m.b.t. COVID-19 becommentarieerd*, Brugge, die Keure, 2020. Zie evenwel: Vred. Antwerpen 10 juli 2020, opgenomen in M. HIGNY en H. VYNCKE (eds.), *Juridische panoplie bij pandemie? Eerste rechtspraak m.b.t. COVID-19 becommentarieerd*, Brugge, die Keure, 2020.
23. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 665, nr. 528; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, die Keure, 2022, 201, nr. 218; A. VAN OEVELEN, "Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht", *TPR* 2008, (603) 624, nr. 17; S. VAN LOOCK, "De imprevisieeler in België: *Quousque tandem abutere patientia nostra?*", *TBBR* 2013, (446) 449; P. WÉRY, *Droit des obligations*, I, Brussel, Larcier, 2021, 596-597, nr. 581.
24. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 665, nr. 528; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, die Keure, 2022, 201, nr. 218.
25. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 899, nr. 1235; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Larcier, 1964, 570, nr. 579; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, die Keure, 2022, 201, nr. 218; P. WÉRY, *Droit des obligations*, I, Brussel, Larcier, 2011, 556, nr. 582.
26. Voorbeelden in België zijn onder meer: art. 301 OBW, art. 6 Handelshuurwet, art. 24 en 25 Woninghuurdecreet, art. 56 en 58 Waals Woninghuurdecreet, art. 240 en 251 Brussels Huurordonnantie, art. 17, 21 en 22 Pachtwet, art. 1288 Ger.W., art. 38/9-38/10 KB 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten. Zie ook de verwijzingen en bespreking in M. DE POTTER DE TEN BROECK, "De Belgische wetgever en de imprevisieeler", *RW* 2015-16, 843-654, die terecht wijst op de verschillen tussen die bepalingen en de imprevisieeler.
27. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 492, nr. 638; L. CORNET, "Changement de circonstances, force majeure et abus de droit: comment faire bon ménage à trois?", *TBBR* 2023, (126) 134, nr. 20; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, die Keure, 2022, 202-203, nr. 220; V. SAGAERT, *Beginselen van verbintenissenrecht*, Heverlee, LeA Uitgevers, 2023, 107, nr. 202; M. SCHOUPS, P. VAN DEN BOS en J. LIPPENS, "De imprevisieeler in het (privaat) bouwrecht: een veranderde omstandigheid na de inwerkingtreding van Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek?", *TBO* 2022, (210) 212, nr. 8; S. STIJNS en S. JANSEN, "De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evolutie", *TBBR* 2013, (2) 29-30, nr. 62; S. VAN LOOCK, "De imprevisieeler in België: *Quousque tandem abutere patientia nostra?*", *TBBR* 2013, (446) 451-452; A. VAN OEVELEN, "Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht", *TPR* 2008, (603) 626, nr. 19.
28. Cass. 11 juni 1992, AR 9334, *Arr.Cass.* 1991-92, 965, Pas. 1992, I, 898, *JT* 1992, 676; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, die Keure, 2022, 94, nr. 94; S. STIJNS en S. JANSEN, "De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evolutie", *TBBR* 2013, (2) 19, nr. 40; P. WÉRY, *Droit des obligations*, I, Brussel, Larcier, 2021, 500-502, nr. 486.
29. Cass. 8 februari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 245, *RW* 2001-02, 778, noot A. VAN OEVELEN, *TBBR* 2004, 396; S. STIJNS en S. JANSEN, "De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evolutie", *TBBR* 2013, (2) 21, nr. 45.



In een opmerkelijk arrest van 14 oktober 2010³⁰ aanvaardde het Hof van Cassatie dat argument.³¹ Volgens het Hof van Cassatie kan de rechter die oordeelt dat de verdere uitvoering van de onderhoudsuitkering in hoofde van de schuldeiser een misbruik van recht uitmaakt, zonder schending van artikel 1134 OBW en zonder het algemeen rechtsbeginsel dat rechtsmisbruik verbiedt te miskennen, de “afschaffing”³² van deze uitkering bevelen.³³

Zoals we hieronder nog zullen zien (cf. *infra* II.B.2), vormden het principe van de uitvoering te goeder trouw en het verbod op rechtsmisbruik onder het oude recht een belangrijke alternatieve piste voor de rechtspraak om in te grijpen in geval van imprevisie.

13. EINDE TONTINE – Ten tweede toonde het Hof van Cassatie in een enigszins enigmatisch arrest van 6 maart 2014 begrip voor een arrest dat had besloten tot de beëindiging van een tontinebeding op grond van een wijziging van omstandigheden, *i.e.* het einde van de relatie tussen de kopers: *“Een tontineovereenkomst die de strekking heeft voort te bouwen op een tussen de partijen bestaande feitelijke of juridische verhouding, houdt evenwel op te bestaan, wanneer deze onderliggende verhouding een einde neemt derwijze dat hierdoor aan de verdere uitwerking van de overeenkomst iedere zin wordt ontnomen.”*³⁴ Over de precieze juridische grondslag van deze uitspraak is reeds veel inkt gevloeid.³⁵ Hoewel voor discussie vatbaar, zou men de imprevisie als een potentiële grondslag kunnen zien. De beëindiging van het tontinebeding wordt immers uitdrukkelijk gebaseerd op omstandigheden die na de contractsluiting zijn gewijzigd en die iedere zin aan de verdere uitwerking van het beding hebben ontnomen. Het zou evenwel te ver gaan om het arrest te lezen als een erkenning van de imprevisie of er andere verstrekkende gevolgtrekkingen uit af te leiden. Het Hof van Cassatie leek in dit arrest veeleer een billijke *ad-hoc* oplossing te hebben aanvaard.³⁶

14. IMPREVISIE EN CISG – Ten derde moet worden gewezen op het cassatiearrest van 19 juni 2009 in het kader van het Weens Koopverdrag (hierna: “CISG”). Die zaak betrof de internationale verkoop van stalen buizen tussen een Nederlandse koper en een Franse verkoper. Aangezien de staalpijzen met 70% waren gestegen, verzocht de verkoper om een aanpassing van de overeengekomen prijzen. Dat werd door de koper afgewezen. Uiteindelijk kwam de zaak voor het Hof van Cassatie dat moest oordelen of die prijsstijging beschouwd kon worden als een “verhinderende” in de zin van artikel 79(1) CISG.³⁷ In een pioniersarrest beantwoordde het Hof van Cassatie die vraag bevestigend: *“Gewijzigde omstandigheden die niet redelijkerwijze voorzienbaar waren bij de contractsluiting en die onmiskenbaar van aard zijn om de last van de uitvoering van de overeenkomst op onevenredige wijze te verzwaren, kunnen, onder omstandigheden, een verhindering uitmaken in de zin van deze verdragsbepaling.”*³⁸ Die uitspraak was wereldwijd een primeur. Want hoewel een groot deel van de rechtsleer weliswaar verdedigde dat imprevisie

30. Cass. 14 oktober 2010, Pas. 2010, 2643, DAOR 2012, 17, noot J. VAN ZUYLEN, RW 2011-12, 1209, Rev.trim.dr.fam. 2011, 49, RABG 2011, 902, Act.dr.fam. 2012, 156, noot A. VAN GYSEL, Juristenkrant 2011 (weergave G. VERSCHULDEN), afl. 228, 3, Not.Fisc.M. 2014, afl. 10, 263, noot E. ALOFS.

31. Het Hof verwierp het cassatieberoep tegen een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg van Doornik waarin werd geoordeeld dat de verdere uitvoering van de regelingsakte voorafgaand aan een echtscheiding door onderlinge toestemming door de concrete omstandigheden een misbruik van recht opleverde. In casu ging het om een regelingsakte die bijna dertig jaar oud was, had de eiseres een nieuw huishouden gevormd en was de betaling zo zwaar voor de schuldenaar dat zijn inkomen lager dan het leefloon kwam te liggen, zonder dat die toestand aan hem te wijten is.

32. Zie daarover: A. DE BOECK en F. VERMANDER, “Rechtsmisbruik in het contractenrecht: de rechtsuitoefening aan banden gelegd” in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Rechtsmisbruik*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 47, nr. 25.

33. Kritisch op dat punt en eerder voorstander van een matiging van de onderhoudsuitkering: J. VAN ZUYLEN, “Quelques réflexions sur l'utilité économique du contrat au départ de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010”, DAOR 2012 (5) 15, nr. 13; G. VERSCHULDEN, “Cassatie aanvaardt afschaffing alimentatie na rechtsmisbruik bij EOT-overeenkomst”, Juristenkrant 2011, afl. 228, 3.

34. Cass. 6 maart 2014, C.13.0362.N, Arr.Cass. 2014, afl. 3, 641; Juristenkrant 2014 (weergave E. ADRIAENS), afl. 288, 1, JT 2015, 617, noot V. WYART, JLM 2014, 1230, noot, NFM 2014, 104, noot E. ADRIAENS, NJW 2015, 691, noot V. VANDERHULST, Pas. 2014, 612, RABG 2015, 283, noot V. VANDERHULST, RABG 2018, 693, noot S. BROUWERS, RCJB 2015, afl. 4, 383, noot D. STERCKX en L. STERCKX, Rec.gén.enr.not. 2016, 169, Rev.not.b. 2015, 517, concl. A. VAN INGELGEM, noot A. VAN GYSEL, Rev.trim.dr.fam. 2015, 274, RW 2013-14, 1625, noot D. MICHELS, TBBR 2014, 261, noot F. PEERAER, TBBR 2014, 487, noot L. SAUVEUR, T.Not. 2014, 231, noot C. ENGELS. Intussen is dat probleem opgelost door art. 3.77, vijfde lid BW.

35. Zie o.a. de annotaties vermeld in de vorige voetnoot.

36. In die zin: E. ADRIAENS, “Deelnoot tontineovereenkomst kan eenzijdig de verdeling vorderen na einde onderliggende relatie”, noot onder Cass. 6 maart 2014, NFM 2014, (106) 112, nr. 17. Zie recent: Cass. 16 januari 2023, C.20.0353.F, waarin een arrest wordt verboden dat beslist dat door onenigheid tussen de betrokken partijen de “indivision volontaire” est devenue une indivision ordinaire soumise à l'article 815 du Code civil”.

37. Art. 79(1) CISG: “Een partij is niet aansprakelijk voor een tekortkoming in de nakoming van een van haar verplichtingen, indien zij aantoonde dat de tekortkoming werd veroorzaakt door een verhindering die buiten haar macht lag en dat van haar redelijkerwijs 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 zou zijn gekomen.”

38. Cass. 19 juni 2009, C.07.0289.N, Arr.Cass. 2009, 1736, Pas. 2009, 1590, DAOR 2010, 149, noot D. PHILIPPE, RW 2009-10, 744, noot K. COX, TBH 2009 734 en 988, TBH 2010, 879, noot J. MALFLET, Tijdschrift@ipr.be 2009, afl. 4, 25. Kritisch over die uitspraak: L. DIMATTEO, “Contractual excuse under the CISG: impediment, hardship, and the excuse doctrines”, Pace Int.L.Rev. 2015, (258) 283-285; T. ECKARDT, U. MAGNUS en B. PILTZ, “Art. 79 CISG in der internationalen Rechtsprechung”, IHR 2020, (140) 143, nrs. 19-22; F. FERRARI, C. GILLETTE, M. TORSOLLO en S. WALI, “The Inappropriate Use of the PICC to Interpret Hardship Claims under the CISG”, IHR 2017, 97-102.



principieel onder artikel 79 CISG kon vallen³⁹, waren er tot dusver geen rechterlijke of arbitrale beslissingen bekend die de toepassing van de imprevisie in het kader van het Weens Koopverdrag ook effectief hadden aanvaard.⁴⁰ Gelet op de strenge positie van het Hof van Cassatie in het intern verbintenissenrecht is het ook opmerkelijk dat het Hof in die zaak niet alleen het principe van de imprevisie heeft aanvaard voor het CISG, maar bovendien heeft geoordeeld dat de 70%-prijsstijging reeds voldoende ernstig zou zijn.⁴¹ Met enige juridische creativiteit⁴² concludeert het Hof van Cassatie ten slotte dat op de partijen bijgevolg een verplichting tot heronderhandeling rust.⁴³

B. Alternatieven voor de imprevisie

15. RUIME INVULLING – Omwille van de principiële afwijzing van de imprevisie in het intern verbintenissenrecht werd in de rechtspraak soms een beroep gedaan op alternatieve figuren om in te spelen op een verandering van omstandigheden die een strikte toepassing van de overeenkomst onredelijk maakte. Hieronder bespreken we achtereenvolgens overmacht (1), goede trouw en rechtsmisbruik (2) en de aanvullende werking van de goede trouw en heronderhandelingen (3).

1. Ruime invulling van overmacht

16. RUIME INVULLING – Een eerste alternatieve piste bestond erin om een beroep te doen op een ruime interpretatie van het vereiste van onmogelijkheid bij overmacht. Die deur wordt geopend door een tendens om het vereiste van onmogelijkheid niet meer op een absolute, maar veeleer op een menselijke en redelijke wijze te interpreteren. Daardoor vervaagt het onderscheid tussen overmacht en imprevisie en wordt het mogelijk om bepaalde gevallen van imprevisie als overmacht te behandelen.⁴⁴

Een voorbeeld van die alternatieve oplossing vinden we in een arrest van 2 april 2012 van het hof van beroep te Gent.⁴⁵ In die zaak was een deelname aan Open Bedrijvendag voor een onderneming commercieel minder interessant geworden door wegenwerken. Met een beroep op overmacht weigerde de

39. Y. ATAMER, "Article 79" in S. KRÖLL, L. MISTELIS en P. PERALES VISCASILLAS (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, München, Beck, 2018, nrs. 80 e.v.; C. BRUNNER, "Article 79" in C. BRUNNER en B. GOTTLIEB (eds.), *Commentary on the UN Sales Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2019, nr. 32; K. COX, "Gewijzigde omstandigheden in internationale koopcontracten: het Hof van Cassatie als pionier", *RW* 2009, 10, (730) 733-734; T. ECKARDT, U. MAGNUS en B. PILTZ, "Art. 79 CISG in der internationalen Rechtsprechung", *IHR* 2020, (140) 143, nr. 20; J. HOLLNOLD en H. FLECHTNER, *Honnold's Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2021, 579, nr. 579; I. SCHWENZER, "Die clausula und das CISG" in W. WIEGAND, T. KOLLER en H. WALTER (eds.), *Festschrift für Eugen Bucher*, Bern, Stämpfli, 2009, (739) 727. Ook de commentaar van de CISG Advisory Council luidt in die zin: *CISG Advisory Council Opinion No. 20 – Hardship under the CISG*, nr. 2. *Contra*: H. AKSOY, *Impossibility in Modern Private Law*, Heidelberg, Springer, 2014, 108-109; H. RÖSLER, "Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law", *ERPL* 2007, (489) 502-503.
40. Dat zou in 2020 nog steeds het geval zijn. In de *Annex 1* bij de *CISG Advisory Council Opinion No. 20 – Hardship under the CISG* uit 2020 wordt melding gemaakt van 7 gerechtelijke en 3 arbitrale uitspraken waarin de imprevisie wordt behandeld. In 7 van de 8 uitspraken waarin de CISG van toepassing is, werd het beroep op artikel 79 CISG afgewezen, omdat de prijswijziging tot de risicosfeer van de koper behoorde (3 zaken) of omdat de prijswijziging niet voldoende ingrijpend was (4 zaken). Zie voor een bespreking in de rechtspraak: T. ECKARDT, U. MAGNUS en B. PILTZ, "Art. 79 CISG in der internationalen Rechtsprechung", *IHR* 2020, 140-149.
41. Dat is een van de elementen die internationaal wordt bekritiseerd: T. ECKARDT, U. MAGNUS en B. PILTZ, "Art. 79 CISG in der internationalen Rechtsprechung", *IHR* 2020, (140) 143, nr. 21.
42. Volgens het Hof van Cassatie bepaalt de CISG niet wat de rechtsgevolgen zijn in geval van imprevisie en moet voor de invulling van die lacune bijgevolg "aansluiting worden gezocht bij de algemene beginselen die het recht van de internationale handel beheersen" (cf. art. 7(2) CISG). Voor de inhoud van die algemene beginselen verwijst het Hof van Cassatie naar de Unidroit Principles. Uit de vaststelling dat het slachtoffer volgens die principes in geval van imprevisie "ook gerechtigd [is] om de heronderhandeling van de overeenkomst te vorderen", keurt het Hof van Cassatie de onderhandelingsverplichting die het hof van beroep te Antwerpen had opgelegd (weliswaar op grond van art. 1135 *Code civil*) goed.
43. Kritisch: L. DiMATTEO, "Contractual excuse under the CISG: impediment, hardship, and the excuse doctrines", *Pace Int.L.Rev.* 2015, (258) 283-285; T. ECKARDT, U. MAGNUS en B. PILTZ, "Art. 79 CISG in der internationalen Rechtsprechung", *IHR* 2020, (140) 143, nrs. 19-22; F. FERRARI, C. GILLETTE, M. TORSSELLO en S. WALT, "The Inappropriate Use of the PICC to Interpret Hardship Claims under the CISG", *IHR* 2017, 97-102.
44. S. HEREMANS, "Le bouleversement de l'économie contractuelle (deuxième partie)", *TBBR* 2000, (572) 580; D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Brussel, Bruylant, 1986, 169 e.v.; M. SCHOUPS, P. VAN DEN BOS en J. LIPPENS, "De imprevisie in het (privaat) bouwrecht: een veranderde omstandigheid na de inwerkingtreding van Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek?", *TBO* 2022, (210) 212, nr. 7; S. STUNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, die Keure, 2022, 203, nr. 220; A. VAN OEVELEN, "Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht", *TPR* 2008, (603) 627, nr. 19; S. VAN LOOCK, "De imprevisie in België: *Quousque tandem abutere patientia nostra?*", *TBBR* 2013, (446) 450-451; A. VAN OEVELEN, "Kroniek van het verbintenissenrecht (1993-2004)", *RW* 2004-05, (1641) 1644, nr. 10; P. WÉRY, *Droit des obligations*, I, Brussel, Larcier, 2021, 577-578, nr. 562; J. VAN ZUYLEN, "Quelques réflexions sur l'utilité économique du contrat au départ de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010", *DAOR* 2012 (5) 8, nr. 4. Zie ook: Vred. Wolven 30 maart 1995, *RW* 1996-1997, 472, noot R. VAN RANSBEECK.
45. Gent 12 april 2012, *NjW* 2013, 32, noot C. LEBON. Zie ook reeds: I. SAMOY en S. VAN LOOCK, "Actuele ontwikkelingen inzake uitvoering en beëindiging van contracten" in S. STUNS, V. SAGAERT, I. SAMOY en A. DE BOECK (eds.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (101) 106-107, nr. 14 en E. FELTEN, "Force majeure, état de nécessité et imprévision en droit commercial - justifications à la violation de loi ou du contrat" in I. BOUIOUKIEV (ed.), *Force Majeure*, Limal, Anthemis, 2013, (81) 114-115, nr. 50.



onderneming de deelnameprijs te betalen. Door het begrip overmacht zo elastisch te interpreteren dat het geval van imprevisie eronder viel, kon het hof van beroep oordelen dat de onderneming van haar verplichtingen was bevrijd.⁴⁶

17. KRITIEK – In eerdere publicaties⁴⁷ heb ik deze redeneringswijze vergeleken met het bed van Procrustes⁴⁸, aangezien een geval van imprevisie uitgetrokken wordt om als overmacht te kunnen worden behandeld. Die rechtspraak is op verschillende vlakken problematisch. Ten eerste denatureert die het onmogelijkheidsvereiste en wordt het begrip overmacht zelf al te zeer uitgebreid.⁴⁹ Ten tweede leidt ze ook vaak niet tot de gewenste oplossingen. De rechtsgevolgen van overmacht zijn immers niet aangepast aan de situatie van imprevisie. Eenmaal het hof van beroep oordeelt dat er overmacht is, is de onderneming bevrijd van zijn betalingsverbintenis, wat leidt tot de beëindiging van de overeenkomst.⁵⁰ Het juridisch arsenaal van de rechter is bij overmacht dus opmerkelijk beperkter als bij imprevisie, aangezien geen aanpassing mogelijk is. De toepassing van overmacht dreigt aldus vaak te leiden tot een eenzijdige risicoverdeling, aangezien er weinig ruimte is voor een belangenafweging.⁵¹ Ten derde is overmacht alleen maar toepasbaar in gevallen waar de verandering van omstandigheden de schuldenaar raakt, terwijl imprevisie ook te hulp kan komen wanneer het de schuldeiser is die de nadelige gevolgen van de gewijzigde omstandigheden draagt.

Er is dan ook rechtspraak die deze ruime toepassing van overmacht uitdrukkelijk afwijst. Zo oordeelde de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen dat er geen overmacht aanwezig is, *“(i)ndien de nakoming van de verbintenis niet volkomen onmogelijk is, maar alleen moeilijker of duurder geworden is ten gevolge van bij de contractsluiting onvoorzienbare omstandigheden”*.⁵²

2. Goede trouw en rechtsmisbruik

18. RECHTSMISBRUIK – Zoals hierboven reeds aangehaald, maakte het Hof van Cassatie in verschillende arresten waarin het de imprevisie afwees, wel een uitdrukkelijk voorbehoud voor rechtsmisbruik.

19. VAL COMMUNISME – Een eerste voorbeeld biedt een arrest van het hof van beroep te Luik van 21 december 2001.⁵³ In die zaak was het contractueel evenwicht grondig verstoord door de val van de dollar en de wijziging van de douanetarieven in de landen van het Gemenebest van Onafhankelijke Staten. Het hof van beroep oordeelde dat het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten zich ertegen verzet dat een schuldeiser in die omstandigheden de nakoming van de oorspronkelijke overeenkomst blijft eisen in zoverre dat de schuldenaar hierdoor wordt geruïneerd. Volgens het hof van beroep maakte de schuldeiser in die omstandigheden misbruik van zijn contractueel recht.

20. ECONOMISCHE CRISIS – In een arrest van 3 februari 2014 paste het hof van beroep te Gent rechtsmisbruik toe op een geval van imprevisie. In die zaak kon een textielbedrijf het overeengekomen aantal minimum-transporten niet toekennen aan een transportbedrijf door de gevolgen van de financiële crisis. De vordering

46. Gent 12 april 2012, *NjW* 2013, 32, noot C. LEBON: “Alhier blijkt uit de voorliggende stukken dat de wegeniswerken waarnaar de geïntimeerde verwijst, het weliswaar niet volledig onmogelijk maakten voor cliënteel om haar toonzaal te bereiken, doch dat het bijzonder moeilijk was en dit in die mate dat het binnen het kader van een Open Bedrijvendag – waar het dan toch de bedoeling is van een voortdurend komen en gaan van mensen – als onmogelijk moet worden bestempeld. De weg lag compleet open. Met wagens van de belangstellenden – steeds binnen het kader van de Open Bedrijvendag – was het onmogelijk een normale toe- en uitgang voor de mensen te hebben.”

47. I. SAMOY en S. VAN LOOCK, “Actuele ontwikkelingen inzake uitvoering en beëindiging van contracten” in S. STIJNS, V. SAGAERT, I. SAMOY en A. DE BOECK (eds.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (101) 107, nr. 15; S. VAN LOOCK, “De imprevisie in België: *Quousque tandem abutere patientia nostra?*”, *TBBR* 2013, (446) 451.

48. Die mythologische herbergier sloop 's nachts naar de kamer van zijn gasten om te kijken of ze in het bed pasten. Wanneer ze te klein waren, rekte hij met geweld de ledematen uit. Waren ze te groot, dan hakte hij er een stuk af.

49. In bepaalde rechtsleer wordt daarentegen geadviseerd om een afzonderlijke imprevisie te verlaten en dergelijke gevallen onder overmacht te behandelen: M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Brussel, Intersentia, 2017, 393, nr. 386. Men moet inderdaad vaststellen dat de grenzen tussen beide concepten in de praktijk vaak erg flou zijn, maar de *lege lata* behoudt het BW het onderscheid tussen overmacht en verandering van omstandigheden. Zonder die gedachte hier verder te kunnen ontwikkelen, zou men – anders dan De Potter voorstelt – de *lege feranda* kunnen argumenteren om de dichotomie op te lossen door overmacht onder een verruimd begrip van verandering van omstandigheden te brengen.

50. C. DELFORGE, “La modification unilatérale du contrat” in J.F. GERMAIN (ed.), *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel, Éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, (139) 199, nr. 58; J. VAN ZUYLEN, “Quelques réflexions sur l'utilité économique du contrat au départ de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010”, *DAOR* 2012 (5) 8, nr. 4; P. WÉRY, *Droit des obligations*, I, Brussel, Larcier, 2021, 599-600, nr. 586.

51. J. RENIERS, F. VAN DEN ABEELE, S. DEVROE en K. DEWAELE, “Risicoverdeling bij (handels)huur tijdens de coronacrisis: aanzet tot systematisering” in *COVID-19: een tweede golf op eerste aanleg*, Brugge, die Keure, 2022, (136) 146-151, nrs. 8-9.

52. Rb. Antwerpen 17 mei 2021, *RABG* 2022, 45.

53. Luik 21 december 2001, *JT* 2002, 564.



tot vergoeding van het transportbedrijf wordt integraal afgewezen op grond van rechtsmisbruik. Volgens het hof van beroep is *“het evenwicht tussen de wederzijdse contractprestaties (...) door de volstrekt onvoorzienbare en onafwendbare gevolgen van de internationale crisis in die mate verstoord (...) dat de ongewijzigde en integrale nakoming van de contractuele verbintenissen voor [de opdrachtgever] aanzienlijk en onevenredig zwaarder is geworden, wat ook voor [het transportbedrijf] zonder meer duidelijk moet geweest zijn”*. Het in die omstandigheden blijven nastreven van de uitvoering van de overeenkomst, *“houdt niet alleen een miskennis van het beginsel van de uitvoering te goeder trouw in, maar levert tevens rechtsmisbruik op, gelet op de kennelijke wanverhouding tussen het voordeel voor geïntimeerde en het nadeel dat hierdoor aan appellante wordt berokkend”*.⁵⁴

21. COVID-19-RECHTSPRAAK – In de rechtspraak naar aanleiding van de gevolgen van (de maatregelen ter bestrijding van) de COVID-19-pandemie riepen getroffen huurders vaak het principe van de uitvoering te goeder trouw en het verbod op rechtsmisbruik in om zich te verzetten tegen een vordering tot betaling van de (volledige) huurprijs. Op grond van het principe van de uitvoering te goeder trouw oordeelde de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen dat *“beide partijen gezamenlijk de gevolgen moeten dragen van de opgelegde overheidsmaatregelen en dat de financiële schade onder hen gelijk moet worden verdeeld. De overeengekomen prijs voor de uitbating van de handelszaak in het winkelcentrum wordt in deze gehalveerd.”*⁵⁵ Een vrederechter oordeelde eveneens dat *“en continuant à imposer l'exécution d'un contrat dont l'économie est radicalement déséquilibrée et qui préjudicie grandement la S.A. Y., nous estimons que la S.A. X. commet un abus de droit”*.⁵⁶ In verschillende andere uitspraken werd een beroep op rechtsmisbruik daarentegen in casu afgewezen.⁵⁷

22. RECHTSVERGELIJKING – Vanuit een rechtsvergelijkend standpunt verbaast het niet dat de imprevisieleer, bij ontstentenis van een uitdrukkelijke wettelijke bepaling, in de rechtspraak toepassing kan vinden via de matigende werking van de goede trouw en het verbod op rechtsmisbruik. De imprevisieleer werd in de rechtsleer soms het sluitstuk van die matigende werking van de goede trouw genoemd.⁵⁸ In Duitsland aanvaardde het *Reichtsgericht* de leer van de *Wegfall der Geschäftsgrundlage* oorspronkelijk als een toepassing van § 242 BGB (*Treu und Glauben*)⁵⁹ en in Nederland paste de Hoge Raad⁶⁰ de leer van de onvoorzienbare omstandigheden aanvankelijk ook toe in het kader van de redelijkheid en billijkheid en verwijst artikel 6:258 NBW er zelfs uitdrukkelijk naar.

23. LIMieten – Hoewel de piste van het verbod op rechtsmisbruik zijn merites heeft, bleek ook die geen adequate grondslag om tot een volledige erkenning van de imprevisieleer te komen. Ten eerste bestaat de sanctie bij rechtsmisbruik uit matiging of herstel van de schade en niet in het herzien of beëindigen van de overeenkomst. Hoewel een creatieve rechter in grote mate wel de gevolgen van de imprevisieleer kan bereiken⁶¹, mag hij de Rubicon van de (formele) contractaanpassing niet oversteken. Ten tweede is de focus bij rechtsmisbruik anders dan bij de imprevisieleer. Bij een beroep op rechtsmisbruik ligt de focus op (het sanctioneren van) het abusieve gedrag van de partij die de nakoming van de overeenkomst eist. De doelstelling van de imprevisieleer is evenwel niet sanctioneren (en vereist ook geen abusief handelen), maar ziet op de contractuele risicoverdeling tussen de partijen. Het is die risicoverdeling die uiteindelijk bepaalt welke partij het risico voor de veranderde omstandigheden moet dragen. Door de imprevisieleer toe te passen via de omweg van het verbod op rechtsmisbruik dreigt de contractuele risicoverdeling en de belangenafweging tussen partijen veronachtzaamd te worden (*cf. supra* nr. 20).

54. Men kan zich evenwel de vraag stellen of een matiging van de vordering niet meer op zijn plaats was geweest. Door de vordering van de transporteur volledig af te wijzen, verlegt het hof van beroep het (economische) risico van de financiële en economische crisis eigenlijk volledig naar de transporteur. De strenge beteugeling van het rechtsmisbruik kan wellicht ingegeven zijn door de weigering van de transporteur om na de opzegging de overeenkomst te heronderhandelen, door het feit dat de opdrachtgever reeds een opzegvergoeding betaald heeft en/of door het hoge bedrag dat de transporteur vordert, namelijk de integrale nakoming bij equivalent.

55. Rb. Antwerpen 15 november 2021, RW 2021-22, 1319, noot J. DEL CORRAL, *Huur* 2023, 41, RABG 2022, 100, TBH 2021, 2044.

56. Vred. Brussel 19 november 2020, JLMB 2021, 35, noot N. BERNARD.

57. Rb. West-Vlaanderen, afd. Brugge, 30 juni 2021, TBO 2022, 28; Vred. Gent 5 juli 2021, *Huur* 2022, 52; Vred. Houthalen-Helchteren 28 juli 2020, *Huur* 2020, 220.

58. P. ABAS, *Beperkende werking van de goede trouw*, Deventer, Kluwer, 1972, 295. Instemmend: A. VAN OEVELEN en E. DIRIX, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1981-1984) (Tweede deel)”, RW 1985-86, (82) 93, nr. 42. Zie ook: D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Brussel, Bruylant, 1986, 660.

59. RG 3 februari 1922, RGZ 103, 328 (“*Vigognespinnerei*”). Zie verder: RG 6 januari 1923, RGZ 106, 7; RG 28 november 1923, RGZ 107, 78; RG 30 oktober 1928, RGZ 122; RG 21 juni 1933, RGZ 141, 212; RG 15 december 1941, RGZ 168, 121.

60. HR 16 december 1977, NJ 1978, 156; HR 28 november 1981, NJ 1981, 440; HR 27 april 1984, NJ 1984, 679, noot W. VAN DER GRINTEN; HR 12 juni 1987, NJ 1988, 150. In HR 10 juli 1989, NJ 1989, 786 is voor het eerst sprake van “*verandering van omstandigheden*”.

61. Zie: Rb. Antwerpen 15 november 2021, RW 2021-22, 1319, noot J. DEL CORRAL, *Huur* 2023, 41, RABG 2022, 100, TBH 2021, 2044, waarin de huurprijs voor een bepaalde periode werd gehalveerd.



3. Goede trouw en heronderhandelingen

24. AANVULLENDE WERKING GOEDE TROUW – Een bijkomende piste is die van een mogelijke heronderhandelingsverplichting, gebaseerd op de aanvullende werking van de goede trouw. Overeenkomstig artikel 1134, derde lid en 1135 OBW moeten partijen hun overeenkomsten immers te goeder trouw uitvoeren en verbinden overeenkomsten niet alleen tot hetgeen daarin uitdrukkelijk bepaald is, maar ook tot alle gevolgen die door de billijkheid, het gebruik of de wet aan de verbintenis, volgens de aard ervan, worden toegekend. Op basis van die aanvullende functie van de goede trouw kan de rechter bij een leemte in de overeenkomst bijkomende (negatieve of positieve) verplichtingen opleggen aan de partijen die niet door hen waren voorzien, naast diegene die reeds in de overeenkomst zijn vastgelegd of voortvloeien uit de wet of door het gebruik.⁶² Tussen partijen bestaat immers een verplichting tot loyale samenwerking om de overeenkomst tot een goed einde te brengen en het een maatschappelijk nut te geven. Dat betekent dat partijen niet louter hun eigen belangen mogen nastreven, maar dat ze ook rekening moeten houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.⁶³

25. COVID-19 – In het kader van de COVID-19-pandemie oordeelde de rechtbank van eerste aanleg te Brugge bijvoorbeeld: *“Een huurovereenkomst is voor de partijen een microkosmos waarin ze zich loyaal moeten opstellen en bij de uitvoering (of eis tot nakoming) met elkaars belangen rekening dienen te houden (op straffe zijn rechten te misbruiken, door enkel en alleen in eigen belang te handelen).”*⁶⁴ Op gelijkaardige wijze oordeelde de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen: *“Contractpartijen zijn jegens elkaar gehouden tot loyale samenwerking waarbij zij rekening moeten houden met elkaars redelijke verwachtingen.”*⁶⁵

26. HERONDERHANDELINGSPLICHT – De aanvullende werking van de goede trouw impliceert voor de partijen in het algemeen een samenwerkingsplicht en een loyauteitsplicht bij de uitvoering van de overeenkomst.⁶⁶ Naast informatie- en voorlichtingsverplichtingen, bijstands- en waarschuwingsplichten, een redelijke schadebeperkingsplicht, enz.⁶⁷ zou de aanvullende werking van de goede trouw er zich, onder omstandigheden, ook toe kunnen lenen om partijen een heronderhandelingsplicht op te leggen in bepaalde situaties van imprevisie.⁶⁸ Ook in het hogervermelde arrest over het CISG komt het Hof van Cassatie tot een (weliswaar bekritiseerbare) heronderhandelingsplicht.

C. Redenen voor de erkenning van de imprevisie / leer van de verandering van omstandigheden

27. WETGEVEND INGRUIPEN NODIG – Aangezien de rechtspraak niet geneigd leek om, in navolging van andere rechtsstelsels en van de rechtspraak inzake het CISG, de imprevisie te erkennen, bleek een wetgevende tussenkomst noodzakelijk.⁶⁹ De invoering van boek 5 was dan ook de ideale gelegenheid om de imprevisie een wettelijke grondslag te geven.

28. WEINIG ARGUMENTATIE IN MvT – Hoewel de invoering van de regeling inzake verandering van omstandigheden een belangrijke innovatie vormt, verschaft de memorie van toelichting weinig argumenten

62. I. SAMOY en S. VAN LOOCK, “Actuele ontwikkelingen inzake uitvoering en beëindiging van contracten” in S. STIJNS, V. SAGAERT, I. SAMOY en A. DE BOECK (eds.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (101) 107, nr. 16; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, die Keure, 2022, 201, nr. 218.

63. E. DIRIX, “Crisis en privaatrecht”, *NjW* 2021, (2) 6, nr. 8; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, die Keure, 2022, 81-82, nr. 82; C. DELFORGE, “La modification unilatérale du contrat” in J.F. GERMAIN (ed.), *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel, Éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, (139) 204, nr. 63.

64. Rb. West-Vlaanderen, afd. Brugge, 30 juni 2021, *TBO* 2022, 28.

65. Rb. Antwerpen 15 november 2021, *RW* 2021-22, 1319, noot J. DEL CORRAL, *Huur* 2023, 41, *RABG* 2022, 100, *TBH* 2021, 2044.

66. C. DELFORGE, “La modification unilatérale du contrat” in J.F. GERMAIN (ed.), *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel, Éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, (139) 204, nr. 63; F. VERMANDER, “De aanvullende werking van het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van contracten in de 21ste eeuw: inburgering in de rechtspraak, weerspiegeling in de wetgeving en sanctionering”, noot onder Bergen 2 juni 2003, *TBBR* 2004, (572) 757, nr. 14; P. WERY, *Droit des obligations*, I, Brussel, Larcier, 2021, 418-419, nr. 394.

67. S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, die Keure, 2022, 83, nr. 82-83; F. VERMANDER, “De aanvullende werking van het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van contracten in de 21ste eeuw: inburgering in de rechtspraak, weerspiegeling in de wetgeving en sanctionering”, noot onder Bergen 2 juni 2003, *TBBR* 2004, (572) 577, nr. 14.

68. C. DELFORGE, “La modification unilatérale du contrat” in J.F. GERMAIN (ed.), *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel, Éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, (139) 205, nr. 64. Zie in Frankrijk reeds vanaf 1992: Cass. com. 3 november 1992, *RTD Civ.* 1993, 124, noot J. MESTRE; Cass. com. 24 november 1998, *RTD Civ.* 1999, 98, noot J. MESTRE, *RTD Civ.* 1999, 646, noot P.Y. GAUTIER.

69. L. VAE, “Beschouwingen over het imprevisieerstuk omtrent de eventuele ontsluiting van de overeenkomst in geval van een gewijzigd contractueel verhoudingskader”, *TPR* 2004, (703) 748, nr. 17.



om die invoering te rechtvaardigen.⁷⁰ De toelichting bij artikel 5.74 BW vangt als volgt aan: “de verandering van omstandigheden wordt in aanmerking genomen door alle moderne wetgeving”.⁷¹ In de eerste plaats is die uitspraak erg algemeen, maar een meer fundamentele kritiek is dat men uit rechtsvergelijking niet zomaar normatieve argumenten kan putten.⁷² Wanneer we daarentegen vaststellen dat andere gelijkaardige rechtsstelsels via de erkenning van de imprevisieel tot wenselijke resultaten komen, kan daaruit wel volgen dat het op zijn minst mogelijk is om die ook in België in te voeren.⁷³ Een tweede argument dat in de toelichting bij artikel 5.74 BW wordt aangehaald is dat de bepaling “beoogt rechtszekerheid te creëren in het licht van de rechtspraak van het Hof van Cassatie die daar geleidelijk aan lijkt mee te gaan”. Daarbij wordt verwezen naar het hoger besproken cassatiearrest van 14 oktober 2010 inzake rechtsmisbruik en de arresten van 19 juni 2009 en 12 april 2013 met betrekking tot het CISG. De vraag rijst of er onder het oude recht inderdaad zoveel rechtsonzekerheid bestond⁷⁴ en of de verwijzing naar de evolutie in de cassatierechtspraak niet te rooskleurig is. In de algemene bespreking van het hervormingsvoorstel wordt de erkenning van de imprevisieel ten slotte in verband gebracht met het vinden van een nieuw evenwicht tussen de wilsautonomie van partijen en de rol van de rechter.⁷⁵ Uiteindelijk is daarmee ook weinig gezegd over de precieze redenen waarom de invoering van de imprevisieel überhaupt wenselijk zou zijn.

29. REDEN VOOR DE INVOERING – De voornaamste reden voor het invoeren van de imprevisieel is mijns inziens dat het antwoord van het voormalig Belgisch verbintenissenrecht op een verandering van omstandigheden onvoldoende genuanceerd was. Behoudens overmacht gold onverkort het principe van de bindende kracht van de overeenkomst, hoe erg de omstandigheden ook waren veranderd na het sluiten van de overeenkomst. In de meeste gevallen is dat uiteraard terecht en vormt de bindende kracht het juiste antwoord. Gelet op de verantwoordelijkheid van partijen en het belang van de rechtszekerheid dient iedere partij in principe de gevolgen van veranderde omstandigheden op haar verbintenissen te dragen.⁷⁶ Doorgaans konden partijen een bepaalde verandering van omstandigheden immers voorzien en was het aan hen (en zijn zij daartoe ook het best geschikt) om daarmee in de overeenkomst rekening te houden of zich op een andere wijze te beschermen: “contracter, c’est prévoir”.⁷⁷

30. RISICOVERDELING EN LACUNE – Dat is echter anders, wanneer het gaat om omstandigheden waaraan de partijen niet hebben gedacht en die bijgevolg niet in de overeenkomst verdisconteerd konden worden. In dat geval is het weinig overtuigend om bij een ernstige verstoring van het contractueel evenwicht dat risico voor gewijzigde omstandigheden eenzijdig op de benadeelde partij te laten rusten, louter op grond van het principe van *pacta sunt servanda*.⁷⁸ Precies omdat het gaat om de realisering van risico's, waarvan onzeker is welke van de partijen die op zich heeft genomen, is de leer van de verandering van omstandigheden uiteindelijk geen probleem van de bindende kracht van de overeenkomst (of een uitzondering erop). Het ingetreden risico maakt namelijk geen deel uit van dat *pactum*.⁷⁹ Door de onvoorziene verandering van omstandigheden blijkt dat de wereld van de overeenkomst afwijkt van de werkelijkheid. Bijgevolg kan de overeenkomst met andere woorden een ongewenste lacune bevatten, die door de leer van de

70. In Frankrijk was de aangehaalde motivering gelijkaardig als in België: “La France est l’un des derniers pays d’Europe à ne pas reconnaître la théorie de l’imprévision comme cause modératrice de la force obligatoire du contrat. Cette consécration, inspirée du droit comparé comme des projets d’harmonisation européens, permet de lutter contre les déséquilibres contractuels majeurs qui surviennent en cours d’exécution, conformément à l’objectif de justice contractuelle poursuivi par l’ordonnance.” (Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 februari 2016).

71. Wetsvoorstel houdende boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, Parl.St. Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, 84-85.

72. J. REITZ, “How to Do Comparative Law”, *Am.J.Comp.L.* 1998, (617) 624.

73. D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l’économie contractuelle*, Brussel, Bruylant, 1986, 609.

74. De imprevisieel werd afgewezen (behoudens rechtsmisbruik) in het interne recht, maar aanvaard onder het CISG. Zie ook: M. DE POTTER DE TEN BROECK, “Het wetsvoorstel verbintenissen en de tekortkoming aan een verbintenis” in J. BAECK, I. CLAEYS en A. WYLLMAN (eds.), *Hervorming van het verbintenissen- en goederenrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2022, (129) 177-178, nr. 97.

75. Wetsvoorstel houdende boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, Parl.St. Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, 7-8.

76. D. PHILIPPE, “L’imprévision”, *JT* 2007, (738) 740. Dat is ook het uitgangspunt in die rechtsstelsels die de imprevisieel erkennen: L. BÖTTCHER, “§ 313 BGB” in *Erman BGB Kommentar*, 2020, nr. 16; T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 60; T. PFEIFFER, “§ 313 BGB” in *JurisPK-BGB* 2023, nr. 9; C. SIEBURGH, *Asser 6-III Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer, Kluwer, 2018, nr. 444.

77. E. HONDIUS en H. GRIGOLEIT, “Introduction” in E. HONDIUS en H. GRIGOLEIT (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, (3) 4; D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l’économie contractuelle*, Brussel, Bruylant, 1986, 661.

78. T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 4; W. HENCKEL, “Die ergänzende Vertragsauslegung”, *AcP* 1960-61, (106) 115; E. HONDIUS en H. GRIGOLEIT, “Introduction” in E. HONDIUS en H. GRIGOLEIT (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, (3) 4-5; S. VAN LOOCK, “De imprevisieel in België: Quousque tandem abutere patientia nostra?”, *TBBR* 2013, (446) 460.

79. MEDICUS stelt in dat verband treffend: “Daß ein Vertrag zu erfüllen ist, soweit er reicht, läßt sich ja gar nicht ernsthaft bestreiten. Zweifeln kann man nur daran, wie weit er reicht” (D. MEDICUS, “Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage” in *Festschrift Flume*, I, Keulen, Otto Schmidt, 1978, (629) 632). Zie ook: R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Parijs, Dalloz, 2022, 128-129, nr. 125; P. ULMER, “Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung - Zur Bedeutung staatlicher Lenkungsmaßnahmen für die vertragliche Geschäftsgrundlage”, *AcP* 1974, (167) 184: “Trifft die Kennzeichnung des GG-Instituts als Mittel zur Ausfüllung einer vertraglichen Risikolücke zu, so zeigt sich zugleich, daß es dabei entgegen verbreiteter Ansicht strenggenommen gar nicht um eine Durchbrechung des Grundsatzes des Vertragstreue geht.”



onvoorzienbare omstandigheden kan worden gevuld.⁸⁰ ULMER spreekt in dat kader treffend van een “*Risikolücke*” (“*risicolacune*”).⁸¹ Het doel van de rechterlijke tussenkomst bestaat er bijgevolg in om die lacune te sluiten door de overeenkomst voort te ontwikkelen (onder meer op grond van een hypothetische partijwil).^{82,83} De hypothetische partijwil is dus niet louter een instrument om een eventuele lacune vast te stellen, maar geeft ook de richting aan hoe die moet worden opgevuld.⁸⁴ In die zin moet de imprevisieer niet zozeer als een aanval, maar veeleer als een aanvulling op de bindende kracht van overeenkomsten worden beschouwd.⁸⁵ Hoewel het aanknopen aan de hypothetische partijwil het risico op aantasting van de bindende kracht moet beperken, kan men er niet omheen dat die “partijwil” per definitie hypothetisch is. Ze berust niet op een werkelijke wilsuiting door de partijen, maar op een normatieve beoordeling door de rechter. Het is daarom van belang dat de rechter erover waakt om voort te bouwen op het contractuele regelwerk en in het bijzonder op de oorspronkelijke risicoverdeling.

31. RISICOTOEWIJZING – In de rechtsleer⁸⁶, maar ook door de wetgever zelf⁸⁷, wordt de leer van de verandering van omstandigheden vaak in verband gebracht met bescherming van een zwakkere partij of contractuele rechtvaardigheid. Die visie kan men in vraag stellen. Ze dreigt van artikel 5.74 BW namelijk een billijkheidsartikel te maken waarmee de rechter een overeenkomst kan herschrijven op basis van zijn eigen opvattingen over rechtvaardigheid of als “*social engineer*” werkzaam zou worden. Artikel 5.74 BW strekt er niet toe om *ab initio* onevenwichtige overeenkomsten rechtvaardig te maken. De leer van de verandering van omstandigheden is dus niet zo zeer te beschouwen als een billijke uitzondering op de bindende kracht van de overeenkomst. Juister lijkt het om die te zien als een antwoord op een voormelde risicolacune en het sluiten ervan door de voortontwikkeling of beëindiging van de overeenkomst. KÖTZ parafraserend kan men dan ook stellen dat het niet “*de verandering van omstandigheden*” die “*de uitvoering van het contract buitensporig bezwarend*” maakt (cf. art. 5.74, tweede lid, 1° BW) en aldus zou toelaten om af te wijken van de bindende kracht van de overeenkomst door de wijziging of beëindiging ervan. Zoals hieronder verder wordt toegelicht, is het veeleer de contractuele risicotoewijzing (desgevallend op basis van de hypothetische partijwil) die bepaalt hoe de risicolacune moet worden opgevuld en wie desgevallend het risico voor een bepaalde verandering van omstandigheden dient te dragen.⁸⁸

32. RISICO’S – Uiteraard mag men niet blind zijn voor de risico’s die de invoering van de verandering van omstandigheden met zich mee zou kunnen brengen voor de bindende kracht van de overeenkomst. Partijen kunnen immers worden verleid om zich al te snel van hun verbintenissen te ontdoen en rechters zouden die al te snel kunnen toepassen.⁸⁹ Zo stelt FLUME enigszins polemissch: “*Das Denken in der Lehre von der Geschäftsgrundlage⁹⁰ ist eine ständige Versuchung, sich Vertragspflichten zu entziehen. Sie ist eine Versuchung für den Anwalt, solche Bestrebungen zu vertreten, und sie ist eine Versuchung für den Richter, an die Stelle des Rechts und der durch das recht bestimmten Risikoverteilung sein eigenes Billigkeitsdenken zu setzen.*”⁹¹ Zelfs wanneer die kritiek in het algemeen overtrokken is, kan ze als waarschuwing gelden om artikel 5.74 BW niet al te voortvarend toe te passen. Hierna zal ook blijken dat artikel 5.74 BW slechts in bijzondere omstandigheden kan worden toegepast.

80. W. HENCKEL, “Die ergänzende Vertragsauslegung”, AcP 1960-61, (106) 115; S. MARTENS, “§ 313 BGB” in *Beck Grosskommentar* 2016, nr. 48; D. MEDICUS, “Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage” in *Festschrift Flume*, I, Keulen, Otto Schmidt, 1978, (629) 637; M. STÜRNER, “Faktische Unmöglichkeit (§ 275 II BGB) und Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) – unmöglich abzugrenzen?”, *JURA* 2020, (721) 724; P. ULMER, “Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung – Zur Bedeutung staatlicher Lenkungsmaßnahmen für die vertragliche Geschäftsgrundlage”, AcP 1974, (167) 183 e.v.

81. P. ULMER, “Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung – Zur Bedeutung staatlicher Lenkungsmaßnahmen für die vertragliche Geschäftsgrundlage”, AcP 1974, (167) 184.

82. Volgens art. 5.74, vierde lid BW past de rechter de overeenkomst aan “om het in overeenstemming te brengen met hetgeen de partijen redelijkerwijze zouden zijn overeengekomen op het tijdstip van de contractsluiting indien zij rekening hadden gehouden met de verandering van omstandigheden”.

83. T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 4.

84. L. BÖTTCHER, “§ 313 BGB” in *Erman BGB Kommentar*, 2020, nr. 19a; S. MARTENS, “§ 313 BGB” in *Beck Grosskommentar* 2016, nr. 114.

85. J. DUBAERE, “Een brug over troebel water”, *RW* 1988-89, (1417) 1420, nr. 10; E. FELTEN, “Force majeure, état de nécessité et imprévision en droit commercial – justifications à la violation de loi ou du contrat” in I. BOUIOUKJIEV (ed.), *Force Majeure*, Limal, Anthemis, 2013, (81) 132, nr. 69.

86. D. PHILIPPE, “L’introduction de l’imprévision en droit belge” in B. KOHL en P. WERY (eds.) *Le nouveau droit des obligations*, Luik, CUP, 2022, (217) 230; J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 326, nr. 34. Zie ook: O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 448; S. LORENZ, “§ 313 BGB” in *BeckOK BGB* 2023, nr. 3.

87. In die zin: wetsvoorstel houdende boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, 85.

88. H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, 423-424, nr. 1011. Adde: S. MARTENS, “§ 313 BGB” in *Beck Grosskommentar* 2016, nr. 170.

89. T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 5.

90. Dat is het Duitse equivalent van de leer van de verandering van omstandigheden.

91. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II, Das Rechtsgeschäft*, Berlijn, Springer, 1965, 526-527.



III. NIEUW VERBINTENISSENRECHT: ARTIKEL 5.74 BW

A. Inhoud

33. INHOUD VAN DE OVEREENKOMST – Sinds 1 januari 2023 wordt de imprevisieleer of de verandering van omstandigheden geregeld in artikel 5.74 BW. Die bepaling is het slotartikel in de onderafdeling 1, die gewijd is aan de bindende kracht van de overeenkomst. Het uitgangspunt wordt neergelegd in artikel 5.69 BW: “Een contract dat geldig tot stand is gekomen, strekt degenen die het hebben gesloten tot wet.”

34. DRIETRAPSRAKET – Artikel 5.74 BW is opgevat als een drietrapsraket. Het eerste lid bevestigt het principe van de bindende kracht van de overeenkomst. Het tweede en derde lid behandelen de voorwaarden voor een heronderhandeling. Het vierde lid regelt de rechterlijke tussenkomst, wanneer de heronderhandeling vruchteloos blijft. Hieronder behandelen we die aspecten.

B. Toepassingsgebied

35. CONTRACTEN – Artikel 5.74 BW is opgenomen in afdeling 4 “Gevolgen van het contract tussen partijen” van hoofdstuk 1 “Contract”. De bepaling is dus in principe van toepassing op alle contractuele verbintenissen en dat in principe zonder enige beperking.⁹² Artikel 5.74 BW geldt in beginsel dus zowel voor eenzijdige als wederkerige overeenkomsten (art. 5.6 BW), alsook voor overeenkomst gesloten in de familiale of arbeidsrechtelijke sfeer of gesloten door de overheid.⁹³

36. NIET ALLEEN DUUROVEREENKOMSTEN – Het spreekt voor zich dat artikel 5.74 BW in de eerste plaats zal kunnen worden toegepast op duurovereenkomsten met opeenvolgende prestaties, zoals langdurige leveringsovereenkomsten, aannemingsovereenkomsten, distributieovereenkomsten, enz. Daarnaast kan artikel 5.74 BW ook toepassing vinden op overeenkomsten die doorgaans onmiddellijk worden uitgevoerd, maar waar er bijvoorbeeld een bepaalde tijd verloopt tussen de totstandkoming en de uitvoering van de verbintenissen.⁹⁴

37. VOLLEDIG UITGEVOERDE OVEREENKOMSTEN – De vraag rijst of artikel 5.74 BW kan worden toegepast op overeenkomsten die reeds volledig zijn uitgevoerd. De bewoordingen van het artikel lijken een dergelijke interpretatie niet principieel te verhinderen, al zal dat wellicht slechts in hoogst uitzonderlijke gevallen mogelijk zijn.⁹⁵ Meestal zal het artikel toepassing vinden op overeenkomsten waarvan nog prestaties moeten worden geleverd. In ieder geval kan de terugwerkende kracht van een aanpassing of beëindiging van de overeenkomst ertoe leiden dat reeds geleverde prestaties teruggegeven dienen te worden. Dat zal met name het geval zijn wanneer op het ogenblik van de verandering van omstandigheden nog prestaties

92. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 905-906, nr. 1244; J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 285, nr. 4. Zie ook: O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 440; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE en F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Dalloz, 2022, 739, nr. 636; C. VAN ZEBEN en J. DU PON, *Boek 6 Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht in Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer, Kluwer, 1981, 968.

93. Cf. art. 1.1, eerste en tweede lid BW: “Onverminderd de bijzondere wetten, de gewoonte en de algemene rechtsbeginselen regelt dit Wetboek het burgerlijk recht en ruimer het privaatrecht. Het is van algemene toepassing onder voorbehoud van de regels die eigen zijn aan de uitoefening van het openbaar gezag.”

94. J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 285, nr. 4. Zie ook: F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE en F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Dalloz, 2022, 739, nr. 636.

95. In die zin ook naar Nederlands recht: J. HJMA, C. VAN DAM, W. VAN SCHENDEL en W. VALK, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2022, 325, nr. 291; C. VAN ZEBEN en J. DU PON, *Boek 6 Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht in Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer, Kluwer, 1981, 969-970. Zie naar Duits recht: BGH 13 juli 2022, NJW 2022, 2930: “Der Anwendung des § BGB § 313 BGB steht auch nicht entgegen, dass der Vertrag zum Zeitpunkt der Verhängung des Verbandsverbots und der Absage der Veranstaltung bereits vollständig erfüllt war. Zwar kommt eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage regelmäßig nicht in Betracht, wenn alle vertraglichen Pflichten beiderseits vollständig erfüllt sind (...). Von diesem Grundsatz kommen indes Ausnahmen in Betracht, etwa dann, wenn die Parteien gemeinsam die Vorstellung von dem Eintritt eines künftigen Ereignisses hatten, die sich später nicht verwirklicht hat.”; S. MARTENS, “§ 313 BGB” in Beck Grosskommentar 2016, nr. 37; T. PFEIFFER, “§ 313 BGB” in JurisPK-BGB 2023, nr. 49. Anders in Frankrijk: F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE en F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Dalloz, 2022, 739, nr. 636.



moesten worden geleverd, maar die reeds geleverd zijn op het tijdstip waarop de rechter zich uitspreekt over de toepassing van artikel 5.74 BW.⁹⁶

38. EENZIJDIGE RECHTSHANDELING – Daarnaast kan artikel 5.74 BW ook toepassing vinden op verbintenissen uit een eenzijdige rechtshandeling. Volgens artikel 5.126 BW is iedere eenzijdige rechtshandeling immers *“onderworpen aan de regels die er eigen aan zijn en, voor zover deze niet ervan afwijken, aan de regels die toepasselijk zijn op de contracten en aan het algemeen regime van de verbintenis”*.⁹⁷

39. BEDINGEN – Bovendien lijkt het niet uitgesloten dat artikel 5.74 BW ook toepassing zou kunnen vinden op bedingen die strikt genomen geen echte verbintenissen omvatten.⁹⁸ Artikel 5.13 BW bepaalt namelijk dat de regels van Hoofdstuk 1 *“Contract”* ook van toepassing zijn op *“contractuele bedingen, tenzij de wet zich daartegen verzet”*. Volgens de memorie van toelichting bij dat artikel *“is het gemeen recht voor contractuele verbintenissen niet alleen van toepassing op de contracten zelf, maar ook op hun individuele bedingen, desgevallend met de nodige aanpassingen”*. Bijgevolg is het niet uitgesloten en verzet artikel 5.74 BW zich er evenmin tegen dat het zou worden toegepast op individuele bedingen, zoals een forum-⁹⁹ of arbitragebeding¹⁰⁰, bedingen m.b.t. kennisgeving, of andere *boilerplate*-bedingen, indien de letterlijke instandhouding ervan onredelijk zou zijn.

C. Bindende kracht van de overeenkomst

40. BINDENDE KRACHT – Artikel 5.69 BW verankert het principe van de bindende kracht van de overeenkomst. In het eerste lid van 5.74 BW wordt dat principe nader geconcretiseerd. Volgens die bepaling moet elke partij immers *“haar verbintenissen nakomen, ook al zou de uitvoering ervan meer bezwarend geworden zijn ofwel doordat de kostprijs van de uitvoering is gestegen, ofwel doordat de waarde van de tegenprestatie is verminderd”*. Als loutere herhaling of concretisering van artikel 5.69 BW heeft die bepaling op zich geen zelfstandige betekenis.¹⁰¹

41. UITZONDERLIJK KARAKTER – Die bevestiging, die teruggaat op de Unidroit Principles¹⁰², maakt in de eerste plaats duidelijk dat artikel 5.74 BW een uitzonderingsbepaling is die slechts in uitzonderlijke omstandigheden toepassing zal kunnen vinden.¹⁰³ Ook in andere jurisdicties die een vergelijkbare regeling kennen, wordt steeds het uitzonderlijk karakter van die norm benadrukt.¹⁰⁴ In een vaak geciteerde passage uit de voorbereidende werken van het NBW luidt het dat de voorwaarden van artikel 6:258 NBW niet

96. Dat scenario is niet ondenkbaar, aangezien art. 5.74, derde lid BW de partijen in beginsel verplicht om hun verbintenissen te blijven uitvoeren.

97. J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERLI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 286, nr. 4. Contra: I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 906, nr. 1244.

98. Contra: I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 908, nr. 1251.

99. Zie bv. art. 11 WIPR (wij onderlijnen): *“Onverminderd de andere bepalingen van deze wet zijn de Belgische rechters uitzonderlijk bevoegd wanneer de zaak nauwe banden met België heeft en een procedure in het buitenland onmogelijk blijkt of het onredelijk zou zijn te eisen dat de vordering in het buitenland wordt ingesteld.”*

100. Zie bv.: OLG Stuttgart 15 november 2007, BeckRS 2009, 13147. In casu werd het beroep op § 313 BGB (omwille van de weigering van de arbiter om zijn mandaat op te nemen) afgewezen, aangezien de wet in dat geval in de aanstelling van een andere arbiter voorziet (§ 1039 ZPO). Zie m.b.t. de zetel van de arbitrage: ICC Case nr. 10439, Rev.arb. 2004, 413, noot KNÖPFLER (omwille van de vijandigheden tussen de VS en Servië verzocht een Amerikaanse onderneming om de zetel van Belgrado naar Genève te verplaatsen – in casu geweigerd). In *Himpurna California Energy Ltd. v Republic of Indonesia* besloot het tribunaal om de plaats, maar niet de zetel, van de arbitragezittingen van Jakarta naar Den Haag te wijzigen (Y.B. Comm. Arb. 2004, 109). Adde: J. MÜNCH, “§ 1029 ZPO” in *Münchener Kommentar zur ZPO*, 2022, nr. 152. Zie voor Nederland: J. BITTER, “Art. 1020 WBR” in *Sdu Commentaar Burgerlijk Procesrecht*, 4.7. In het algemeen: G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2022, 2238-2241.

101. Wetsvoorstel houdende boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, Parl.St. Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, 85: *“Het eerste lid herhaalt, voor zover nodig, het beginsel dat overeenkomsten de partijen tot wet strekken.”*

102. Zie art. 6.2.1 Unidroit Principles: *“Where the 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 provisions on hardship.”* Zie ook de commentaar onder dat artikel: *“The principle of the binding character of the contract is not however an absolute one. When supervening circumstances are such that they lead to a fundamental alteration of the equilibrium of the contract, they create an exceptional situation referred to in the Principles as ‘hardship’.”*

103. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 897, nr. 1233; P.A. FORIERS, “Force majeure et imprévision” in T. DERVAL et al. (ed.), *La réforme du droit des obligations*, Brussel, Larcier, 2023, (329) 348, nr. 25; V. SAGAERT, *Beginnelsen van verbintenissenrecht*, Heverlee, LaA Uitgevers, 2023, 106, nr. 201.

104. T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 58; S. LORENZ, “§ 313 BGB” in *BeckOK BGB* 2023, nr. 2; S. MARTENS, “§ 313 BGB” in *Beck Grosskommentar* 2016, nr. 57; T. PFEIFFER, “§ 313 BGB” in *JurisPK-BGB* 2023, nr. 9.



vaak vervuld zullen zijn: *“Redelijkheid en billijkheid verlangen immers in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord en laten afwijking daarvan slechts bij hoge uitzondering toe.”*¹⁰⁵

42. BINDENDE KRACHT BIJ VERANDERING VAN OMSTANDIGHEDEN – Ook in België zal slechts in uitzonderlijke omstandigheden aan de toepassingsvereisten van artikel 5.74 BW zijn voldaan. In principe draagt iedere partij immers zelf het risico dat de omstandigheden in haar nadeel veranderen en de verwachtingen doorkruisen die zij bij het sluiten van de overeenkomst had. Zoals gezien (*cf. supra* nr. 1), is één van de voornaamste doelstellingen voor de partijen bij een overeenkomst om precies greep te krijgen op de toekomst en te bepalen welke partij in welke omstandigheden welk risico draagt. In het bijzonder wil iedere partij ook de zekerheid hebben dat haar wederpartij haar verbintenissen zal nakomen, zelfs (en vooral) indien de omstandigheden in diens nadeel zouden evolueren. Het risico bestaat dan namelijk dat de wederpartij haar verbintenissen niet meer vrijwillig zou uitvoeren. Het is bijgevolg met name dan dat een partij moet kunnen rekenen op de bindende kracht van de overeenkomst die zij heeft gesloten en de dwang¹⁰⁶ die met een verbintenis gepaard gaat.¹⁰⁷ Indien een overeenkomst haar bindende kracht telkens zou verliezen bij iedere verandering, zou die geen enkele waarde hebben.

43. GRENZEN – Die bindende kracht botst evenwel op haar grenzen, wanneer het handelt om een verandering van omstandigheden die de partijen bij de contractsluiting niet hebben voorzien. In dat geval stemt de wereld die de partijen in de overeenkomst hebben verdisconteerd namelijk niet langer overeen met de werkelijkheid en vertoont de overeenkomst een ongewilde risicolacune (*cf. supra* nr. 30). Onder strenge voorwaarden is de toepassing van artikel 5.74 BW in die omstandigheden gerechtvaardigd.

D. Toepassingsvereisten

44. STRENGE TOEPASSINGSVEREISTEN – In het tweede lid van artikel 5.74 BW worden de volgende toepassingsvereisten als volgt opgesomd:

- 1° een verandering van omstandigheden maakt de uitvoering van het contract buitensporig bezwarend, dermate dat de uitvoering ervan redelijkerwijze niet langer kan worden geëist;
- 2° die verandering was onvoorzienbaar bij de contractsluiting;
- 3° die verandering is ontoerekenbaar in de zin van artikel 5.225 aan de schuldenaar;
- 4° de schuldenaar heeft dit risico niet voor zijn rekening genomen; en
- 5° de wet noch het contract sluit die mogelijkheid uit.

45. IT’S ALL ABOUT RISK – Op het eerste gezicht handelt het om cumulatieve toepassingsvereisten die moeten zijn voldaan om een beroep te kunnen doen op artikel 5.74 BW.¹⁰⁸ Die opvatting verdient enige nuance. Bij nader inzien zou men namelijk kunnen stellen dat die toepassingsvereisten (grotendeels) terug te voeren zijn op het vierde vereiste, namelijk dat de schuldenaar het risico voor die verandering van omstandigheden niet op zich mag hebben genomen. De kern van de leer van de verandering van omstandigheden schuilt namelijk in de risicotoewijzing: dient de getroffen partij dat risico te dragen of niet? Dat betekent uiteraard niet dat die overige toepassingsvereisten irrelevant zouden zijn. Zoals hierna wordt verduidelijkt, kunnen de overige vereisten immers beschouwd worden als belangrijke elementen of aanwijzingen bij de beoordeling of de getroffen partij het risico voor de verandering van omstandigheden is toegewezen. Ook VAN ZUYLEN werpt de vraag op *“si toutes les autres conditions ne convergent pas vers elle”* om te vervolgen dat *“(e)n*

105. C. VAN ZEBEN en J. DU PON, *Boek 6 Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht in Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer, Kluwer, 1981, 969. Zie verder: HR 19 november 1993, NJ 1994, 156: *“Bij de beoordeling van het middel moet worden vooropgesteld dat de rechter ten aanzien van de aanvaarding van een beroep op onvoorziene omstandigheden terughoudendheid dient te betrachten.”*

106. *Cf.* de definitie van een verbintenis in art. 5.1 BW: *“een rechtsband op grond waarvan een schuldeiser van een schuldenaar, indien nodig in rechte, de uitvoering van een prestatie mag eisen”* (benadrukking toegevoegd).

107. Zie: L. BÖTTCHER, “§ 313 BGB” in *Erman BGB Kommentar*, 2020, nr. 22; W. FIKENTSCHER en A. HEINEMANN, *Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, Berlin, de Gruyter, 2022, 149, nr. 224; T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 60; S. MARTENS, “§ 313 BGB” in *Beck Grosskommentar* 2016, nr. 57; D. MEDICUS, “Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage” in *Festschrift W. Flume*, I, Keulen, Otto Schmidt, 1978, (629) 630.

108. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 905, nr. 1244.



ce sens, l'imprévision pourrait se résumer à une question d'allocation des risques".¹⁰⁹ Volgens RENIERS "zijn de nauwelijks te onderscheiden toepassingsvoorwaarden symptomatisch" voor de idee dat de verandering van omstandigheden een zaak van risicoverdeling is.¹¹⁰ Uiteindelijk leidt de hier verdedigde opvatting in de praktijk niet zozeer tot andere oplossingen dan onder de traditionele visie. Wel kan ze bijdragen tot een beter begrip van de grondslag en de concrete invulling van de toepassingsvoorwaarden en rechtsgevolgen van artikel 5.74 BW.

46. TOELICHTING – Inderdaad, zoals hierboven toegelicht (cf. *supra* nr. 30), kan de leer van de verandering van omstandigheden een antwoord bieden op een risicocacune in de overeenkomst die aan het licht is gekomen door een verandering van omstandigheden. Daarbij rijst de vraag of de partij op wie – bij een ongewijzigde overeenkomst – de gevolgen ervan zouden rusten, dat risico volgens de overeenkomst wel moet dragen.¹¹¹ Wanneer de verandering van omstandigheden een partij bij ongewijzigde overeenkomst zou belasten met een risico dat die contractuele risicotoewijzing overstijgt, dan kan die op artikel 5.74 BW een beroep doen. Die beoordeling is in de eerste plaats gebaseerd op een (normatieve) interpretatie¹¹² van de overeenkomst in het licht van het toepasselijke (aanvullende) recht. Andere relevante elementen zijn uiteraard of de verandering van omstandigheden leidt tot een "buitensporige verzwaring", zodat uitvoering "redelijkerwijze niet langer kan worden geëist" en of die verandering voorzien(baar) en ontoerekenbaar was.¹¹³

47. PLAN – In de volgende bespreking zal ik bijgevolg in de eerste plaats de verandering van omstandigheden zelf (III.D.1) en de risicoverdeling (III.D.2) bespreken. Nadien zal ik ingaan op de andere vereisten die in artikel 5.74, tweede lid BW worden opgesomd (III.D.3-III.D.6).

48. BEWIJSLAST – Het spreekt voor zich dat de (zware) bewijslast dat de toepassingsvereisten van artikel 5.74 BW zijn vervuld, rust op de partij die zich op de verandering van omstandigheden beroept (cf. art. 8.4 BW). Een partij die artikel 5.74 BW inroept, zal er dus goed aan doen om niet alleen voldoende feitelijke elementen voor te leggen die de toepassing van het artikel rechtvaardigen, maar ook waarom het gevorderde rechtsgevolg moet worden toegekend. Zo verwierp het hof 's-Hertogenbosch een beroep op artikel 6:258 NBW, omdat de eisende partij "onvoldoende heeft onderbouwd waarom sprake is (geweest) van dusdanige omstandigheden dat van haar geen ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst verwacht mag worden". Van die partij had namelijk verwacht kunnen worden om "feitelijke informatie te verstrekken over de financiële gevolgen van opslag, de hoogte van vergoedingsregelingen voor verschillende spelers in de markt enz., zodat een deugdelijke afweging had kunnen worden gemaakt wat de redelijkheid en billijkheid meebrengen".¹¹⁴

1. Verandering van omstandigheden

49. OMSTANDIGHEDEN – Artikel 5.74 BW vereist in de eerste plaats een "verandering van omstandigheden". Dat concept is eigenlijk onbegrensd en omvat alle mogelijke omstandigheden die een invloed op de nakoming van een verbintenis kunnen hebben. Het kan met name gaan over omstandigheden van natuurlijke aard (bv. aardbeving, overstroming, natuurramp, tsunami, vulkaanuitbarsting, enz.), economische aard (bv. inflatie, instorting of explosie van (grondstoffen)prijzen, economische crisis, enz.),

109. J. VAN ZUYLEN, "Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat" in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 306, nr. 21. Deze auteur stelt verder: "L'imprévisibilité ou encore l'excessive onérosité contribueraient ainsi à tracer la frontière entre les risques que le débiteur n'est pas prêt à assumer et ceux dont on peut raisonnablement considérer qu'ils doivent être mis à sa charge." Zie verder: O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 452.

110. J. RENIERS, "De impact van systeemcrisissen op contractuele verhoudingen - Failliet van klassiek contractmodel en nieuwe perspectieven" in E. STEEN (ed.), *Bedrijfsjuristen en bedrijfsverantwoordelijkheid*, Brussel, Larcier, 2023, (31) 42.

111. Zie: H. KÖHLER, "Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung" in C.W. CANARIS et al. (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, München, Beck, 2000, (295) 302.

112. J. RENIERS, "De impact van systeemcrisissen op contractuele verhoudingen - Failliet van klassiek contractmodel en nieuwe perspectieven" in E. STEEN (ed.), *Bedrijfsjuristen en bedrijfsverantwoordelijkheid*, Brussel, Larcier, 2023, (31) 42, voetnoot 46.

113. Cf. L. BÖTTCHER, "§ 313 BGB" in *Erman BGB Kommentar*, 2020, nr. 19a; O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 452-453.

114. Hof 's-Hertogenbosch 1 april 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC8909. Zie ook: Rb. Zeeland-West-Brabant 25 januari 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:454: "Nu [eiseres] ook in deze procedure verzuimt om relevante omzetgegevens, of zelfs maar een eigen berekening in dat kader, in het geding te brengen, faalt het betoog van [eiseres] dat zij recht heeft op de maximale huurprijskorting van 50%."



politieke aard (bv. *lock-down*, embargo, oorlog¹¹⁵, staatsgreep, uiteenvallen en hereniging van landen, enz.), juridische aard (bv. wetswijziging, wijziging van vaste rechtspraak), technische aard (bv. technische veroudering of innovatie), sanitaire aard (bv. pandemie, epidemie).¹¹⁶ Die omstandigheden moeten niet noodzakelijk van een dergelijke omvang zijn¹¹⁷, maar kunnen zich ook op een microniveau voordoen en uitsluitend op de concrete overeenkomst een invloed hebben, zoals ziekte, beëindiging van een andere overeenkomst, verlies van een vergunning, enz.¹¹⁸

50. NA CONTRACTSLUITING? – Artikel 5.74 BW bepaalt niet wanneer de verandering van omstandigheden zich moet hebben voorgedaan. Uit het gebruik van de term “*verandering*” en het feit dat die “*onvoorzienbaar was bij de contractsluiting*”, wordt evenwel algemeen afgeleid dat het moet handelen om een verandering van omstandigheden die plaatsvindt na de totstandkoming van de overeenkomst.¹¹⁹ Dat standpunt is wellicht te algemeen. In de eerst plaats moet artikel 5.74 BW immers ook toepassing kunnen vinden, wanneer de verandering van omstandigheden weliswaar al in de kiem bestond bij de contractsluiting, maar de gevolgen voor de overeenkomst zich slechts nadien ontplooiën.¹²⁰ Voorts lijkt een beroep op artikel 5.74 BW niet absoluut uitgesloten, wanneer het gaat om omstandigheden die zich reeds ingetreden zijn voor de contractsluiting, maar waarvan de partijen slechts nadien kennis verkrijgen.¹²¹ Ook dan is er sprake van een “*verandering*”. Het tijdstip waarop de verandering van omstandigheden zich voordoet, is immers niet van belang, maar wel of de partijen ermee rekening konden houden. Voor die interpretatie, die overigens ook geldt onder het CISG¹²², spreken ook rechtsvergelijkende argumenten.¹²³

51. SUJÉTIONS IMPRÉVUES – In het aannemingsrecht wordt reeds lang aanvaard dat een aannemer die geconfronteerd wordt met onvoorziene omstandigheden die de materiële uitvoering van het werk aanzienlijk bemoeilijken, recht heeft op een aanpassing van de prijs (“*sujétions imprévues*” of “*onvoorziene moeilijkheden*”).¹²⁴ De grondslag van die theorie is evenwel omstreden.¹²⁵ In het verleden werd die theorie op kunstmatige wijze onderscheiden van de (niet-erkende) imprevisieel door dat die theorie slechts betrekking zou hebben op omstandigheden die reeds bestonden bij de contractsluiting, wat onder andere door GOOSSENS sterk in vraag werd gesteld.¹²⁶ Een belangrijk deel van de doctrine beschouwde de theorie van de onvoorziene moeilijkheden dan ook terecht als een toepassingsgeval van de imprevisieel¹²⁷,

115. Zie m.b.t. de oorlog in Oekraïne: Trib.comm. Parijs 14 december 2022, nr. 2022033136, D 2023, 5; RvA Bouwgeschillen 25 augustus 2022, nr. 37.382, BR 2022, 477: “De oorlog in Oekraïne en de gevolgen daarvan voor (onder andere) de bouw, hebben, naar het oordeel van arbiters, (inniddels) te gelden als een van buiten komende extreme onvoorziene wijziging van omstandigheden welke naar objectieve maatstaven een verdere ongewijzigde uitvoering van de aannemingsovereenkomst voor aannemster in redelijkheid niet langer verantwoord maakt.”

116. J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 287-288, nr. 6. Zie ook: O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 443; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE en F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Dalloz, 2022, 740, nr. 637.

117. Naar Duits recht maakt men een onderscheid tussen de “*große Geschäftsgrundlage*” en de “*kleine Geschäftsgrundlage*”.

118. In die zin ook: C. VAN ZEBEN en J. DU PON, *Boek 6 Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht in Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer, Kluwer, 1981, 968-969. Zie ook: T. PFEIFFER, “§ 313 BGB” in *JurisPK-BGB* 2023, nr. 48.

119. D. PHILIPPE, “L’introduction de l’imprévision en droit belge” in B. KOHL en P. WERY (eds.), *Le nouveau droit des obligations*, Luik, CUP, 2022, (217) 231; J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 288, nr. 7.

120. M. DE POTTER DE TEN BROECK, “Een pandemie als overmacht, overmacht als een pandemie?”, *TBH* 2020, (248) 255; M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Brussel, Intersentia, 2017, 138, nr. 135.

121. Toegegeven moet worden dat in dergelijke gevallen de grens met dwaling erg dun kan zijn. Art. 5.74 BW biedt evenwel als voordeel dat het naast de beëindiging desgevallend een aanpassing van de overeenkomst toelaat, terwijl een geslaagd beroep op dwaling slechts de nietigheid als gevolg heeft (art. 5.33 juncto 5.57 BW).

122. CISG Advisory Council Opinion No. 20 – Hardship under the CISG, nr. 6.4.

123. § 313 BGB, dat zelfs uitdrukkelijk verwijst naar omstandigheden die “*nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert*” zijn, wordt in de hier voorgestelde wijze geïnterpreteerd (S. LORENZ, “§ 313 BGB” in *BeckOK BGB* 2023, nr. 25: “Für den Zeitpunkt des Eintritts der Störung ist unerheblich, ob sich die Umstände vor oder nach Vertragsschluss geändert haben. Abs. BGB § 313 Absatz 1 spricht zwar von Änderungen „nach Vertragsschluss“. Dadurch soll aber nur klargestellt werden, dass Umstände, die bereits vor dem Vertragsschluss vorlagen und den Parteien bekannt waren, zu keiner Vertragsanpassung berechtigen.”). Artikel 6.2.2(a) Unidroit Principles viseert uitdrukkelijk die situatie: “the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract”. Zie naar Frans recht: O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 444: “On pourrait à la rigueur considérer qu’un changement a tout de même opéré qui, sans concerner certes la matérialité des faits, touchait les considérations intellectuelles présidant à la conclusion de l’accord.” Anders: P. ANCEL, *Imprévision*, *Rép.civ.*, 2017, nr. 69.

124. B. KOHL, *Contrat d’entreprise*, Brussel, Bruylant, 2016, 201-202, nr. 90.

125. Traditioneel werd verwezen naar dwaling, maar doorgaans is er geen dwaling over de zelfstandigheid van de zaak en bovendien kan dwaling niet verklaren hoe de aannemer recht zou kunnen hebben op een meerprijs. Zie voor die kritiek: P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 296, nr. 327; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 904-905, nr. 1243; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, Brugge, die Keure, 2003, 585, nr. 684; A. VAN OEVELEN, *Aanneming en lastgeving in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 95-96, nr. 70.

126. W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, Brugge, die Keure, 2003, 586, nr. 686: “Het doet er dan ook niet toe of de omstandigheden zich vóór, het quod plerumque fit, of ná de totstandkoming van de overeenkomst voordoen (...), van belang is dat de partijen de betreffende materiële of technische omstandigheid bij de wilsovereenstemming en de prijsbepaling niet hadden voorzien.”

127. G. BAERT, *Aanneming van werk* in *APR*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 383-384, nr. 1155; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, Brugge, die Keure, 2003, 586, nr. 686; A. VAN OEVELEN en E. DIRIX, “Kroniek Verbintenissenrecht (Gerechtigde jaren 1978-1979 en 1979-1980) (Eerste deel)”, *RW* 1980-81, (2367) 2381, nr. 12.



of bracht die in verband met het verbod op rechtsmisbruik, omdat die leer vroeger niet was erkend.¹²⁸ In zijn proefschrift pleitte BRULEZ ervoor om de leer van de onvoorziene moeilijkheden, op grond van het verbod op rechtsmisbruik, te veralgemenen naar andere overeenkomsten dan overeenkomsten in de bouwsector.¹²⁹ Door de invoering van artikel 5.74 BW is die omweg via rechtsmisbruik overbodig geworden en kan rechtstreeks op dat artikel beroep worden gedaan.¹³⁰ Men kan dan ook betreuren dat de memorie van toelichting bij artikel 5.74 BW zich in dat verband louter beperkt tot de vaststelling dat de bepaling “geen afbreuk [doet] aan de leer van de zogenaamde ‘sujétions imprévues’”¹³¹, zonder nadere toelichting over de verhouding tussen beide figuren. Artikel 5.74 BW lijkt immers flexibel genoeg om de leer van onvoorziene moeilijkheden te incorporeren, rekening houdend met de eigenheid van de aanneming. VAN ZUYLEN wijst er terecht op dat het naast elkaar bestaan van die figuren tot nodeloze discussies dreigt te leiden.¹³²

2. Risico niet voor rekening van de schuldenaar

52. UITGANGSPUNT – Krachtens artikel 5.74, tweede lid, 4° BW is het artikel slechts van toepassing, wanneer “de schuldenaar dit risico niet voor zijn rekening heeft genomen”. Zoals reeds benadrukt, is dat het centrale toepassingsvereiste voor artikel 5.74 BW.¹³³ Ook in de ons omringende rechtssystemen wordt het belang van de risicotoewijzing in de wettelijke bepalingen uitdrukkelijk vermeld.¹³⁴

53. RISICO – In het Belgisch verbintenissenrecht wordt het denken in termen van “risico” niet vaak uitdrukkelijk gethematiseerd¹³⁵, tenzij in het kader van de risicoleer en overmacht, en gebeurt dat doorgaans slechts impliciet. Een zekere verandering kwam daarin door de befaamde B2B-Wet¹³⁶ die een oneerlijke bedingenleer tussen ondernemingen (“B2B”) invoerde. Sindsdien stelt artikel VI.91/5, 3° WER een weerlegbaar vermoeden van onrechtmatigheid in van een beding dat ertoe strekt “zonder tegenprestatie het economische risico op een partij leggen indien die normaliter op de andere onderneming of op een andere partij bij de overeenkomst rust”. De besprekingen van die bepaling wijzen vaak op de onzekerheid m.b.t. de partij op wie het economische risico ligt.¹³⁷

54. RISICO ALS TRANSACTIEOBJECT – In hun kern zijn overeenkomsten instrumenten van risicotoewijzing.¹³⁸ Zoals hierboven reeds aangehaald, is één van de voornaamste doelstellingen voor de partijen om een overeenkomst te sluiten, precies om greep te krijgen op de toekomst en te bepalen welke partij in welke omstandigheden welk risico draagt. Het verdelen van de risico's tussen de partijen is dan ook eigen aan het contractuele spel en het overnemen van bepaalde risico's gaat doorgaans gepaard met een bepaalde

128. P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 297, nr. 329; A. VAN OEVELEN, *Aanneming en lastgeving in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 96-97, nr. 70.

129. P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 297-298, nr. 330.

130. Minstens kan men de criteria van art. 5.74 BW (en met name de risicoverdeling) per analogie toepassen bij de beoordeling van een eventueel rechtsmisbruik.

131. Wetsvoorstel houdende boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, 86.

132. J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 287, nr. 7.

133. J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 306, nr. 21.

134. Volgens § 313, eerste lid BGB moet rekening gehouden worden met “aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung”. Art. 6:258, tweede lid NBW stelt: “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.” Volgens artikel 1195 CC kan het artikel slechts worden ingeroepen door een partij “qui n’avait pas accepté d’en assumer le risque”. Op gelijkaardige wijze vereist art. 6.2.2(d) Unidroit Principles dat “the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party”.

135. Zie evenwel: M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Brussel, Intersentia, 2017, 200, nrs. 209 e.v.; J. RENIERS, F. VAN DEN ABELE, S. DEVROE en K. DEWAELE, “Risicoverdeling bij (handels)huur tijdens de coronacrisis: aanzet tot systematisering” in *COVID-19: een tweede golf op eerste aanleg*, Brugge, die Keure, 2022, 136-198; J. RENIERS, “De impact van systeemcrisis op contractuele verhoudingen - Failliet van klassiek contractmodel en nieuwe perspectieven” in E. STEEN (ed.), *Bedrijfsjuristen en bedrijfsverantwoordelijkheid*, Brussel, Larcier, 2023, (31) 32-34.

136. Wet 4 april 2019 houdende wijziging van het Wetboek van Economisch Recht met betrekking tot misbruiken van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen, BS 24 mei 2019. Deze wet voerde onder meer de art. VI.91/1-VI.91/10 WER in.

137. Zie over de interpretatie van die bepaling: I. CLAEYS en T. TANGHE, “De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (Deel 1)”, *RW* 2019-20, (323) 339, nrs. 50-54; S. GEIREGAT en R. STEENNOT, “Impact van de B2B-wet op de wilsautonomie en de rechtszekerheid een rechtsvergelijkende analyse”, *TPR* 2019, (773) 1026-1028, nr. 52-1053; R. JAFFERALI, “Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l’incertitude (Seconde partie)”, *JT* 2020, (301) 306-307, nr. 29.

138. W. VAN BOOM, “Coronaprivaatrecht 2020-2021”, *RM Themis* 2021, (128) 132.



prijs of risicopremie.¹³⁹ Risico vormt als dusdanig dus een transactieobject.¹⁴⁰ Wanneer de overeenkomst het risico aan het slachtoffer van de veranderde omstandigheden toewijst, is er geen risicolacune. Bijgevolg kan die dan in beginsel geen beroep doen op artikel 5.74 BW. Bij de toepassing van artikel 5.74 BW moet bijgevolg in de eerste plaats gekeken worden naar de risicotoewijzing die de partijen uitdrukkelijk of impliciet in hun overeenkomst zijn overeengekomen. Dat leidt ertoe dat partijen over de mogelijkheid beschikken om de toepassing van artikel 5.74 BW in belangrijke mate uit te sluiten, met name door te voorzien in een contractuele regeling voor een bepaalde verandering van omstandigheden en aldus het risico toe te wijzen. Ten tweede kan de risicoverdeling, bij ontstentenis van een contractuele regeling, ook voortvloeien uit de regels van aanvullend recht.¹⁴¹

a) Contractuele risicoverdeling

55. RISICOPREMIE – Het spreekt voor zich dat het slachtoffer van de veranderde omstandigheden zich in principe niet op artikel 5.74 BW kan beroepen, wanneer zij in de overeenkomst uitdrukkelijk of impliciet het risico voor die verandering op zich heeft genomen.¹⁴² In dat geval dient de verandering van omstandigheden te worden behandeld zoals tussen de partijen is overeengekomen. Wanneer een partij zich immers zou kunnen ontdoen van een risico, waarvoor zij wellicht een risicopremie heeft bekomen, dan zou die zich een onverdiend voordeel toe-eigenen.¹⁴³ Het is slechts wanneer uit de interpretatie van de overeenkomst blijkt dat het conventionele risicokader is overschreden (en nakoming dus “*buitensporig*” bezwarend is geworden), dat de overeenkomst een lacune bevat die door artikel 5.74 BW moet worden verholpen. In die zin hebben de artikelen 5.64-5.66 BW m.b.t. de interpretatie van de overeenkomst dan ook voorrang op artikel 5.74 BW.¹⁴⁴ Op basis van die gedachte wees de rechtbank te Amsterdam een beroep op artikel 6:258 NBW af. Uit de aan de contractsluiting voorafgaande besprekingen bleek immers niet alleen dat het risico van een prijsstijging was besproken, maar ook dat dat de opdrachtgever erg veel belang hechtte aan een vaste prijs, zodat de stijging van de staalprijzen tot de risicosfeer van de aannemer behoorde.¹⁴⁵

56. REKENING HOUDEN MET RISICO – Het volledige verbintenisrechtelijke instrumentarium staat ter beschikking van de partijen om risico's onder elkaar te verdelen. Zij kunnen hun verbintenissen onderwerpen aan modaliteiten, zoals opschortende of ontbindende voorwaarden, of bijzondere beëindigingsgronden bepalen. Daarnaast kunnen zij ook bijzondere bedingen in hun overeenkomst opnemen om in te spelen op een verandering van omstandigheden, zoals aanpassingsbedingen (prijsaanpassingsbedingen, indexatiebedingen, onderhandelingsbedingen of “*clauses de rendez-vous*”, enz.) of *material adverse change* (MAC) bedingen.¹⁴⁶ Dergelijke bedingen zullen voorrang hebben op de toepassing van artikel 5.74 BW (of die zelfs uitsluiten).¹⁴⁷ Het al dan niet opnemen van dergelijke modaliteiten of bedingen kan aanleiding geven tot verschillende vragen, waarop in de volgende randnummers kort wordt ingegaan.¹⁴⁸

57. CONTRACTUELE REGELING ONTOEREIKEND – Wanneer de partijen een bepaald risico hebben voorzien en het contractueel hebben toegewezen aan één van hen, is voor een toepassing van artikel 5.74 BW in principe geen ruimte, wanneer dat risico zich realiseert. Wanneer er zich evenwel onvoorziene omstandigheden voordoen die ertoe leiden dat die contractuele regeling ontoereikend blijkt, dan moet worden bepaald

139. G. BERGERVOET en G. POOLMAN, “Ongekende omstandigheden – de (on)mogelijkheden van een beroep op overmacht of onvoorziene omstandigheden in het licht van de roerige energiemarkt”, *MvV* 2022, (407) 408; I. CLAEYS en T. TANGHE, “De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (Deel 1)”, *RW* 2019-20, (323) 339, nr. 53.

140. H. KÖTZ, “Risikoteilung im Vertragsrecht”, *JuS* 2018, (1) 1; W. VAN BOOM, “Coronaprivaatrecht 2020-2021”, *RM Themis* 2021, (128) 132.

141. Zie naar Duits recht: S. MARTENS, “§ 313 BGB” in *Beck Grosskommentar* 2016, nr. 57.

142. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 911, nr. 1257. Zie ook: O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 453; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE en F. CHÉNEDE, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Dalloz, 2022, 742, nr. 642.

143. Zie naar Duits recht: T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 61.

144. M. DE POTTER DE TEN BROECK, “Een pandemie als overmacht, overmacht als een pandemie?”, *TBH* 2020, (248) 261. Zie naar Duits recht: T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 61; S. MARTENS, “§ 313 BGB” in *Beck Grosskommentar* 2016, nr. 57; S. MARTENS, “§ 313 BGB” in *Beck Grosskommentar* 2016, nr. 58.

145. Rb. Amsterdam 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6132.

146. Zie daarover: D. CASTELEIN, “Material adverse change-clausules” in G. BALLON et al. (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, II, Antwerpen, Intersentia, 2013, 1255-1319; O. CLEVENBERGH, “Les changements significatifs défavorables (‘Material Adverse Change’) dans les contrats de cession d’actions ou d’actifs en droit belge”, *TBH* 2011, 5-29.

147. T. PFEIFFER, “§ 313 BGB” in *JurisPK-BGB* 2023, nr. 45.

148. Zie naar Duits recht: T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nrs. 63-67.



of die risicotoewijzing nog gelding heeft.¹⁴⁹ Zoals verder nog wordt besproken, moet in dat geval worden nagegaan wat “de partijen redelijkerwijze zouden zijn overeengekomen op het tijdstip van de contractsluiting indien zij rekening hadden gehouden met de verandering van omstandigheden” (art. 5.74, vierde lid BW). Zo zou kunnen blijken dat een prijsaanpassingsbeding geen rekening houdt met een bepaalde onvoorziene omstandigheid (bv. sterke inflatie), zodat artikel 5.74 BW eventueel toch toepassing zou kunnen vinden, ondanks de contractuele regeling (die immers onvolledig blijkt). Prijsaanpassingsclausules hebben in essentie namelijk tot doel te anticiperen op een voorzienbare prijsstijging of -daling.¹⁵⁰ VAN ZUYLEN wijst er terecht op dat een prijsaanpassingsbeding, dat leidt tot een afstand van artikel 5.74 BW, restrictief moet worden geïnterpreteerd.¹⁵¹ SNEL merkt bijvoorbeeld op dat, omwille van het uitzonderlijk karakter van de COVID-19-pandemie, de toepassing van artikel 6:258 NBW in bepaalde omstandigheden toch mogelijk is, “zelfs indien een overeenkomst een bepaling bevat die betrekking heeft op de gevolgen van een pandemie (of anderszins blijkt dat partijen duidelijk daarmee rekening hebben gehouden)”.¹⁵²

58. CONTRACTUELE REGELING ONGELDIG – Wanneer een bepaalde regeling ongeldig zou zijn, dan komt daarin niettemin de intentie van de partijen tot uiting om dat risico geregeld te zien. De ongeldigheid kan er dan desgevallend toe nopen om het door een geldig beding te vervangen¹⁵³, dit uiteraard onder voorbehoud van bepalingen van dwingend recht en openbare orde.¹⁵⁴ Men kan in dat kader denken aan een indexatieclausule die strijdig zou zijn met artikel 57 van de wet van 30 maart 1976 betreffende de economische herstelmaatregelen. In dat verband wezen VANDENBERGHE en VANSEVENANT erop dat zelfs een matiging van de nietige indexatieclausule vaak geen oplossing zal zijn, bijvoorbeeld door het overschrijden van de 80%-grens of bij het niet naleven van de wegingsvoorwaarde.¹⁵⁵ In beginsel kan een rechter de nietige indexatieformule niet herschrijven. Volgens het Hof van Cassatie mocht een rechter na vernietiging “geen beding in de plaats stellen dat niet berust op de wilsovereenstemming van de partijen”.¹⁵⁶ In een dergelijk geval zou artikel 5.74 BW desgevallend een oplossing kunnen bieden.

59. CONTRACTUELE REGELING BEWUST ONVOLLEDIG – Een aanpassingsbeding kan (bewust) onvolledig zijn, bijvoorbeeld omdat dit tijdens de onderhandelingen te tijdrovend of te lastig zou zijn geweest, zoals in het geval van een “tandenloze” *clause de rendez-vous*. Met een dergelijk beding hebben de partijen evenwel minstens hun (potentiële) wil tot aanpassing kenbaar gemaakt.

60. BEPERKING RECHTSGEVOLGEN – Indien partijen in het kader van de risicoverdeling uitsluitend in een recht hebben voorzien om de overeenkomst te beëindigen, dan volgt daaruit dat een rechterlijke wijziging van de overeenkomst blijkbaar ongewenst is en bijgevolg uitgesloten. Dat is slechts anders, wanneer dat beëindigingsrecht betrekking had op een andere omstandigheid of wanneer blijkt dat een beëindigingsrecht dat in algemene bewoordingen is geformuleerd eigenlijk niet geschikt is voor die omstandigheid. Bevat de overeenkomst een uitdrukkelijke uitsluiting van een aanpassing, dan is deze kennelijk bedoeld om onvoorwaardelijk te gelden en zonder rekening te houden met mogelijke veranderingen van omstandigheden. Niettemin kan ook in geval van een dergelijke conventionele uitsluiting uitzonderlijk toch ruimte zijn voor een toepassing van artikel 5.74 BW (*cf. infra* nrs. 115 e.v.).

149. M. DE POTTER DE TEN BROECK, “Een pandemie als overmacht, overmacht als een pandemie?”, *TBH* 2020, (248) 261; M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Brussel, Intersentia, 2017, 212, nr. 112. Zie elders: BGH 18 november 2011, *NJW* 2012, 526; O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 453-454; G. BERGERVOET en G. POOLMAN, “Ongekende omstandigheden – de (on)mogelijkheden van een beroep op overmacht of onvoorziene omstandigheden in het licht van de roerige energiemarkt”, *MvV* 2022, (407) 412; J. HJUMA, C. VAN DAM, W. VAN SCHENDEL en W. VALK, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2022, 326, nr. 293; T. PFEIFFER, “§ 313 BGB” in *JurisPK-BGB* 2023, nr. 44. Zie voor een recente toepassing: Rb. Noord-Holland 16 december 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:11110: “Daarbij gelden voor deze ordemaatregel de uitgangspunten dat de aantoonbare excessieve kostenstijging wordt geacht het gevolg te zijn van de genoemde onvoorziene omstandigheden (Covid-pandemie en Oorlog in Oekraïne), en dat de kostenstijging excessief is als deze niet door de in de Raamovereenkomst opgenomen wordt gedekt.”

150. J. RENIERS, “De impact van systeemcrisissen op contractuele verhoudingen - Failliet van klassiek contractmodel en nieuwe perspectieven” in E. STEEN (ed.), *Bedrijfsjuristen en bedrijfsverantwoordelijkheid*, Brussel, Larcier, 2023, (31) 48.

151. J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 307, nr. 22.

152. M. SNEL, “Coronacrisis als onvoorziene omstandigheid in het overeenkomstenrecht”, *WPNR* 2020, (763) 766-767. Dat is anders, wanneer de overeenkomst evenwel rekening zou houden met “abnormale omstandigheden” of op een meer algemene manier rechtsgevolgen verbindt aan bv. prijsstijgingen.

153. S. LORENZ, “§ 313 BGB” in *BeckOK BGB* 2023, nr. 41.

154. Met name in het consumentenrecht, in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie.

155. O. VANDEN BERGHE en J. VANSEVENANT, “Prijsherzieningsclausules in relaties tussen private ondernemingen: een stand van zaken na 45 jaar beperkende wetgeving”, *TBH* 2023/3, p. 353-375, nr. 76.

156. Cass. 23 maart 2006, C.04.0335.N.



61. IMPLICIETE RISICOVERDELING – Daarnaast kan de risicoverdeling ook impliciet gebeuren en met name uit de aard van de overeenkomst voortvloeien.¹⁵⁷ Het overeenkomen van een forfait of vaste prijs zal doorgaans een impliciete uitsluiting van artikel 5.74 BW betekenen, zodat de schuldenaar van die prijs het risico draagt dat die te hoog zou blijken en de schuldeiser dat die te laag zou blijken.¹⁵⁸ Opnieuw zullen de precieze gevolgen van een dergelijk beding afhangen van de interpretatie van de overeenkomst. Zo wordt geargumenteed dat een vaste prijs in een aannemingsovereenkomst slechts betrekking heeft op de moeilijkheden met betrekking tot de uitvoering van de aanneming en niet voor onvoorzienbare omstandigheden.¹⁵⁹ Eenzelfde impliciete uitsluiting zou men kunnen zien in een dading die gesloten wordt “tot slot van alle rekening”. Verder zal artikel 5.74 BW niet kunnen worden toegepast op overeenkomsten van speculatieve aard, wanneer dat speculatieve risico zich dan voordoet. De partijen nemen in dergelijke overeenkomsten immers het risico op een mogelijke winst of verlies op zich: “la spéculation chasse l’imprévision”.¹⁶⁰ Die uitsluiting geldt uiteraard slechts voor de risico’s die deel uitmaken van de aangegane speculatie.¹⁶¹ Daarenboven zal artikel 5.74 BW evenmin toepassing vinden bij vele financiële transacties die op zich niet speculatief zijn, maar die strekken tot het afdekken van bepaalde risico’s (“hedging”), zoals overeenkomsten waarbij een variabele interestvoet ingeruild wordt tegen een vaste interestvoet (“interest rate swap”), of termijncontracten in deviezen (“forward contracts”).¹⁶² Wanneer bij dergelijke overeenkomsten de markt voor één der partijen negatief evolueert, kan die partij in beginsel geen beroep doen op artikel 5.74 BW om aan haar verplichtingen te ontkomen. De toepassing van dat artikel in verschillende financiële of investeringstransacties zal bijgevolg beperkt zijn, zelfs wanneer een uitdrukkelijke modulering of uitsluiting van artikel 5.74 BW zou ontbreken.¹⁶³ In de Duitse rechtspraak werd daarnaast bijvoorbeeld de toepassing van § 313 BGB afgewezen bij de koop van een onbeschermde uitvinding, waarvoor een octrooiaanvraag is ingediend, wanneer die aanvraag nadien wordt afgewezen.¹⁶⁴ In het algemeen zal artikel 5.74 BW in beginsel geen toepassing vinden op kanscontracten (art. 5.8 BW), zoals een lijfrente (art. 1968 e.v. OBW), indien de veranderde omstandigheden betrekking hebben op de “onzekere gebeurtenis” waarvan de prestatie afhangt.¹⁶⁵

62. INVLOED GOEDE TROUW – Zoals VAN ZUYLEN terecht opmerkt, kan de goede trouw ook een rol spelen bij de risicotoewijzing.¹⁶⁶ Volgens artikel 5.71 BW verbindt een contract immers “niet alleen tot hetgeen daarin overeengekomen is, maar ook tot alle gevolgen die door de wet, de goede trouw of de gebruiken eraan, volgens de aard en de strekking ervan, worden toegekend”. Zo kan de risicotoewijzing, bij gebreke van een uitdrukkelijke regeling, ook voortvloeien uit de goede trouw of gebruiken. Bovendien kan het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van de overeenkomst relevant zijn bij het bepalen welke partij het risico voor een concrete verandering van omstandigheden draagt. Een partij moet zich bij de uitvoering van de overeenkomst immers “gedragen zoals een voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst” (art. 5.73, tweede lid, 1° BW). VAN ZUYLEN geeft het voorbeeld van een derde die op een foutieve wijze een verandering van omstandigheden creëert. Het slachtoffer, die per hypothese een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering op die derde heeft, zou niet te goeder trouw handelen, wanneer zij een beroep doet op artikel 5.74 BW in plaats van die derde aan te spreken.

157. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 911, nr. 1257.

158. Antwerpen 28 juni 1978, T.Ann. 1979, 19, noot L. MOYERSOEN; J. RENIERS, “De impact van systeemcrisissen op contractuele verhoudingen - Failliet van klassiek contractmodel en nieuwe perspectieven” in E. STEEN (ed.), *Bedrijfsjuristen en bedrijfsverantwoordelijkheid*, Brussel, Larcier, 2023, (31) 45. Zie m.b.t. de aannemingsovereenkomst: B. KOHL, *Contrat d’entreprise*, Brussel, Bruylant, 2016, 933, nr. 377.

159. M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Brussel, Intersentia, 2017, 213, nr. 212; J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 309, nr. 23, voetnoot 126.

160. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 911, nr. 1257; M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Brussel, Intersentia, 2017, 217, nr. 217; J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 308, nr. 23. Zie ook: F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE en F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Dalloz, 2022, 742, nr. 642.

161. O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 455. Dat is bv. niet het geval voor investeringsverliezen verbonden met criminele handelingen van een investmentmanager, zie: OLG Frankfurt 22 februari 2013, ZIP 2013, 1560.

162. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 911, nr. 1257.

163. Naar Frans recht sluit art. L211-40-1 *Code monétaire et financier* de toepassing van art. 1195 CC zelfs uitdrukkelijk uit voor “opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l’article L. 211-1 du présent code”.

164. BGH 23 maart 1982, GRUR 1982, 481.

165. M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Brussel, Intersentia, 2017, 216, nr. 216.

166. J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 310-311, nr. 24.



Meer in het algemeen zou men op basis van die principes in bepaalde gevallen het risico voor de wijziging op de “cheapest cost avoider” kunnen laten rusten.¹⁶⁷ In het kader van de bespreking van de wettelijke risicotoewijzing zullen we overigens zien dat de wet reeds vaak tot dat resultaat leidt.

b) Wettelijke risicoverdeling

63. OVERZICHT – Niet alleen de partijen maar ook de wet zelf kan zorgen voor een risicotoewijzing. Zonder enige aanspraak op exhaustiviteit te maken ga ik hieronder in op een aantal van die regels in het gemeen verbintenissenrecht (zie hieronder: (1)) en het bijzonder overeenkomstenrecht (zie hieronder: (2)).

(1) Risicotoewijzing in het gemeen verbintenissenrecht

64. TOTSTANDKOMING – In het kader van de totstandkoming kan worden gewezen op de regels inzake de dynamische en statische totstandkoming. Een mededelingsplichtig aanbod kan slechts worden gewijzigd of ingetrokken zolang het aanbod de bestemming niet heeft bereikt (art. 5.19, tweede lid BW) en kan dus aanvaard worden, zelfs indien verzender intussen spijt heeft van dat aanbod. Verder draagt iedere partij het risico dat zij op onverschoonbare wijze zou dwalen of zou dwalen over “uitsluitend de waarde van een voorwerp of prestatie of de prijs” (art. 5.34 BW).

65. VERBINTENIS – In beginsel draagt een schuldenaar het risico dat hij de verbintenis waartoe hij zich verbonden heeft, kan nakomen onder voorwaarden en kosten die hij daarvoor voorzien had (en op basis waarvan hij een bepaalde tegenprestatie heeft bedongen).¹⁶⁸ Op de schuldeiser rust daarentegen het risico dat hij de verbintenis zal kunnen gebruiken waarvoor hij heeft gecontracteerd (cf. *infra* nr. 93).¹⁶⁹

66. BETALING GELDSOM – In beginsel draagt de schuldeiser van een verbintenis tot betaling van een geldsom het risico op inflatie, op grond van het principe van het monetair nominalisme (art. 5.205 BW).¹⁷⁰ Het is aan de schuldeiser om zich daar desgevallend contractueel tegen te beschermen¹⁷¹, bijvoorbeeld door een indexatieclausule. Op de schuldenaar van een dergelijke verbintenis rust het risico dat hij zich kan financieren.¹⁷² Ook kan een schuldenaar niet naar zijn dreigende insolventie verwijzen om een beroep te doen op artikel 5.74 BW.¹⁷³ Een verslechtering van de financiële toestand van een partij behoort namelijk tot diens eigen risicosfeer, die niet (gedeeltelijk) op de schuldeiser kan worden verschoven. Er anders over oordelen zou immers leiden tot een ongelijke behandeling tussen financieel sterke en zwakke ondernemingen. Daarnaast kan men niet uitgaan van een hypothetische partijwil om de schuldenaar te bevrijden, in geval van financiële problemen.¹⁷⁴ Dat blijkt bovendien uit het bestaan van het insolventierecht.¹⁷⁵ De buitenlandse rechtspraak

167. J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 311, nr. 24. Zie ook: T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 69. Zie voor een uitdrukkelijke toepassing in de Duitse rechtspraak (LG Keulen 11 mei 2012, BeckRS 2013, 10024): “Ferner ist das Risiko regelmäßig demjenigen zuzuteilen, der es kostengünstiger vermeiden kann (in der ökonomischen Analyse des Rechts bekannt als Prinzip der kostengünstigen Risikovermeidung, sog. „cheapest cost avoider“), also etwa regelmäßig demjenigen, in dessen Machtsphäre der Leistungsgegenstand sich befindet. Das typischerweise mit einem Geschäft verbundene Risiko hat in den gesetzlichen Regeln der Gefahrtragung, Rechts- und Sachmängelhaftung Ausdruck gefunden.”

168. O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 447-448; T. HICK, “The Coronacrisis and Its Impact on Creditors: Frustration of Purpose”, *ERPL* 2022, (389) 394, nr. 9.

169. Vred. Roeselare 18 mei 2021, T.Vred. 2021, 534, noot BIQUET-MATHIEU; M. DE POTTER DE TEN BROECK, “Een pandemie als overmacht, overmacht als een pandemie?”, *TBH* 2020, (248) 264; L. BÖTTCHER, “§ 313 BGB” in *Erman BGB Kommentar*, 2020, nr. 21. Zie evenwel: Gent 5 september 2013, *RW* 2015-16, 1109 (beëindiging overnameovereenkomst handelsruimte wegens overmacht door ziekte overnemer).

170. Cass. 16 februari 1939, *Pas.* 1939, I, 81; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 911, nr. 1257.

171. Brussel 4 januari 1961, *Pas.* 1962, II, 11; Rb. Brussel 20 maart 1948, *JT* 1949, 264.

172. BGH 10 maart 1983, *NJW* 1983, 1489; BGH 17 november 1978, BeckRS 1978, 265: “Einen Wegfall der Geschäftsgrundlage hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei mit der Erwägung verneint, daß die Finanzierung im Risikobereich der Beklagten gelegen habe”; C. BRUNNER, “Article 79” in C. BRUNNER en B. GOTTLIEB (eds.), *Commentary on the UN Sales Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2019, nr. 11.

173. Hij kan desgevallend wel een beroep doen op art. 5.201 BW om respijtermijnen te bekomen.

174. O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 452; T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 225; H. KÖHLER, “Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung” in C.W. CANARIS et al. (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, München, Beck, 2000, (295) 303; S. MARTENS, “§ 313 BGB” in *Beck Grosskommentar* 2016, nr. 117.1; R. SCHWARZE, *Das Recht der Leistungsstörungen*, Berlin, De Gruyter, 2022, 103-104, nr. 25.

175. Zie in dat verband m.b.t. “financiële overmacht”: “Indien de schuldenaar zijn geldschulden niet betaalt, dan kunnen zijn schuldeisers op diens vermogen beslag leggen of een collectieve procedure starten (bv. faillissement). Na afloop van zo’n collectieve procedure kan de schuldenaar die te goeder trouw is door de rechter worden bevrijd van de overblijvende schulden (bv. de kwijtschelding na faillissement op grond van art. XX.173 WER).” (wetsvoorstel houdende boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, 262). De toepassing van art. 5.74 BW in dergelijke gevallen daarentegen wel aanvaarden zou dus incoherent zijn.



die een verandering van omstandigheden aanvaardt bij een bedreiging voor het voortbestaan van een schuldenaar, wordt door verschillende auteurs als billijkheidsrechtspraak bekritiseerd.¹⁷⁶ Uit de bijzondere aard van verbintenissen die een onderhoudskarakter vertonen, zou men evenwel een uitzondering kunnen aannemen.¹⁷⁷

67. BETALING – Wat de betaling betreft, komen de kosten ervan in beginsel ten laste van de schuldenaar (art. 5.204 BW). De betaling moet worden gedaan op de in het contract aangewezen plaats, waar het zeker voorwerp dat het voorwerp van de prestatie is zich bij de totstandkoming bevond, of, in andere gevallen, aan de woonplaats van de schuldenaar (art. 5.203 BW).

(2) Risicotoewijzing in het bijzonder overeenkomstenrecht

68. BIJZONDER OVEREENKOMSTENRECHT – Ook in het bijzonder overeenkomstenrecht vindt vaak een wettelijke risicotoewijzing plaats, en in het bijzonder in de regels inzake niet-nakoming. In het algemeen geldt dat de schuldeiser principieel het risico op het kunnen gebruiken van de prestatie en de schuldenaar het risico op een verzwaring van het leveren van de prestatie draagt.

69. KOOP – In een koopovereenkomst draagt de koper in beginsel het risico dat hij het gekochte goed kan gebruiken of voortverkopen, voor zover het conform en zonder gebreken is.¹⁷⁸ Dat geldt evenzeer wanneer de verkoper kennis had van het beoogde gebruik ervan. Als schoolvoorbeeld geldt dat de koper van een trouwjurk of verlovingsring gebonden blijft door de koopovereenkomst, zelfs al vindt het huwelijk niet plaats of wordt de verloving afgebroken.¹⁷⁹ Recent oordeelde het Hof van Cassatie dat het beroep op een schadebeding in een verkoopcompromis geen rechtsmisbruik uitmaakte, zelfs wanneer die koop door een sterfgeval van één van de kopers “*elke zin had verloren*”.¹⁸⁰ Slechts in bijzondere gevallen kan een dergelijke doelversterking de toepassing van artikel 5.74 BW rechtvaardigen (*cf. infra* nrs. 91 e.v.). De verkoper draagt daarentegen in beginsel het risico dat hij zich zal kunnen bevoorraden en het verkochte goed zal kunnen leveren.¹⁸¹ Dat is ook het geval wanneer de koper weet dat de verkoper het verkochte goed eerst zelf nog moet verwerven.¹⁸²

70. VERKOOP VAN AANDELEN – Die gemeenrechtelijke risicoverdeling geldt ook bij een verkoop van aandelen. In tegenstelling tot bij een verkoop van activa van een onderneming, situeert de gemeenrechtelijke bescherming zich louter op het niveau van de aandelen, zodat de koper van de aandelen in beginsel het risico draagt voor de (financiële en economische) toestand van de betrokken vennootschap.¹⁸³ Gelet op de beperkingen van de gemeenrechtelijke bescherming werken de partijen in een dergelijke overeenkomst doorgaans een eigen risicoverdeling uit, die erg genuanceerd kan zijn.¹⁸⁴ Zo vereist een koper vaak dat de verkoper verschillende verklaringen en garanties (“*declarations and warranties*”) m.b.t. de toestand van de

176. T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 225.

177. Ook de voorbeelden waarbij men rekening met de toestand van de schuldenaar zou kunnen houden die VAN ZUYLEN aanhaalt, bevinden zich in die sfeer: J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 298-299, nr. 15. Dat blijkt ten name ook uit art. 1288 Ger.W. Zie naar Duits recht: T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 226.

178. Zie naar Duits recht: BGH 1 juni 1979, NJW 1979, 1818: “*Nach der gesetzlichen Interessenbewertung beim Kaufvertrag trägt in der Regel der Käufer das Risiko, ob er den - sachmangelfrei gelieferten - Kaufgegenstand wie beabsichtigt verwenden kann.*” Zie m.b.t. de CISG: Y. ATAMER, “Article 79” in S. KRÖLL, L. MISTELIS en P. PERALES VISCASILLAS (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, München, Beck, 2018, nr. 68; I. SCHWENZER, “Article 79” in P. SCHLECHTRIEM en I. SCHWENZER (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1980), Oxford, Oxford University Press, 2015, 34.

179. R. SCHWARZE, *Das Recht der Leistungsstörungen*, Berlin, De Gruyter, 2022, 154, nr. 17.

180. Cass. 20 januari 2023, C.21.0499.N.

181. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 911, nr. 1257. Zie m.b.t. de CISG: Y. ATAMER, “Article 79” in S. KRÖLL, L. MISTELIS en P. PERALES VISCASILLAS (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, München, Beck, 2018, nr. 68; I. SCHWENZER, “Article 79” in P. SCHLECHTRIEM en I. SCHWENZER (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1980), Oxford, Oxford University Press, 2015, nr. 27.

182. BGH 12 juli 1972, NJW 1992, 1702.

183. Zo weigerde het OLG Naumburg het beroep op § 313 BGB m.b.t. de verkoop van aandelen in een vennootschap die melk produceert, waarbij de prijs van de melkquota tussen *signing* en *closing* met 88% was gedaald. Door het sluiten van de koopovereenkomst, waarin een aanpassing van de koopprijs was uitgesloten, was het ondernemingsrisico m.b.t. wijzigingen van de prijs op de koper overgegaan (OLG Naumburg 24 april 2012, besproken bij C. LOUVEN en K. MEHRBREY, “Bedeutung aktueller M&A-Streitigkeiten für die Gestaltungspraxis”, NZG 2014 (1321) 1327-1328).

184. D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d’actions*, Brussel, Larcier, 2017, 101, nr. 69; K. RENIERS, *Gemeenrechtelijke beschermingsmechanismen bij de koop-verkoop van aandelen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 352, nr. 458; S. VERVERKEN, “Verklaringen en waarborgen bij de verkoop van aandelen” in *Contractuele Clausules – Koop Aandelen*, Antwerpen, Intersentia, 2016, (135) 171-172.



vennootschap afgeeft. De verkoper draagt dan het risico dat die garanties correct zijn.¹⁸⁵ *Earn-out*-bedingen vormen een andere mogelijke afwijking van de gemeenrechtelijke risicoverdeling. Dergelijke bedingen maken een deel van de koopprijs namelijk afhankelijk van het bereiken van bepaalde doelstellingen¹⁸⁶ binnen een bepaalde periode na de verkoop, zodat de verkoper een deel van het risico van de vennootschap blijft dragen.¹⁸⁷

71. LENING EN KREDIET – Bij een geldlening draagt de ontlener het risico op de solvabiliteit van de lener, die hij voor het sluiten van de leningsovereenkomst kan nagaan. Het is aan de ontlener om zijn positie desgewenst te beschermen, bijvoorbeeld door het opnemen van bepaalde financiële convenanten en controlerechten in de overeenkomst of het eisen van zekerheidsrechten. In dat laatste geval draagt de ontlener als begunstigde van die zekerheidsrechten ook het risico op de waardevermindering daarvan.¹⁸⁸ Daartegen kan hij zich op zijn beurt beschermen door in een recht tot margeopvraging (*“margin call”*)¹⁸⁹ te voorzien. Ook draagt de ontlener zijn herfinancieringsrisico. In een kredietovereenkomst met een vaste interestvoet behoort de wijziging van de interestvoet door een centrale bank tot het risico van de partij in wiens nadeel die interestvoet wijzigt.¹⁹⁰ De lener draagt daarentegen het risico van het gebruik van de ontleende gelden. Zijn terugbetalingsverplichting is in beginsel onafhankelijk van het lot van de door hem gedane investering (behoudens indien artikel 1901 OBW van toepassing is). Dat is anders op grond van een bijzondere wetsbepaling (cf. art. VII.92 WER) of in geval van een stilzwijgende ontbindende voorwaarde zoals vermeld in artikel 5.142, tweede lid, 2° BW.¹⁹¹

72. HUUROVEREENKOMST – In een huurovereenkomst draagt de huurder in beginsel het risico dat hij gehuurde goed zoals gepland kan gebruiken¹⁹² en tijdens de duurtijd van de huur ook werkelijk nodig heeft.¹⁹³ In het kader van een handelshuur draagt de huurder met name het risico dat hij met het gehuurde winst maakt. Een huurder kan niet aan zijn huurovereenkomst ontsnappen, wanneer in de straat waar hij een juweliersbedrijf uitbaat – tegen zijn verwachtingen in – geen *“grote ‘loop van het publiek’”* ontstaat.¹⁹⁴ De huurder van een parkeergarage moet de volledige huur betalen, zelfs wanneer zijn inkomsten door teruggelopen klanten sterk onder de verwachtingen bleven.¹⁹⁵ Hetzelfde geldt voor een handelshuurovereenkomsten in een winkelcentrum.¹⁹⁶ De huurder van een winkel in een station draagt het risico dat zijn omzet afneemt ten gevolge van een wijziging van de dienstregeling van het treinverkeer.¹⁹⁷ Dat is slechts anders, wanneer uit de interpretatie van de overeenkomst blijkt dat het commerciële risico niet alleen door de huurder werd gedragen of de winstverwachtingen van de huurder verstoord worden door overheidsmaatregelen die niet tot zijn risicosfeer behoren (bv. in het kader van de COVID-19-pandemie). Dergelijke maatregelen

185. Dat risico kan op zijn beurt worden beperkt door het opnemen van *data room disclosure*-bedingen die het beroep op een schending van de verklaringen en garanties uitsluiten m.b.t. gegevens die in de *data room* meegedeeld zijn en de koper tijdens zijn *due diligence*-onderzoek had kunnen ontdekken. De koper draagt dan het risico dat dat onderzoek grondig is verlopen. Zie: S. VERVERKEN, “Verklaringen en waarborgen bij de verkoop van aandelen” in *Contractuele Clausules – Koop Aandelen*, Antwerpen, Intersentia, 2016, (135) 175-176.

186. Die kunnen van financiële (bv. het behalen van een bepaalde omzet, winst, EBITDA, enz.) of niet-financiële aard (bv. behoud van belangrijke personeelsleden, behalen van mijlpalen) zijn.

187. T. BOEDTS en E. LEFEVER, “Prijs en prijsaanpassingen” in *Contractuele Clausules – Koop Aandelen*, Antwerpen, Intersentia, 2016, (47) 80-81; D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d’actions*, Brussel, Larcier, 2017, 331-332, nr. 237.

188. Tenzij de lener *“door zijn eigen fout, de zekerheden die de verbintenis waarborgen vermindert”* (art. 5.155, 3° BW).

189. Zie de definitie in art. 3, 9° WFZ: *“de financiële instrumenten, bankvorderingen of contanten die als zekerheid worden verschaft of in het kader van een zakelijke-zekerheidsovereenkomst worden overgedragen, en die bestemd zijn om, tijdens de duur van de overeenkomst, het overeengekomen evenwicht tussen de prestaties van de partijen of van de bij de gewaarborgde verbintenis betrokken partijen te bewaren, hetzij met betrekking tot één bepaalde transactie, hetzij met betrekking tot alle of een deel van hun transacties”*.

190. Zie voor Duitsland: T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 73.

191. Art. 5.142, tweede lid, 2° BW: *“Aldus hangen de verbintenissen af van een stilzwijgende ontbindende voorwaarde wanneer, gelet op de aard en de strekking van het contract, met zekerheid uit de bedoeling van de partijen blijkt dat het een einde moet nemen, met name: 2° bij tenietgaan van een ander contract waarvan de partijen het lot van het eerste contract bedoelden te laten afhangen.”*

192. Beroep op overmacht afgewezen, aangezien partner wegens ongeluk niet mee kan gaan naar een privésauna: Vred. Roeselare 18 mei 2021, T.Vred. 2021, 534, noot BLOUET-MATHIEU. Zie m.b.t. een beweerde ziekte van een huurder, waardoor zij het gehuurde goed niet meer zou kunnen gebruiken: Vred. Wolvenberg 30 maart 1995, RW 1996-97, 472, noot R. VAN RANSBEECK.

193. Vred. Gent 4 juli 2021, Huur 2022, 52: *“Eisende partij moet trouwens niet instaan voor het succes van de verkoop van producten door haar huurder. Een daling van de omzet is eigen aan het ondernemingsrisico. Omgekeerd stijgt de handelshuurprijs ook niet met de omzetstijging van verweerster.”* Zie evenwel: Vred. Doornik 8 mei 2007, JLMB 2008, 522 (beëindiging huurovereenkomst van kot op grond van overmacht, aangezien student niet in Doornik kan studeren).

194. HR 20 februari 1998, NJ 1995, 493.

195. OLG Düsseldorf 12 februari 2004, NJOZ 2004, 1471.

196. BGH 16 februari 2000, NJW 2000, 1714: *“Wie auch in anderen Geschäftslagen fällt es in den Verantwortungsbereich des Mieters, als Unternehmer die Erfolgsaussichten eines Geschäfts in der gewählten Lage abzuschätzen. Das umfasst bei einem erst geplanten Einkaufszentrum neben der Chance, in einem später florierenden Zentrum erhöhte Gewinne zu erzielen, auch das Risiko eines Scheiterns des Gesamtobjekts mit entsprechenden negativen Folgen für das gemietete Einzelgeschäft.”*; H. RÖSLER, “Grundfälle zur Störung der Geschäftsgrundlage”, JuS 2005, (27) 27-28.

197. LG Berlin 4 augustus 2008, NZM 2008, 844.



overstijgen immers het normale gebruikersrisico.¹⁹⁸ Recent deed het Hof van Cassatie een uitspraak over de gevolgen van een lockdown die ertoe heeft geleid dat een gehuurde handelsruimte tijdelijk niet kon worden uitgebaat. In zijn arrest van 26 mei 2023 lijkt het Hof in dat geval de deur open te zetten voor een toepassing van artikel 1722 OBW en een opschorting van de huurovereenkomst of een prijsvermindering. Meer bepaald verbreekt het Hof een vonnis waarin werd geoordeeld dat artikel 1722 OBW niet kon worden toegepast, op grond dat er *“enkel sprake was van een tijdelijke onmogelijkheid en dus een tijdelijk verlies van genot”*.¹⁹⁹ In een geval van een *“shop in shop”*, waarbij een bakker een deel van zijn ruimte onderverhuurde aan een slager, werd geoordeeld dat die laatste de overeenkomst kon opzeggen, toen de bakker zijn activiteiten stopzette. De bedoeling van de partijen was immers precies om een gecombineerde winkel uit te baten.²⁰⁰

73. AANNEMINGSOVEREENKOMST – Bij een aannemingsovereenkomst draagt de opdrachtgever in beginsel het risico dat hij het overeengekomen werk kan gebruiken. Een producent in de automobiellindustrie kon bijgevolg geen beroep doen op § 313 BGB om een contract met een toeleverancier te beëindigen, toen geplande overeenkomsten met kopers uitbleven en de bestelde goederen dus niet meer kon gebruiken, zelfs wanneer de toeleverancier kennis had van de onzekerheden m.b.t. de bestelling.²⁰¹ Dat risico wordt evenwel gemilderd doordat artikel 1794 OBW voorziet dat de opdrachtgever de zelfs begonnen aanneming kan beëindigen, mits vergoeding voor *“al zijn uitgaven, al zijn arbeid, en alles wat hij bij die aanneming had kunnen winnen”*.

De aannemer die ook de stof verstrekt, draagt het risico dat het werk tenietgaat voordat het geleverd is (art. 1788 OBW).²⁰² Wanneer hij enkel zijn arbeid of diensten verstrekt, dan is hij slechts voor zijn schuld aansprakelijk (art. 1789 OBW). In dat geval verliest de aannemer wel het recht op zijn loon, tenzij de zaak tenietgegaan is door een gebrek in de stof (art. 1790 OBW). Artikel 1793 OBW is van groot belang voor de contractuele risicoverdeling in aannemingsovereenkomsten. Bij het oprichten van een gebouw tegen vaste prijs, volgens een met de eigenaar van de grond vastgelegd en overeengekomen plan, kan de aannemer of architect geen vermeerdering van de prijs vorderen, noch onder voorwendsel van vermeerdering van de arbeidslonen of van de bouwstoffen, noch onder voorwendsel van verandering of vergrotingen die in het plan zijn aangebracht, tenzij voor die veranderingen of vergrotingen schriftelijke toestemming is verleend, en de prijs ervan met de eigenaar is overeengekomen.²⁰³

74. BORGTUCHT – Bij een borgtocht draagt de borg het risico dat de hoofdschuldenaar zijn verbintenis zal nakomen. Daarbij is het irrelevant of die hoofdschuldenaar niet kan of niet wil betalen. De borg is slechts beschermd door het voorrecht van uitwinning, tenzij hij daarvan afstand heeft gedaan (art. 2021 OBW).²⁰⁴ Bij een afstand kan de borg zich niet op artikel 5.74 BW beroepen in geval van betalingsonwil van de hoofdschuldenaar, ook niet wanneer blijkt dat hij geen betaling van de hoofdschuldenaar zal ontvangen.²⁰⁵ Artikel 5.74 BW zal slechts toepassing kunnen vinden in geval van een verandering van omstandigheden die het gewone borgtocht risico overstijgen.

198. In die zin BGH 12 januari 2022, NJW 2022, 1370: *“Beruht die enttäuschte Gewinnerwartung des Mieters jedoch auf einer hoheitlichen Maßnahme zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie wie einer Betriebsschließung für einen gewissen Zeitraum, geht dies über das gewöhnliche Verwendungsrisiko des Mieters hinaus. (...) Die wirtschaftlichen Nachteile, die ein gewerblicher Mieter aufgrund einer pandemiebedingten Betriebsschließung erlitten hat, beruhen nicht auf unternehmerischen Entscheidungen oder der enttäuschten Vorstellung, in den Mieträumen ein Geschäft betreiben zu können, mit dem Gewinne erwirtschaftet werden. Sie sind vielmehr Folge der umfangreichen staatlichen Eingriffe in das wirtschaftliche und gesellschaftliche Leben zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie, für die keine der beiden Mietvertragsparteien verantwortlich gemacht werden kann.”* en HR 24 december 2021: *“Indien de hiervoor in 3.2.4, eerste volzin, bedoelde omstandigheid zich voordoet en de huurovereenkomst voor 15 maart 2020 is gesloten, kan aangenomen worden dat de waarde van het gebruiksrecht van het gehuurde zo sterk is verminderd dat de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties van de verhuurder en de huurder in ernstige mate is verstoord. Krachtens de aard van de overeenkomst en de in het verkeer geldende opvattingen komt deze omstandigheid in de regel niet voor rekening van de huurder, zodat art. 6:258 lid 2 BW niet aan huurprijsvermindering in de weg staat.”*

199. Cass. 26 mei 2023, C.22.0296.N.

200. OLG Dresden 10 april 2001, NZM 2002, 292; OLG München 23 juni 1999, NJW-RR 1999, 1532 (verbinding tussen een levensmiddelenwinkel en een slagerij); R. SCHWARZE, *Das Recht der Leistungsstörungen*, Berlin, De Gruyter, 2022, 154-155, nr. 18.

201. OLG Karlsruhe 14 juli 2010, BeckRS 2010, 31018.

202. M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Brussel, Intersentia, 2017, 214, nr. 213.

203. B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, Brussel, Bruylant, 2016, 933-935, nr. 378.

204. E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 283, nr. 428.

205. Zie: BGH 28 april 1988, NJW 1988, 2173; BGH 17 maart 1994, NJW 1994, 2146.



75. DADING – Een dading strekt ertoe “een gerezen geschil te beëindigen, of een toekomstig geschil te voorkomen” (art. 2044 OBW). Wanneer die dading een toekomstgerichte dimensie heeft, dan zou artikel 5.74 BW in beginsel van toepassing kunnen zijn. Daarbij moet evenwel steeds zorgvuldig worden nagegaan of de verandering van omstandigheden niet precies het risico was waarover de partijen hun dading hebben aangegaan. Dat is met name het geval, wanneer een dading uitdrukkelijk wordt gesloten “voor slot van alle rekeningen”.²⁰⁶ Zo verwierp de Hoge Raad de ontbinding van een vaststellingsovereenkomst, wanneer de rechtspraak na het sluiten ervan een rechtsvraag intussen anders heeft beantwoord dan op de wijze waarvan de partijen bij het aangaan van de overeenkomst waren uitgegaan.²⁰⁷

3. Uitvoering buitensporig bezwarend, zodat uitvoering redelijkerwijze niet geëist kan worden

76. INLEIDING – Artikel 5.74, tweede lid, 1° BW vereist dat “een verandering van omstandigheden [...] de uitvoering van het contract buitensporig bezwarend [maakt], dermate dat de uitvoering ervan redelijkerwijze niet langer kan worden geëist”. Voor de vraag, wanneer de uitvoering buitensporig bezwarend is of wanneer het eisen van uitvoering niet langer redelijk is, geven noch artikel 5.74 BW, noch de memorie van toelichting enige uitleg. Artikel 5.74 BW bevat verschillende open normen die niet rechtstreeks subsumeerbaar zijn, maar nog normatief moeten worden ingevuld.²⁰⁸ De toepassing van artikel 5.74 BW vereist namelijk een normatieve beoordeling wanneer de nakoming “buitensporig” wordt en het eisen ervan “onredelijk”.

77. NORMATIEVE INVULLING – Die invulling gebeurt in het licht van de hierboven beschreven risicotoewijzing tussen de partijen.²⁰⁹ De verandering van omstandigheden zal de nakoming “buitensporig bezwarend” maken, wanneer het ingetreden risico de contractuele toewijzing overstijgt en de overeenkomst dus een lacune bevat. Aangezien iedere partij in beginsel het risico draagt voor de verzwarende van de nakoming van haar eigen verbintenis, zal men niet snel tot dat besluit kunnen komen. Daarnaast vereist ook de redelijkheidstoets die tot uitdrukking komt in artikel 5.74, tweede lid, 1° BW een normatieve invulling. Bij die redelijkheidstoets moet de rechter in beginsel rekening houden met alle relevante omstandigheden van het geval, maar in de eerste plaats met de contractuele toewijzing.

a) Buitensporig bezwarend

78. VERSCHIL MET OVERMACHT – Dat artikel 5.74 BW een buitensporige verzwarende van uitvoering – in tegenstelling tot onmogelijkheid – vereist, maakt het principiële en theoretische onderscheid met overmacht uit (art. 5.226 BW).²¹⁰ In de praktijk zal het onderscheid tussen verandering van omstandigheden en overmacht in bepaalde gevallen niet haarfijn zijn, en is een zekere overlapping niet uit te sluiten. Een van de voornaamste redenen daarvoor is dat het onmogelijkheidsvereiste bij overmacht op een redelijke wijze wordt ingevuld. Ook in andere rechtsstelsels wordt gewezen op een mogelijke overlapping.²¹¹ Zoals VAN ZUYLEN terecht aangeeft, heeft de schuldenaar in een dergelijk geval een keuzerecht over welke

206. Zie: OLG Koblenz 29 september 2003, NJW 2004, 782: “Ist eindeutig ausgesprochen, dass die Vertragsschließenden die Sache endgültig erledigen wollen, so ist in der Regel jede Nachforderung ausgeschlossen.”; J. HJMA, C. VAN DAM, W. VAN SCHENDEL en W. VALK, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2022, 324, nr. 289.

207. HR 15 november 1985, NJ 1986, 228: “Dienaangaande oordeelt het hof, met verwijzing naar zijn overwegingen ten aanzien van het beroep op dwaling, dat de door Dillema ‘onvoorziene omstandigheid (te weten de hierboven reeds vermelde ontwikkeling in de rechtspraak) krachtens de aard van de onderhavige overeenkomst nu juist voor zijn rekening komt’.”

208. Zie naar Duits recht: “Zur Bestimmung der Voraussetzungen einer Vertragsanpassung reihet § 313 mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe aneinander, die keinen greifbaren operationalen Gehalt haben und als gutgemeinte Leerformeln einer exakten Subsumtion nicht zugänglich sind. (...) Solche und ähnliche Formeln mögen das Herz erwärmen. Praktische Hilfe bei der Entscheidung konkreter Fälle leisten sie aber nicht.” (H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, 423, nrs. 1011-1012). Volgens Köhler schuilt in de onbepaaldheid van de leer van de Geschäftsgrundlage ook haar succes (H. KÖHLER, “Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung” in C.W. CANARIS (ed.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, München, Beck, 2000, (295) 2096).

209. H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, 423-424, nr. 1012.

210. D. PHILIPPE, “L’introduction de l’imprévision en droit belge” in B. KOHL en P. WERY (eds.), *Le nouveau droit des obligations*, Luik, CUP, 2022, (217) 220; J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 289, nr. 8.

211. C. SIEBURGH, “Een evenwichtige werking van rechtvaardigings- en schuldsluitingsgronden in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht”, *TPR* 2003, (647) 666, nr. 15; C. SIEBURGH, *Asser 6-III Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer, Kluwer, 2018, nr. 454.



rechtsgrond hij wenst aan te wenden.²¹² Uit de relevante bepalingen kan immers geen strikte hiërarchie worden afgeleid.²¹³

79. TOEPASSINGSGEVALLEN – Artikel 5.74, eerste lid BW geeft twee toepassingsgevallen aan, wanneer de uitvoering buitensporig bezwarend kan zijn geworden, dat is “*ofwel doordat de kostprijs van de uitvoering is gestegen, ofwel doordat de waarde van de tegenprestatie is verminderd*”. Bovendien kan artikel 5.74 BW ook worden toegepast, indien het doel van de prestatie wordt verstoord.

(1) Stijging kosten

80. “ECONOMISCHE ONMOGELIJKHEID” – Een eerste toepassingsgeval van artikel 5.74 BW bestaat erin dat de kostprijs van de uitvoering door de verandering van omstandigheden dermate is gestegen, dat de tegenprestatie geen adequate vergoeding meer vormt. De geviseerde stijging van de kosten in die bepaling is niet strikt beperkt tot de “*financiële kosten*” tot nakoming, maar moet in ruime zin geïnterpreteerd worden als iedere verzwarend van de te leveren prestatie. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de aankoop- of productiekosten stijgen²¹⁴, een geplande financiering mislukt²¹⁵, de productie verstoord wordt door een staking²¹⁶, door een wetwijziging de spleetbreedte van varkensstallen niet langer voldoet²¹⁷, door het uitbreken van WO II de prijs van conserven sterk stijgt²¹⁸, een partij bedreigd wordt door derden omwille van de overeenkomst²¹⁹, de vereiste toestemming door een derde uitblijft, enz. Dergelijke situaties grenzen wel eens dicht aan tegen overmacht, zodat men die in Duitse rechtsleer zelfs “*economische onmogelijkheid*” noemt.²²⁰ In de parlementaire voorbereiding van het NBW is in dat verband sprake van een “*aan overmacht grenzende categorie van gevallen*”.²²¹

81. UITZONDERLIJK KARAKTER – Het is slechts in uitzonderlijke gevallen dat die verzwarend zodanig buitensporig is dat het eisen van nakoming onredelijk wordt. Zoals hierboven uiteen wordt gezet (cf. *supra* nr. 65), draagt de schuldenaar in beginsel immers het risico dat hij zijn prestatie zoals gepland en aan de door hem ingeschatte kosten kan uitvoeren.²²² Ook wanneer die verzwarend voor de nakoming onvoorzienbaar was bij de contractsluiting, gaat die in beginsel ten laste van de schuldenaar. Dat is zelfs het geval, wanneer de oorspronkelijk verwachte winst door de verandering van omstandigheden op een verlies uitdraait. Artikel 5.74 BW dient er niet toe om een verlieslatende transactie te corrigeren of een ontgoochelde schuldenaar van zijn verplichtingen te bevrijden. In de mate dat de verzwarend het gevolg is van de normale commerciële risico's, zal artikel 5.74 BW geen soelaas bieden.²²³

82. TOEPASSING – Artikel 5.74 BW zal daarentegen wel van toepassing zijn, wanneer de prestatie door de schuldenaar door de verandering van omstandigheden volledig anders wordt dan de oorspronkelijk overeengekomen prestatie. Dat is het geval indien de schuldenaar gedwongen zou worden om obstakels

212. J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 309, nr. 23.

213. Wanneer een schuldenaar in een wederkerige overeenkomst zich evenwel op definitieve overmacht beroept, dan is niet alleen hij bevrijd (art. 5.226, § 1, tweede lid BW), maar ook de schuldeiser (art. 5.100, eerste lid BW). Indien de schuldeiser in dat geval evenwel zou aansturen op onderhandelingen om het obstakel te verhelpen, zou dat – bij een afwijzing door de schuldenaar – eventueel aanleiding kunnen geven tot een aanpassing op grond van artikel 5.74 BW. Op die manier zou artikel 5.74 BW in bepaalde gevallen dus kunnen primeren op artikel 5.226 BW. Zie naar Nederlands recht: C. SIEBURGH, *Asser 6-III Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer, Kluwer, 2018, nr. 454: “Aldus worden de gevolgen van overmacht mede door art. 6:258 BW bepaald: de schuldeiser van de door overmacht getroffen prestatie kan deze bepaling soms inroepen als verweer tegen een beroep op overmacht.”

214. BGH 1 december 1993, NJW 1994, 515.

215. Voor een afwijzing van de toepassing van § 313 BGB in een zaak waar de vereisten voor de verschaffing van zekerheden onder invloed van de financiële crisis waren verscherpt: KG 5 november 2012, NJW 2013, 748: “Es bleibt dabei, dass der Schuldner für die Finanzierung und das Fehlen ausreichender Mittel einzustehen hat.” Zie naar aanleiding van de Covid-19-pandemie: “Ook als de coronacrisis als een onvoorzienbare omstandigheid als bedoeld in art. 6:258 BW zou kunnen worden aangemerkt, is daarmee nog niet gegeven dat het risico van financieel onvermogen van Metroprop bij Coltavast is komen te liggen. Zoals het hof hiervoor heeft overwogen ligt dit risico bij Metroprop, die welbewust geen financieringsvoorbereiding heeft gemaakt.” (Amsterdam 10 juni 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1629).

216. M. LÖWISCH, “Arbeitskampf und Vertragserfüllung”, AcP 1974, (202) 232.

217. Arnhem 24 augustus 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN5820.

218. Rb. Amsterdam 3 januari 1940, NJ 1940, 28.

219. Pres. Rb. Zwolle 13 oktober 1995, KG 1995, 418 (in casu werd de verhuurder van een zaal aan een extreemrechtse groepering bedreigd door leden van antigroeperingen).

220. T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 208.

221. C. VAN ZEBEN en J. DU PON, *Boek 6 Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht in Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer, Kluwer, 1981, 969.

222. O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 451.

223. Zie naar Duits recht: T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 225.



te overwinnen, die hem volgens de contractuele risicoverdeling niet zijn toegewezen.²²⁴ In die zin is de precieze omvang van die verzwarende op zich irrelevant, maar kan die wel als een (belangrijke) aanwijzing gelden dat die verzwarende de contractuele risicoverdeling te buiten gaat. Wanneer de kosten voor nakoming buitengewoon sterk stijgen, is dat doorgaans het gevolg van een niet-contractueel risico.²²⁵ Dat was volgens de rechtbank te Rotterdam het geval toen de gasprijs op een jaar tijd meer dan vertienvoudigd is en “de oorzaak van deze extreme stijging is gelegen in de Europese energiecrisis, die is ontstaan mede door de oorlog in Oekraïne”.²²⁶

83. RICHTLIJNEN – In (buitenlandse) rechtsleer en rechtspraak worden soms richtlijnen vooropgesteld vanaf wanneer een verzwarende geacht wordt buitensporig te zijn. De waarde van dergelijke (abstracte) richtlijnen is evenwel beperkt, aangezien de toepassing van artikel 5.74 BW afhangt van de (concrete) risicoverdeling tussen de partijen. In het beste geval kunnen die richtlijnen een indicatie bieden.²²⁷ De commentaar bij de 1994 versie van de Unidroit Principles stelde dat een verandering van 50% waarschijnlijk fundamenteel zou zijn²²⁸, een opmerking die in de latere versies niet meer is hernomen. Onder het CISG vond het Hof van Cassatie zelfs een kostenstijging van 70% reeds voldoende, al wordt doorgaans een hogere stijging vooropgesteld voor de toepassing van artikel 79 CISG.²²⁹ Bij erfpachtovereenkomsten vereist de vaste rechtspraak van het Duitse *Bundesgerichtshof* een stijging van de kosten voor levensonderhoud van minstens 150%.²³⁰ HARKE verdedigt in het algemeen een overschrijding van de verhouding 1:2 als referentiewaarde.²³¹ In Nederland wordt door verschillende auteurs een prijsstijging van 50% voorgesteld.²³² SCHELHAAS en SPANJAARD lijken al met een 30%-stijging voldoende te nemen.²³³ Nederlandse rechtbanken aanvaardden de toepassing van artikel 6:258 NBW bij een prijsstijging van 400%-600%²³⁴ en een vertienvoudiging van de prijzen.²³⁵ In de eerste zaak in Frankrijk waar aan de vereisten van artikel 1195 CC was voldaan, waren de gasprijzen met 316%, de elektriciteitsprijzen met 381% en de prijzen voor houtverpakking met 192% gestegen.²³⁶ Op basis van een rechtsvergelijkend overzicht hanteert BRUNNER een stijging van 80%-100% (exclusief winstmarge).²³⁷ SCHWENZER stelt voor de internationale handel een stijging van 150%-200% voor.²³⁸

84. SCHADEBEPERKINGSPLICHT – Maar zelfs ingeval de schuldenaar wordt geconfronteerd met een onvoorziene verzwarende van zijn prestatie, betekent dat niet automatisch dat artikel 5.74 BW kan worden toegepast. In beginsel rust op een schuldenaar, o.a. in het licht van de aard en de strekking van de overeenkomst, de verplichting om redelijke stappen te ondernemen om zich tegen dreigende verzwarenden in te dekken, zelfs wanneer het om buitengewone omstandigheden zou gaan. Een dergelijke verplichting kan men desgevallend op de artikelen 5.71 en 5.73 BW (aanvullende werking goede trouw en uitvoering te goeder trouw en verbod van rechtsmisbruik) baseren. Om die reden heeft het *Bundesgerichtshof*, ondanks de sterke prijsstijging in 1973, de aanpassing van een overeenkomst voor de levering van olie afgewezen, omdat de leverancier vroegtijdig kennis had van de factoren die de prijs zouden beïnvloeden, zodat hij zich nog tijdig zijn voorraden had kunnen aanvullen.²³⁹

224. S. MARTENS, “§ 313 BGB” in *Beck Grosskommentar* 2016, nr. 208.

225. Duitsland: RG 10 december 1920, *RGZ* 101, 79 (verkoper van wagen in 1915 dient in 1920 niet te leveren, aangezien de herstellingskosten 15 maal gestegen zijn).

226. Rb. Rotterdam 13 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:8502. Zie ook: Rb. Midden-Nederland 14 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1105.

227. M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Brussel, Intersentia, 2017, 106, nr. 102.

228. UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 1994, 147, “Whether an alteration is ‘fundamental’ in a given case will of course depend upon the circumstances. If, however, the performances are capable of precise measurement in monetary terms, an alteration amounting to 50% or more of the cost or the value of the performance is likely to amount to a ‘fundamental’ alteration.”

229. OLG Hamburg 28 februari 1997, <https://www.unilex.info/cisg/case/291> (verdrievoudiging van de grondstofprijs onvoldoende, gelet op het speculatief karakter).

230. BGH 18 november 2011, *NJW* 2012, 526.

231. J. HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, Berlin, Springer, 2010, 95, nr. 101.

232. M. PELETIER, “Crisis en contract”, *Contracteren* 2009, (49) 51; J. VAN DUNNÉ, “Aanpassing van de overeenkomst bij onvoorziene omstandigheden: een kwestie van uitleg?”, *Contracteren* 2011, (111) 120.

233. H. SCHELHAAS en J. SPANJAARD, “Contract en coronacrisis”, *NJB* 2020, (956) 959.

234. Rb. Zwolle-Lelystad 10 september 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:2180. In die zaak oordeelde de rechtbank verder dat “eerst gesproken wordt van een zodanig ernstige verstoring van de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties dat het evenwicht tussen de wederzijdse prestaties geheel is verbroken, als de prijsstijging 125 % of meer bedraagt dan de op 18 februari 2011 overeengekomen prijs”.

235. Rb. Rotterdam 13 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:8502.

236. Trib. comm. Parijs 14 december 2022, nr. 2022033136, *D* 2023, 5.

237. C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, 431-432.

238. I. SCHWENZER, “Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts”, *Vict. U. Wellington L. Rev.* 2008 (709) 717

239. BGH 8 februari 1978, *JZ* 1978, 235.



(2) Vermindering waarde tegenprestatie

85. VERSTORING WAARDEVERHOUDING – Een tweede toepassingsgeval van artikel 5.74 BW bestaat erin dat de verandering van omstandigheden zorgt voor een belangrijke vermindering van de waarde van de tegenprestatie die de schuldenaar (in een wederkerige overeenkomst) ontvangt. Met andere woorden leidt de verandering van omstandigheden ertoe dat het initiële evenwicht tussen de wederkerige verbintenissen wordt verstoord. Artikel 5.74 BW zal toepassing vinden, indien daardoor het risico dat een partij normalerwijze dient te dragen, wordt overschreden. Dat zal uiteraard niet vaak het geval zijn.²⁴⁰

86. TERUGHOUDENDHEID – Men kan verwachten dat de rechtspraak, net zoals in andere rechtsstelsels, terughoudend zal zijn om in de overeenkomst in te grijpen. Die terughoudendheid is terecht, aangezien het zelfs maar de vraag is of de wederkerige prestaties door de partijen zelf als gelijkwaardig worden beschouwd. In principe zal een partij de waarde van de verwachte tegenprestatie hoger inschatten dan van haar eigen prestatie, anders zou de overeenkomst allicht niet zijn gesloten. De overeenkomst vormt slechts het resultaat van de onderhandelingen van de partijen en bepaalt de contractuele waarde van de prestaties, niet de (objectieve of subjectieve) gelijkwaardigheid van de prestaties. Het evenwicht tussen de prestaties is dus een zaak van privaatautonomie (*“stat pro ratione voluntas”*): *“qui dit contractuel, dit juste”*. Doordat de partijen de contractuele waarde van de prestaties aan elkaar vastgeklikt hebben, is een eventuele wijziging van de objectieve marktwaarde van de prestaties in beginsel irrelevant.²⁴¹ Zo werd geoordeeld dat de koper een koopovereenkomst van een personenwagen niet kon ontbinden, omdat de voortverkoopwaarde van de wagen door de insolventie van de producent was verminderd.²⁴² Hetzelfde geldt in beginsel, wanneer een nieuw model op de markt komt, waardoor de waarde van het oude model vermindert.²⁴³

87. LACUNE – Bijgevolg kan artikel 5.74 BW slechts toepassing vinden wanneer de waarde van de tegenprestatie daalt als gevolg van een risico dat de contractuele risicotoewijzing overstijgt. Slechts wanneer er dus een lacune in de overeenkomst is, dient de getroffen partij die verstoring niet te dragen. Die lacune kan worden opgevuld door een aanpassing of beëindiging van de overeenkomst. De overeenkomst moet worden beëindigd, indien de partijen de overeenkomst niet hadden gesloten, wanneer ze kennis van de verandering van omstandigheden zouden hebben gehad. Slechts wanneer de partijen de overeenkomst zelfs in het vooruitzicht van de verstoring hadden gesloten, kan de overeenkomst worden aangepast.²⁴⁴

88. TOEPASSINGEN – De gevallen waarin de waarde van de tegenprestatie kan verminderen, zijn uiteenlopend. Men kan denken aan geldontwaarding, de inwerkingtreding van bepaalde nieuwe wetgeving²⁴⁵, of een economische crisis. In het kader van de maatregelen tegen de COVID-19-pandemie oordeelde de Hoge Raad dat *“kan aangenomen worden dat de waarde van het gebruiksrecht van het gehuurde zo sterk is verminderd dat de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties van de verhuurder en de huurder in ernstige mate is verstoord”*.²⁴⁶ In een bijzonder geval waar een producent vijf dure en moeilijk verkoopbare toestellen aan een concessienemer verkoopt en kort nadien een nieuw model op de markt brengt, waardoor de verkoopwaarde sterk vermindert, werd de ontbinding van die koop toegelaten.²⁴⁷ Een prijsdaling van oud papier met 170% werd in de Nederlandse rechtspraak voldoende geacht om een beroep op artikel 6:258 NBW te schragen²⁴⁸, terwijl een stijging van elektriciteit met 400% *in casu* niet

240. P. BAKKER, “Art. 6:260 BW” in *Groene Serie* 2022, nr. 9.1; T. PFEIFFER, “§ 313 BGB” in *JurisPK-BGB* 2023, nr. 56; R. SCHWARZE, *Das Recht der Leistungsstörungen*, Berlin, De Gruyter, 2022, 156, nr. 21.

241. S. MARTENS, “§ 313 BGB” in *Beck Grosskommentar* 2016, nrs. 204-206.

242. LG Düsseldorf 27 juni 1962, MDR 1963, 46.

243. T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 204.

244. S. MARTENS, “§ 313 BGB” in *Beck Grosskommentar* 2016, nr. 207.

245. Amsterdam 12 maart 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ5610. *In casu* bepaalde een koopovereenkomst dat alle kosten van de overdracht (inclusief de overdrachtsbelasting) voor rekening van de koper waren. Tussen de koop en de overdracht wordt de overdrachtsbelasting verlaagd van 6% naar 2%, zodat het voordeel volgens het hof met de verkopers moet worden gedeeld. De toepassing van art. 6:258 NBW werd evenwel geweigerd in een geval van een wijziging inzake de btw-heffing over tabakswaaren: ‘s-Hertogenbosch 26 juli 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3233.

246. HR 24 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:902.

247. BGH 12 april 1960, BeckRS 1960, 31190736.

248. Rb. Roermond 1 juli 1993, KG 1993/317.



werd aanvaard.²⁴⁹ Een aanpassing werd aangenomen, wanneer na bijna 100 jaar de vergoedingsregeling voor de opvoering van de opera Salomé niet langer de waarde ervan vertegenwoordigde.²⁵⁰ Verder kan na het beëindigen van een schorsing door tijdelijke onmogelijkheid (cf. art. 5.102 BW) de waardeverhouding dusdanig ernstig verstoord zijn, dat artikel 5.74 BW toepassing zou kunnen vinden.²⁵¹

89. INFLATIE – Een belangrijke categorie van gevallen waar de waarde van de tegenprestatie vermindert, vormt inflatie. In beginsel valt inflatie binnen de risicosfeer van de schuldeiser, zodat artikel 5.74 BW in beginsel geen toepassing zal vinden op normale inflatie. Bovendien is inflatie – zeker vandaag – een gekend risico. Bijgevolg zal een door inflatie veroorzaakte verstoring van het evenwicht slechts uitzonderlijk tot de toepassing van artikel 5.74 BW kunnen leiden. Dat is het geval wanneer het in de overeenkomst overgenomen risico is overschreden en het bijgevolg onredelijk is om de benadeelde partij aan een ongewijzigde overeenkomst vast te houden. In de parlementaire voorbereiding van het NBW wordt een voorbeeld gegeven waar een toegekend pensioen na 20 jaar met ruim 40% in waarde is verminderd.²⁵²

(3) Verstoring van het doel van de prestatie

90. DOELVERSTORING? – Een situatie die doorgaans ook in verband wordt gebracht met een verandering van omstandigheden is deze waarin die omstandigheden leiden tot een verstoring van het doel van de prestatie. De vraag rijst of dergelijke situaties *überhaupt* gevisieerd worden door artikel 5.74 BW. VAN ZUYLEN argumenteert overtuigend dat dat inderdaad het geval is, onder andere aangezien men daarin een situatie zou kunnen zien waarbij “de waarde van de tegenprestatie is verminderd”.²⁵³ Ook de COVID-19-rechtspraak van de Hoge Raad behandelde een doelverstoring als een dergelijk geval.²⁵⁴

91. RECHTSVERGELIJKING – Ook in Duitsland en Nederland, waar de formulering van de wet weliswaar ruimer is dan van artikel 5.74 BW, aanvaardt men die toepassing²⁵⁵, alsook onder de Unidroit Principles, terwijl de Franse rechtsleer die afwijst.²⁵⁶ Daarnaast kan men, in navolging van VAN ZUYLEN, artikel 5.74 BW beschouwen als een mogelijk alternatief voor het verguisde verval door het wegvallen van de oorzaak.²⁵⁷ De strenge toepassingsvereisten zouden ervoor moeten zorgen dat artikel 5.74 BW niet al te snel zal worden toegepast op dergelijke gevallen, zodat de bindende kracht van de overeenkomst niet wordt ondermijnd.²⁵⁸

92. UITZONDERLIJK – Zoals gezien, draagt iedere partij in beginsel immers het risico dat de verwachte prestatie een nut voor haar zal hebben. Een wederkerige overeenkomst ziet doorgaans op een definitieve uitwisseling van prestaties, zodat het niet de zaak van de schuldenaar is of zijn prestatie ook nuttig is voor de schuldeiser. Omgekeerd kan ook de schuldenaar immers zijn prestatie niet terugverlangen, wanneer hij die naderhand zou beklagen.²⁵⁹ Het feit dat de schuldenaar kennis had van het doel van de prestatie

249. Rb. 's-Hertogenbosch 28 oktober 2009, NJF 2010, 20: “Dat na het sluiten van de koopovereenkomst de marktprijs kan stijgen, behoort tot de algemeen aanvaarde risico's die bij de rol van verkoper horen. Dit geldt ook indien de stijgingen onvoorzien groot zijn. Anders dan in de stellingen van de exploitanten ligt besloten gaan de gevolgen van die prijsstijgingen het in de overeenkomst verdisconteerde prijsrisico niet te buiten. De enkele omstandigheid dat Essent c.s. eenzijdig van de prijsstijgingen profiteert, is daarvoor onvoldoende. Dit zou anders kunnen zijn indien de exploitanten hun installaties niet meer rendabel zouden kunnen exploiteren. Gesteld noch gebleken is echter dat die situatie zich hier voordoet.”

250. BGH 31 mei 1990, NJW 1991, 1478.

251. Zie voor Nederland: P. BAKKER, “Art. 6:260 BW” in *Groene Serie* 2022, nr. 9.2.1.

252. C. VAN ZEBEN en J. DU PON, *Boek 6 Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht in Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer, Kluwer, 1981, 977.

253. J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 291-294, nr. 11. Zie ook: L. CORNET, “Changement de circonstances, force majeure et abus de droit: comment faire bon ménage à trois”, *TBBR* 2023, (126) 129, nr. 6; D. PHILIPPE, “L'introduction de l'imprévision en droit belge” in B. KOHL en P. WÉRY (eds.), *Le nouveau droit des obligations*, Luik, CUP, 2022, (217) 248-249. Contra: P.A. FORIERS, “Force majeure et imprévision” in T. DERVAL et al. (ed.), *La réforme du droit des obligations*, Brussel, Larcier, 2023, (329) 348-349, nr. 26. Voor een overzicht van de argumenten *pro* en *contra*: J. VAN ZUYLEN, “L'impossibilité d'exercer un droit. Pour une évolution du droit belge de la force majeure à la lumière des droits français et néerlandais”, *ERPL* 2023, (93) 151-154.

254. HR 24 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:902.

255. T. PFEIFFER, “§ 313 BGB” in *JurisPK-BGB* 2023, nr. 61.

256. O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 448. In tegenstelling tot art. 1195 CC, verwijst art. 5.74 BW wel naar de situatie waarbij “de waarde van de tegenprestatie is verminderd”.

257. De memorie van toelichting bij art. 5.112 BW (wetsvoorstel houdende boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, 141) geeft nog andere voorbeelden “zoals de dwaling over de oorzaak (artikel 5.54), het verbod op rechtsmisbruik (artikel 5.73 en artikel 1.10 van het ontwerp van Boek 1) of de uitdrukkelijke of stilzwijgende ontbindende voorwaarde (artikel 5.142)”.

258. J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 306, nr. 21.

259. T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 254; S. MARTENS, “§ 313 BGB” in *Beck Grosskommentar* 2016, nr. 213; R. SCHWARZE, *Das Recht der Leistungsstörungen*, Berlin, De Gruyter, 2022, 154, nr. 17.



voor de schuldeiser of bijvoorbeeld in een overweging in de overeenkomst is vermeld, verandert daaraan niets.²⁶⁰

93. UITZONDERINGEN – Een afwijkende risicotoewijzing kan slechts in uitzonderlijke omstandigheden worden aangenomen. Dat kan ten eerste het geval zijn, wanneer de presterende partij een enge verhouding tot de doelstelling van de wederpartij heeft, bijvoorbeeld doordat die doelstelling als gemeenschappelijke basis voor de overeenkomst geldt. Het schoolvoorbeeld vormen de befaamde *coronation cases*²⁶¹, al had VON JHERING dat concrete probleem reeds vroeger beschreven.²⁶² Die hadden betrekking op de huur (tegen een stevige vergoeding) van een balkon op de dag van kroning van Edward VII, die uiteindelijk werd uitgesteld.²⁶³ Ten tweede is dat denkbaar, wanneer de partij zelf ook deelneemt aan die doelstelling, bijvoorbeeld door een deelname in de te verwachten winst van de schuldeiser²⁶⁴ of wanneer de waarde van de tegenprestatie omwille van die doelstelling bijzonder afwijkt van de normale marktwaarde ervan.²⁶⁵ Ten derde is een beroep op artikel 5.74 BW denkbaar in geval van crisissen en overheidsmaatregelen, zoals bijvoorbeeld bij een *lock-down* of andere beperkingen die tijdens de COVID-19-crisis werden opgelegd.²⁶⁶ In de rechtspraak van het BGH daarover wordt uitvoerig uiteengezet waarom een afwijking op de normale risicotoewijzing aan de orde was.²⁶⁷ Ten vierde kan men denken aan gevallen waar er een enge verbinding bestaat tussen verschillende overeenkomsten en één ervan wegvalt.²⁶⁸

94. VERHOUDING MET OVERMACHT – In de mate dat een dergelijke doelstelling tot inhoud van de overeenkomst en tot voorwerp van de verbintenis wordt verheven, lijkt het niet uitgesloten dat er een geval van overmacht voorligt, wanneer die doelstelling wordt verstoord. In de Duitse rechtsleer wordt in dat kader een onderscheid gemaakt tussen het verdwijnen²⁶⁹ of bereiken²⁷⁰ van de doelstelling (*“Zweckfortfall”* en *“Zweckerreichung”*), in welk er sprake van overmacht (i.c. § 275, eerste lid BGB) zou zijn²⁷¹, en de verstoring van de doelstelling (*“Zweckstörung”*) waarop § 313 BGB van toepassing is. Inderdaad, wanneer de doelstelling van de overeenkomst volledig wegvalt, ligt een ontbinding wegens overmacht voor de hand en zal een aanpassing ongeschikt zijn. VAN ZUYLEN wijst er wel op dat een beroep op artikel 5.74 BW ook voor dergelijke gevallen nuttig zou kunnen zijn, omwille van de flexibiliteit wat de rechtsgevolgen betreft.²⁷² Wanneer het “louter” gaat om een verstoring, kan een aanpassing van de overeenkomst eerder aangewezen zijn.²⁷³

260. M. DE POTTER DE TEN BROECK, “Een pandemie als overmacht, overmacht als een pandemie?”, *TBH* 2020, (248) 264; T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 255.

261. Krell / Henry [1903] 2 KB 740.

262. R. VON JHERING, *Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen zu akademischen Zwecken*, I, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1847, 120, LXX, m.b.t. de huur van kamers voor de intocht van de koning van Pruisen gepland op 15 september en uitgesteld naar 17 september.

263. M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Brussel, Intersentia, 2017, 99-101, nr. 98; H. RÖSLER, “Grundfälle zur Störung der Geschäftsgrundlage”, *JuS* 2004, (1058) 1062.

264. Een in Duitsland vaak geciteerde zaak betreft bierleveringen aan Iran (BGH 8 februari 1984, *NJW* 1984, 1746). In die zaak hadden een Duitse brouwerij en een Iraanse importeur in november 1978 een dading gesloten m.b.t. verborgen gebreken. De bedoeling van de dading was om de importeur schadeloos te stellen d.m.v. de behaalde winst bij de import. Na de Iraanse revolutie in 1979 werd de handel van alcohol in Iran verboden: “Nur im Wege künftiger Zusammenarbeit ließ sich vielmehr der beabsichtigte wirtschaftliche Zweck des Vergleichs, den der Kl. entstandenen Schaden auszugleichen, verwirklichen.”

265. T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 257; R. SCHWARZE, *Das Recht der Leistungsstörungen*, Berlin, De Gruyter, 2022, 155, nr. 19.

266. In Duitsland werd tijdelijk een artikel 240 EBGB ingevoerd (van toepassing tussen 1 januari 2021 en 30 september 2022), waarvan § 7 voor de huur van onroerende goederen die door overheidsmaatregelen inzake COVID-19 niet of slechts zeer beperkt bruikbaar waren, een vermoeden instelde dat dat een omstandigheid in de zin van § 313 BGB uitmaakte.

267. BGH 12 januari 2022, *NJW* 2022, 1370: “Im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter trägt grundsätzlich der Mieter das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache. Dazu gehört bei der gewerblichen Miete vor allem die Chance, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können. (...) Beruht die enttäuschte Gewinnerwartung des Mieters jedoch auf einer hoheitlichen Maßnahme zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie wie einer Betriebsschließung für einen gewissen Zeitraum, geht dies über das gewöhnliche Verwendungsrisiko des Mieters hinaus. Die wirtschaftlichen Nachteile, die ein gewerblicher Mieter aufgrund einer pandemiebedingten Betriebsschließung erlitten hat, beruhen nicht auf unternehmerischen Entscheidungen oder der enttäuschten Vorstellung, in den Mieträumen ein Geschäft betreiben zu können, mit dem Gewinne erwirtschaftet werden. Sie sind vielmehr Folge der umfangreichen staatlichen Eingriffe in das wirtschaftliche und gesellschaftliche Leben zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie, für die keine der beiden Mietvertragsparteien verantwortlich gemacht werden kann.”

268. Dergelijke gevallen zou men desgevallend ook op grond van art. 5.142, tweede lid, 2° BW (de stilzwijgende ontbindende voorwaarde) kunnen subsumeren.

269. Bv. het te restaureren schilderij gaat op in rook.

270. Bv. de auto start terug, alvorens de pechverhelpingsdienst aankomt.

271. Wanneer men erkent dat het voorwerp van de verbintenis (art. 5.46 BW) een subjectieve dimensie heeft en men het dus beschouwt in het licht van de “gemeenschappelijke bedoeling [die] de contractpartijen hebben gehad” (art. 5.64 BW), kan men die doctrine ook in het Belgische overmachtsbegrip opnemen: R. JAFFERALI, “Prendre la caducité par disparition de l’objet au sérieux” in *Le droit commun des contrats*, Brussel, Bruylant, 2016, (129) 165, nr. 16; J. VAN ZUYLEN, “L’impossibilité d’exercer un droit. Pour une évolution du droit belge de la force majeure à la lumière des droits français et néerlandais”, *ERPL* 2023, (93) 123, nr. 18.

272. J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 295-296, nr. 12.

273. T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 258.



b) Eisen uitvoering onredelijk

95. REDELIJKHEIDSTOETS – Artikel 5.74, tweede lid, 1° BW vereist dat de verandering van omstandigheden ertoe leidt *“dat de uitvoering ervan redelijkerwijze niet langer kan worden geëist”*. Om dat na te gaan is een normatieve beoordeling vereist. Bij die beoordeling moet met name rekening gehouden worden met alle omstandigheden van het geval, zoals de aard van de overeenkomst en de verandering van omstandigheden, en met name met de belangen van de betrokken partijen (en niet alleen de benadeelde partij) en de risicoverdeling.²⁷⁴ Zo werd ook in de huurzaken m.b.t. de gevolgen van de maatregelen ter bestrijding van de COVID-19-maatregelen uitdrukkelijk de belangen van de verhuurder (en o.a. diens kredietverplichtingen) in rekening gebracht.²⁷⁵

96. RECHTSVERGELIJKING – In het Duitse en Nederlandse recht geldt er ook een uitdrukkelijke redelijkheidstoets. Volgens § 313, eerste lid BGB kan de aanpassing van de overeenkomst worden verlangd, *“soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann”*. Artikel 6:258, eerste lid NBW vereist op zijn beurt dat de onvoorziene omstandigheden *“van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten”*.

97. UITGANGSPUNT: BINDENDE KRACHT – Zoals ook in artikel 5.74, eerste lid BW tot uiting komt, geldt als uitgangspunt de bindende kracht van de overeenkomst. In beginsel is het namelijk niet onredelijk om een partij aan zijn verbintenissen te houden, zelfs wanneer de omstandigheden zijn veranderd.²⁷⁶ Iedere partij draagt immers het risico dat de omstandigheden in haar nadeel veranderen. Van dat uitgangspunt wordt afgeweken, wanneer uit een normatieve beoordeling blijkt dat de verandering van omstandigheden de contractuele risicoverdeling overschrijdt en de overeenkomst dus een (risico)lacune bevat.

4. Onvoorzienbaarheid

98. INLEIDING – Artikel 5.74, tweede lid, 2° BW veronderstelt dat de *“verandering onvoorzienbaar was bij de contractsluiting”*. Het opnemen van die voorwaarde zou enigszins kunnen verbazen, aangezien bij overmacht het vereiste van de onvoorzienbaarheid is verlaten, en nog slechts als een aanwijzing geldt.²⁷⁷ De vraag rijst bijgevolg naar de precieze betekenis van dit vereiste.

99. VOORZIEN(BAAR) – Door het gebruik van de term *“onvoorzienbaar”* in plaats van *“onvoorzien”* lijkt het niet te volstaan dat de partijen bij de contractsluiting de verandering van omstandigheden niet feitelijk hebben voorzien, maar dat het voor hen zelfs voorzienbaar was. De vraag rijst evenwel of die keuze van de wetgever gelukkig is, zeker wanneer men inzielt dat het criterium van *“onvoorzienbaar”* of *“onvoorzien”* weinig zelfstandige betekenis heeft en louter bijdraagt tot het vaststellen van de risicoverdeling tussen de partijen.²⁷⁸ In zijn proefschrift verdedigde DE POTTER reeds dat *“het al dan niet voorzienbare karakter van de wijziging van omstandigheden van een voorheen afzonderlijke klassieke toepassingsvoorwaarde is teruggebracht tot één van de elementen die onder omstandigheden het risico van de wijziging van omstandigheden kunnen verdelen”*.²⁷⁹

274. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 907, nr. 1250; L. CORNET, “Changement de circonstances, force majeure et abus de droit: comment faire bon ménage à trois”, *TBBR* 2023, (126) 129, nr. 5. Zie ook: S. LORENZ, “§ 313 BGB” in *BeckOK BGB* 2023, nr. 32.

275. Rb. Antwerpen 15 november 2021, *RW* 2021-22, 1319, noot J. DEL CORRAL, *Huur* 2023, 41, *RABG* 2022, 100, *TBH* 2021, 2044: *“geïntimeerde enerzijds huurinkomsten dient te verwerven gelet op haar verplichtingen ten aanzien van investeerders en kredietverstrekkers en anderzijds het risico loopt, gelet op de concrete aard van een winkelcentrum, gelijktijdig te worden geconfronteerd met talrijke huurders die (minstens tijdelijk) niet meer in staat zijn hun verplichtingen na te komen”*. Zie ook in Duitsland: BGH 12 januari 2022, *NJW* 2022, 1370: *“Schließlich sind bei der gebotenen Abwägung auch die Interessen des Vermieters in den Blick zu nehmen.”*

276. T. PFEIFFER, “§ 313 BGB” in *JurisPK-BGB* 2023, nr. 65.

277. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 909, nr. 1254; J. RENIERS, “De impact van systeemcrisis op contractuele verhoudingen - Failliet van klassiek contractmodel en nieuwe perspectieven” in E. STEEN (ed.), *Bedrijfsjuristen en bedrijfsverantwoordelijkheid*, Brussel, Larcier, 2023, (31) 37.

278. Zie naar Duits recht: S. MARTENS, “§ 313 BGB” in *Beck Grosskommentar* 2016, nr. 105: *“Das Kriterium der Voraussehbarkeit hat neben der Risikoverteilung für 313 also keine eigenständige Bedeutung.”*

279. M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Brussel, Intersentia, 2017, 231, nr. 231.



100. RISICO VERDISCONTEERD? – Van belang is eigenlijk niet zozeer of een bepaalde verandering van omstandigheden objectief voorzienbaar was, maar wel of de partijen het betrokken risico hebben toebedeeld of (in de woorden van de Nederlandse rechtspraak en rechtsleer) hebben “verdisconteerd” of voorzien.²⁸⁰ Uiteindelijk is het praktische verschil tussen beide concepten evenwel beperkt. Wanneer een bepaalde verandering van omstandigheden bij de contractsluiting voor een partij immers voorzienbaar is en die de overeenkomst niettemin (d.i. zonder bijzondere maatregelen m.b.t. dat risico) sluit, dan kan men er in beginsel van uitgaan dat die partij het risico voor die verandering van omstandigheden op zich heeft genomen.²⁸¹ Bijgevolg kan die partij zich dan nadien niet op artikel 5.74 BW beroepen, wanneer die verandering zich voordoet. Meestal zal het dus geen verschil uitmaken of men onvoorzien of onvoorzienbaar als vereiste vooropstelt.²⁸²

101. UITZONDERINGEN – Op het uitgangspunt van de onvoorzienbaarheid moet men echter enkele uitzonderingen aanvaarden, zodat artikel 5.74 BW niettemin van toepassing kan zijn in gevallen waar een verandering van omstandigheden niet objectief onvoorzienbaar was.²⁸³ Dat kan het geval zijn, wanneer de partijen er onterecht van uit zijn gegaan dat het risico zich niet zou realiseren of het hebben onderschat (bv. op basis van “over-optimism” of “confirmation bias”)²⁸⁴, of het (materieel) niet mogelijk was om voorzorgen te nemen.²⁸⁵ De Belgische auteurs die de onvoorzienbaarheid onderschrijven, lijken dergelijke uitzonderingen eveneens te aanvaarden, onder meer aangezien de onvoorzienbaarheid redelijk moet worden ingevuld.²⁸⁶

102. NUTTIGE HANDVATTEN – Op basis van een rechtsvergelijkend onderzoek verschaft DE POTTER in zijn proefschrift enkele nuttige handvatten bij de beoordeling of een schuldenaar inderdaad het risico op zich heeft genomen van een verandering van omstandigheden die voorzienbaar waren. Zo zou een schuldenaar slechts het risico op zich hebben genomen, wanneer die verandering een “reële mogelijkheid” en niet louter als een normaal voorzienbaar beschouwd kon worden. Verder zou de schuldenaar het risico slechts moeten dragen van een verandering van omstandigheden die hij “met enig detail” kon voorzien wat haar omvang en gevolgen betreft.²⁸⁷ Dergelijke handvatten kunnen worden meegenomen in de concretisering van de redelijke invulling van de voorzienbaarheid.

103. REDELIJKE INVULLING – In ieder geval moet het begrip “onvoorzienbaar” op een redelijke wijze worden geïnterpreteerd, i.e. in het licht van wat voorzienbaar was voor een voorzichtig en redelijk persoon in

280. J. HUMA, C. VAN DAM, W. VAN SCHENDEL en W. VALK, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2022, 321, nr. 287; C. SIEBURGH, *Asser 6-III Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer, Kluwer, 2018, nr. 439. Zie ook naar Duits recht: BGH 28 september 1990, NJW 1991, 830: “Zu Unrecht meint das BerGer. aber, daß voraussehbare Entwicklungen Ansprüche wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage ausschlossen. Entscheidend ist vielmehr, ob das Risiko des Wegfalls bewußt in Kauf genommen worden ist.” en BGH 12 januari 2022, NJW 2022, 1370: “Unstreitig hatte keine der Parteien bei Abschluss des Mietvertrags im Jahr 2013 die Vorstellung, während der vereinbarten Mietzeit werde es zu einer Pandemie und damit verbundenen erheblichen hoheitlichen Eingriffen in den Geschäftsbetrieb der Bkl. kommen, durch die die beabsichtigte Nutzung der Mieträume eingeschränkt wird.”; W. FIKENTSCHER en A. HEINEMANN, *Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, Berlin, de Gruyter, 2022, 152, nr. 232: “Zu weit geht es allerdings, die Anwendung der Regeln über die Geschäftsgrundlage bereits dann abzulehnen, wenn die Änderung der Umstände vorhersehbar war.”

281. R. BAETE, “Financiële overmacht: Een onderzoek naar de invulling van de overmachtsfiguur bij verbintenissen tot betaling van een geldsom”, *TPR 2020*, (17) 57, nr. 41; M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Brussel, Intersentia, 2017, 206, nr. 205 en 221, nr. 220. Zie elders: T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar 2022*, nr. 74; J. HUMA, C. VAN DAM, W. VAN SCHENDEL en W. VALK, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2022, 321-322, nr. 287; S. MARTENS, “§ 313 BGB” in *Beck Grosskommentar 2016*, nr. 104; R. SCHWARZE, *Das Recht der Leistungsstörungen*, Berlin, de Gruyter, 2022, 101, nr. 21; M. STÜRNER, “Faktische Unmöglichkeit (§ 275 II BGB) und Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) – unmöglich abzugrenzen?”, *JURA 2020*, (721) 724. Zie ook: T. PFEIFFER, “§ 313 BGB” in *JurisPK-BGB 2023*, nr. 73: “Zwar schließt der Umstand, dass die Parteien eine bestimmte spätere Entwicklung vorausgesehen haben oder voraussehen konnten, die Anwendung des § 313 BGB nicht schlechthin aus. Bei einer voraussehbaren Änderung der Verhältnisse wird ein Festhalten am Vertrag aber meist zumutbar sein, zumal wenn die Partei infolge der Voraussehbarkeit Vorkehrungen für eine Änderung hätte treffen können.”

282. J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 301-302, nr. 17. Zie naar Nederlands recht: C. SIEBURGH, *Asser 6-III Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer, Kluwer, 2018, nr. 441; M. SNEL, “Coronacrisis als onvoorziene omstandigheid in het overeenkomstenrecht”, *WPNR 2020*, (763) 764.

283. M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Brussel, Intersentia, 2017, 200, nr. 200. Het was precies om dergelijke uitzonderingen die in de rechtspraak waren aanvaard niet in gevaar te brengen, dat de Duitse wetgever de “onvoorzienbaarheid” uitdrukkelijk niet als toepassingsvereiste in § 313 BGB heeft opgenomen (Drs 14/6040, 175-176).

284. M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Brussel, Intersentia, 2017, 200, nr. 200. Zie voor een toepassing: BGH 28 september 1990, NJW 1991, 830.

285. W. FIKENTSCHER en A. HEINEMANN, *Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, Berlin, de Gruyter, 2022, 152, nr. 232: “Zu weit geht es allerdings, die Anwendung der Regeln über die Geschäftsgrundlage bereits dann abzulehnen, wenn die Änderung der Umstände vorhersehbar war.”; S. LORENZ, “§ 313 BGB” in *BeckOK BGB 2023*, nr. 25. Zo was het in de eindfase van WO II onmogelijk om de voorzienbare Duitse nederlaag te thematiseren, zie: BGH 23 mei 1951, NJW 1951, 602. Transactiekosten kunnen ook verhinderen dat een bepaalde verandering van omstandigheden in de overeenkomst wordt verdisconteerd: M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Brussel, Intersentia, 2017, 201, nr. 200; J. RENIERS, “De impact van systeemcrisisen op contractuele verhoudingen - Failliet van klassiek contractmodel en nieuwe perspectieven” in E. STEEN (ed.), *Bedrijfsjuristen en bedrijfsverantwoordelijkheid*, Brussel, Larcier, 2023, (31) 50.

286. D. PHILIPPE, “L’introduction de l’imprévision en droit belge” in B. KOHL en P. WÉRY (eds.), *Le nouveau droit des obligations*, Luik, CUP, 2022, (217) 237-238.

287. M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Brussel, Intersentia, 2017, 223-224, nr. 222.



dezelfde omstandigheden geplaatst.^{288,289} Dat betekent dat onder andere rekening moet worden gehouden met de hoedanigheid van de partijen (professioneel of consument)²⁹⁰, de aard en strekking van de overeenkomst, de (gangbare) gebruiken in die sector, andere relevante omstandigheden rondom de contractsluiting. Zo verwierp de rechtbank te Amsterdam een beroep op artikel 6:258 NBW in het kader van een aandelenoverdracht, aangezien “partijen de mogelijke gevolgen van de coronacrisis hebben besproken en zij hebben afgesproken geen material adverse change clause of een specifieke coronaclausule op te nemen in de SPA”.²⁹¹ De vraag rijst evenwel in hoeverre de onderhandelingsmacht relevant is bij die beoordeling. Wanneer het voor een (zwakkere) partij niet mogelijk was om effectief een invloed uit te oefenen op de inhoud van de overeenkomst (cf. art. 5:10 BW), bijvoorbeeld door het gebruik van algemene voorwaarden, dan kan de indicatieve waarde die uitgaat van het ontbreken van een contractuele regeling m.b.t. een bepaald objectief voorzienbaar risico eerder beperkt zijn en zou kunnen worden gergumenteed dat daaruit niet zomaar kan worden afgeleid dat die zwakkere partij dat risico op zich heeft genomen.²⁹²

104. INTENSITEIT – De onvoorzienbaarheid kan niet alleen betrekking hebben op de verandering van omstandigheden zelf, maar ook op de intensiteit ervan. Dat betekent dat ook een voorzienbare gebeurtenis, die evenwel van een onvoorzienbare intensiteit is, een beroep op artikel 5:74 BW mogelijk kan maken. Zo leert de ervaring dat een normale inflatie objectief voorzienbaar is, maar is een hyperinflatie dat in beginsel niet.²⁹³ De beoordeling van de onvoorzienbaarheid dient te gebeuren in het licht van alle relevante omstandigheden. Met name moet worden nagegaan of op het moment van de contractsluiting er een voldoende waarschijnlijkheid was dat de in het kader van artikel 5:74 BW ingeroepen omstandigheden zich op die concrete wijze zouden voordoen. Hoe waarschijnlijker het intreden van bepaalde omstandigheden was, hoe minder onvoorzienbaar die is.²⁹⁴

105. VOORZIENBAARHEID VAN DE CONCRETE GEBEURTENIS – Het spreekt voor zich dat hoe specifiek een gebeurtenis is, hoe minder voorzienbaar die is. Op een abstract niveau is uiteindelijk niets onvoorzienbaar voor het verbeeldingsvermogen van het menselijke brein.²⁹⁵ Wat voor de toepassing van artikel 5:74 BW evenwel relevant is, is de voorzienbaarheid van de concrete gebeurtenis die de uitvoering heeft verzaamd, en niet de abstracte categorie waartoe die gebeurtenis behoort.²⁹⁶ Zo was een epidemie, of zelfs een pandemie, veroorzaakt door een SARS-virus minstens sinds 2002 voorzienbaar²⁹⁷, maar waren de overheidsmaatregelen die vanaf maart 2020 werden genomen tegen de verspreiding van de COVID-19-pandemie dat niet.²⁹⁸ In het verleden werd bijvoorbeeld geoordeeld dat partijen weliswaar rekening hadden gehouden met een mogelijke prijsstijging (en die in de overeenkomst hadden verdisconteerd),

288. R. BAETE, “Financiële overmacht: Een onderzoek naar de invulling van de overmachtsfiguur bij verbintenissen tot betaling van een geldsom”, *TPR* 2020, (17) 56, nr. 40; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 909, nr. 1253; M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Brussel, Intersentia, 2017, 192, nr. 193; P.A. FORIERS, “Force majeure et imprévision” in T. DERVAL et al. (ed.), *La réforme du droit des obligations*, Brussel, Larcier, 2023, (329) 349-350, nr. 28; J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 30-303, nr. 18. Zie naar Frans recht: R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Parijs, Dalloz, 2022, 133, nr. 126; O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 445; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE en F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Dalloz, 2022, 740, nr. 639.

289. Dat criterium laat ook toe om de in het vorige randnummer vermelde uitzonderingen te aanvaarden.

290. Doorgaans zal voor een professioneel sneller oordelen dat een verandering van omstandigheden voorzienbaar was dan voor een consument. In een B2B-relatie zou diegene die actief is in een bepaalde sector ook sneller geacht kunnen worden een bepaalde ontwikkeling in die sector te hebben voorzien dan een onderneming die niet in die sector actief is.

291. Pres. Rb. Amsterdam 14 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2644.

292. M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Brussel, Intersentia, 2017, 222, nr. 224; J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 303, nr. 18. Zie verder: P. ULMER, “Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung - Zur Bedeutung staatlicher Lenkungsmaßnahmen für die vertragliche Geschäftsgrundlage”, *AcP* 1974, (167) 188-189.

293. T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 74; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE en F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Dalloz, 2022, 740, nr. 639.

294. J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 303-304, nr. 18. Zie ook: O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 446; S. MARTENS, “§ 313 BGB” in *Beck Grosskommentar* 2016, nr. 105.

295. R. BAETE, “Financiële overmacht: Een onderzoek naar de invulling van de overmachtsfiguur bij verbintenissen tot betaling van een geldsom”, *TPR* 2020, (17) 56, nr. 40; M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Brussel, Intersentia, 2017, 192, nr. 192; W. VAN BOOM, “Coronaprivaatrecht 2020-2021”, *RM Themis* 2021, (128) 132.

296. Zie naar Frans recht: O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 445.

297. Zie: N. MAHROUM et al., “The COVID-19 pandemic – How many times were we warned before?”, *European Journal of Internal Medicine* 2022, (8) 8: “A review of the medical literature long before the current pandemic of COVID-19 showed that a pandemic could emerge in the future caused by mutant members of the Coronaviridae, particularly those derived from bats.”

298. Zie MB 23 maart 2020 houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken, BS 23 maart 2020.



maar dat de ingetreden prijsstijging van 600% “naar het oordeel van de voorzieningenrechter de in de overeenkomst verdisconteerde risicoverdeling te buiten” gaat.²⁹⁹

106. TIJDSTIP BEOORDELING – Zoals artikel 5.76, tweede lid, § 2 BW duidelijk maakt, wordt de voorzienbaarheid in principe beoordeeld op het moment van de contractsluiting. Op dat moment wordt namelijk de risicoverdeling tussen de partijen vastgelegd. Wanneer een overeenkomst (art. 5.78 BW) of een verbintenis (art. 5.245) wordt vernieuwd, moet men zich richten naar het tijdstip van die vernieuwing. Bij de beoordeling van de (on)voorzienbaarheid dient de rechter zich evenwel te behoeden voor *hindsight bias* en moet hij abstractie maken van de gebeurtenissen en de evoluties die zich hebben voorgedaan nadat de contractpartijen de overeenkomst gesloten hebben.³⁰⁰

5. Ontoerekenbaar

107. INLEIDING – Volgens artikel 5.74, tweede lid, § 2 BW moet de ingeroepen verandering van omstandigheden “ontoerekenbaar in de zin van artikel 5.225 aan de schuldenaar” zijn. Artikel 5.225 BW leert dat een niet-nakoming slechts aan de schuldenaar toerekenbaar is, “indien hem een fout kan worden verweten of indien hij hiervoor krachtens de wet of een rechtshandeling moet instaan”. Dat de verandering van omstandigheden veroorzaakt wordt door de wederpartij van de getroffen partij vormt geen beletsel voor die getroffen partij om op artikel 5.74 BW een beroep te doen.³⁰¹

108. GEEN FOUT EN ER NIET VOOR INSTAAN – In de eerste plaats mag de verandering van de omstandigheden dus niet te wijten zijn aan de fout van de schuldenaar.³⁰² De fout wordt “beoordeeld volgens het criterium van een voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst”. Ten tweede bepalen artikel 5.229 en 5.230 BW dat een fout door zijn hulppersoon of het gebruik van een gebrekkig voorwerp aan de schuldenaar eveneens toerekenbaar zijn.

109. RISICOVERDELING – Opnieuw gaat het om een concretisering van het vereiste van de risicoverdeling. Wanneer de verandering van omstandigheden toerekenbaar is aan de schuldenaar, dan zal die in beginsel³⁰³ tot diens risicosfeer behoren. Bijgevolg heeft ook deze toepassingsvereiste weinig autonome betekenis, maar biedt het veeleer een aanwijzing of een bepaald risico tot de risicosfeer van een partij behoort. Bijgevolg kan men met SCHWARZE aannemen dat men de ontoerekenbaarheid eerder dient te beschouwen als een af te wegen uitsluitingsgrond, waarvan het gewicht beoordeeld wordt in het licht van de andere toepassingsvereisten. M.a.w., indien de schuldenaar de verandering van omstandigheden zelf heeft veroorzaakt, dan wordt het voor hem veel moeilijker om aan te tonen dat die verandering niet tot zijn risicosfeer behoort.³⁰⁴

110. RUIMERE TOEREKENBAARHEID? – De vraag rijst evenwel of het criterium van ontoerekenbaarheid in artikel 5.225 BW wel voldoende streng is voor de toepassing van artikel 5.74 BW. De vraag rijst immers of het niet voldoende is dat de verandering van omstandigheden veroorzaakt wordt door een vrijwillig zelfs niet-foutief handelen door de schuldenaar.³⁰⁵ Ook dan behoort de verandering van omstandigheden immers in principe tot zijn risicosfeer, aangezien die verzwaring dan willens en wetens is uitgelokt. In dergelijke omstandigheden zou men het beroep op artikel 5.74 BW desgevallend als rechtsmisbruik (*venire contra factum proprium*)³⁰⁶ kunnen afwijzen (art. 5.73, tweede lid, 2° en 1.10 BW). Zo verwierp het Bundesgerichtshof de vordering van een productiehuis, dat in plaats van een zes uur durende serie over het leven van Ernest Hemingway eenzijdig besloten had om een serie van acht uur te maken, om voor de

299. Rb. Zwolle-Lelystad 10 september 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:2180.

300. M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Brussel, Intersentia, 2017, 199, nr. 198.

301. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 910, nr. 1256.

302. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 910, nr. 1256. Zie verder: BGH 10 november 2004, NJW 2005, 359: “Selbst wenn die Wirksamkeit der Kaufverträge als Geschäftsgrundlage der Leasingverträge anzusehen sein sollte, führe deren Fehlen nicht zur Unwirksamkeit der Leasingverträge, weil FlowTex das Fehlen der Geschäftsgrundlage selbst schuldhaft herbeigeführt habe und deswegen nach Treu und Glauben daraus keine Rechte herleiten könne.”

303. Zie: BGH 11 november 2010, NJW-RR 2011, 916; BGH 4 mei 2016, NJW 2016, 3718.

304. R. SCHWARZE, *Das Recht der Leistungsstörungen*, Berlin, De Gruyter, 2022, 101, nr. 21.

305. S. LORENZ, “§ 313 BGB” in BeckOK BGB 2023, nr. 28.

306. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 106, nr. 104.



daaruit voortvloeiende meerkosten vergoed te worden.³⁰⁷ Verder werd in de Duitse rechtspraak bij een verhuis een opzeggingsrecht afgewezen voor internet³⁰⁸- en fitnessabonnementen³⁰⁹, aangezien het daarbij vrijwillige handelingen betrof.

111. MEERDERE OORZAKEN – Verder rijst de vraag wat geldt, wanneer de nieuwe omstandigheden tegelijk³¹⁰ veroorzaakt worden door een toerekenbare handeling van de schuldenaar en externe factoren. Aangezien artikel 5.74 BW uiteindelijk is gebaseerd op de contractuele risicoverdeling, lijkt het aangewezen om in een dergelijk geval een gedeeltelijk beroep op dat artikel te aanvaarden.³¹¹ Wanneer de productiekosten bijvoorbeeld stijgen van 100 tot 250, maar slechts 70 van die stijging zijn toe te schrijven aan onvoorzienbare omstandigheden en 80 door de fout van de producent, dan valt dat laatste deel van de stijging in zijn risicosfeer en zal de toepassing van artikel 5.74 BW beperkt zijn tot het risico van de overblijvende 70.

6. Wettelijke uitsluiting en aanvullend recht (?)

112. INLEIDING – Volgens artikel 5.74, derde lid, 5° BW kan de bepaling geen toepassing vinden indien de wet of het contract die mogelijkheid uitsluit.

113. WETTELIJKE UITSLUITING – Het spreekt natuurlijk voor zich dat artikel 5.74 BW niet kan worden toegepast, wanneer de wet dat zou uitsluiten.³¹² Een uitdrukkelijke uitsluiting komt voorlopig wellicht nog niet voor. Een uitsluiting kan evenwel ook impliciet gebeuren, met name wanneer bijzondere wetgeving reeds in een regeling inzake een verandering van omstandigheden voorziet³¹³: *“lex specialis derogat generali”*.³¹⁴ In dat geval zal, binnen haar toepassingsgebied, die bijzondere regeling in ieder geval kunnen worden toegepast, zonder dat men dient terug te grijpen naar de (inhoudelijke of procedurele) vereisten van artikel 5.74 BW.³¹⁵ Men kan er namelijk van uitgaan dat die bijzondere regeling gebaseerd is op een volgens de wetgever rechtvaardige belangenafweging. Die afweging door de wetgever zou worden verstoord door de toepassing van artikel 5.74 BW.³¹⁶ De meer heikele vraag is evenwel of artikel 5.74 BW *daarnaast* ook nog toepassing kan vinden (i.e. op gevallen die niet gevisieerd zijn door de bijzondere regeling). Op die vraag kan geen algemeen antwoord worden gegeven. Men moet namelijk voor iedere bijzondere bepaling nagaan of die een verandering van omstandigheden op afsluitende wijze heeft willen regelen. Is die regeling afsluitend³¹⁷, dan zal artikel 5.74 BW niet kunnen worden toegepast. Is die regeling daarentegen niet afsluitend, dan kan artikel 5.74 BW in principe wel nog toepassing vinden.

307. BGH 11 maart 1993, NJW-RR 1993, 880: “Es kann zwar davon ausgegangen werden, daß die Lieferung der achtstündigen Fassung das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zugunsten der Kl. verändert. Die Bkl. hat dies aber hinzunehmen, da sie einseitig, ohne sich mit der Kl. ins Benehmen zu setzen, von der ursprünglich gemeinsamen Vorstellung der Parteien von der Produktion einer sechsstündigen Serie abgewichen ist.”

308. BGH 11 november 2010, NJW-RR 2011, 916: “Insbesondere kann derjenige, der die entscheidende Änderung der Verhältnisse, wie hier den Umzug, selbst bewirkt hat, auf Grund dieser Änderung keine Rechte herleiten. (...) Umstände, die ausnahmsweise ein Abweichen von diesen Grundsätzen rechtfertigen könnten, bestehen aus den vorstehenden Gründen nicht.”

309. BGH 4 mei 2016, NJW 2016, 3718.

310. De situatie is anders, wanneer de verandering van omstandigheden slechts kon intreden als gevolg van een toerekenbare niet-nakoming door de schuldenaar.

311. D. PHILIPPE, “L’introduction de l’imprévision en droit belge” in B. KOHL en P. WÉRY (eds.), *Le nouveau droit des obligations*, Luik, CUP, 2022, (217) 235. Zie ook: C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, 434.

312. J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 311-312, nr. 25.

313. Zie in dat verband: art. 5.13, eerste lid BW (onderlijning toegevoegd): “Dit hoofdstuk bevat de algemene regels die van toepassing zijn op alle contracten, meerpartijencontracten inbegrepen, en contractuele bedingen, tenzij de wet zich daartegen verzet.”

314. Zie in het algemeen: C. BOTMAN, “Lex specialis derogat generali” in J. VAN MEERBEECK en Y. NINANE (eds.), *Les principes généraux du droit privé*, Limal, Anthemis, 2023, 529-559.

315. Art. 6 Handelshuurwet verleent aan de partijen bv. het recht om, bij het verstrijken van elke driejarige periode, aan de vrederechter de herziening van de huurprijs te vragen, indien de normale huurwaarde van het gehuurde goed ten gevolge van nieuwe omstandigheden ten minste 15% hoger of lager is dan de huurprijs die in de huurovereenkomst is bepaald. De toepassing van dat artikel kan uiteraard niet geweigerd worden op grond van de vaststelling dat een verandering van “slechts” 16% de uitvoering van het contract niet buitensporig bezwarend zou maken in de zin van art. 5.74 BW, noch zal de procedure van art. 6 Handelshuurwet “zoals in kort geding” worden gevoerd.

316. C. BOTMAN, “Lex specialis derogat generali” in J. VAN MEERBEECK en Y. NINANE (eds.), *Les principes généraux du droit privé*, Limal, Anthemis, 2023, (529) 538, nr. 10. Zie in Duitsland: BGH 4 mei 2022, NJW 2022, 2024 (bijzondere wetgeving m.b.t. tegoedbonnen in het kader van COVID-19 (art. 240, § 5 EGBGB) primeert op § 313 BGB).

317. Vaak zal de vraag erop neerkomen of de bijzondere bepaling er (impliciet) toe strekt een aanpassing of beëindiging van de overeenkomst te verhinderen, wanneer de verandering van omstandigheden zich buiten het toepassingsgebied van die bepaling bevindt. Het feit dat die bijzondere bepaling een bepaalde verandering van omstandigheden niet viseert, kan namelijk twee zaken betekenen: (i) de impliciete afwijzing om rekening te houden met elke andere verandering van omstandigheden, of (ii) de mogelijkheid om art. 5.74 BW op die gevallen toe te passen. Om het voorbeeld uit de vorige voetnoot te hernemen, lijkt het op het eerste gezicht niet uitgesloten dat art. 5.74 BW zou worden toegepast buiten die driejarige periodes om, al zal een verandering van louter 15% wellicht niet voldoende zijn voor een aanpassing of beëindiging. Zie ook: P.A. FORIERS, “Force majeure et imprévision” in T. DERVAL et al. (ed.), *La réforme du droit des obligations*, Brussel, Larcier, 2023, (329) 353, nr. 33.



114. AANVULLEND RECHT? – Uit de vermelding in artikel 5.74 BW dat het geen toepassing kan vinden, wanneer het contract die mogelijkheid uitsluit, wordt algemeen afgeleid dat artikel 5.74 BW van aanvullend recht zou zijn.³¹⁸ Ook de memorie van toelichting verklaart dat de bepaling van aanvullend recht zou zijn, zodat het de partijen vrijstaat om “het recht op heronderhandeling en het recht om het contract te wijzigen, te schrappen of aan te passen”. Daarmee lijkt de wetgever te insinueren dat artikel 5.74 BW met één pennentrek in de overeenkomst integraal uitgesloten zou kunnen worden, wat blijkbaar de gewoonte geworden is in Frankrijk. Die opvatting lijkt toch genuanceerd te moeten worden.

115. MODALISEREN – Uiteraard is de contractuele risicoverdeling in de eerste plaats een zaak van de partijen zelf en kunnen ze die in hun overeenkomst vastleggen (cf. *supra* nr. 54).³¹⁹ Imprevisie- of *hardship*-clausules waarbij afgeweken wordt van artikel 5.74 BW, zijn in beginsel dus geldig.³²⁰ Partijen kunnen bepaalde potentiële veranderingen van omstandigheden in hun overeenkomst identificeren en desgevallend in een contractuele regeling voorzien, bijvoorbeeld door aanpassings- of ontbindingsbedingen in te voegen of het opnemen van dat risico te verdisconteren in de prijs. Voorts staat het partijen vrij om de horde voor de toepassing van artikel 5.74 BW in onderling akkoord te verhogen of te verlagen, bijvoorbeeld door een bepaald percentage te vermelden vanaf wanneer artikel 5.74 BW zou kunnen worden toegepast. Daarnaast kunnen ze de toepassing van artikel 5.74 BW ook omkaderen door bijkomende modaliteiten op te nemen, zoals nadere bepalingen over eventuele heronderhandelingen.³²¹ Op die manier kunnen de partijen dus in ieder geval onrechtstreeks de toepasselijkheid van artikel 5.74 BW in sterke mate (praktisch) uitsluiten.

116. VOLLEDIGE UITSLUITING: DWINGENDE KERN – Een volledige uitsluiting door een stijlclausule³²² lijkt daarentegen problematischer te zijn. Het is immers vreemd dat men een regeling die volgens de wetgever zelf kadert in “de rol van de rechter als behoeder van de belangen van de zwakke partij”³²³ zomaar terzijde zou kunnen schuiven³²⁴, te meer nu artikel 5.73 BW m.b.t. de uitvoering te goeder trouw wel van dwingend recht is (art. 5.73, derde lid BW).³²⁵ Ook wanneer men artikel 5.74 BW, zoals hier verdedigd, veeleer als een toepassing van de contractuele risicoverdeling beschouwt, is een dergelijke algemene uitsluiting problematisch. Het lijkt er vooral op dat de wetgever het contractueel moduleren van het artikel 5.74 BW geen strobreed in de weg wilde leggen, maar daartoe is het niet noodzakelijk om het artikel in zijn geheel als aanvullend recht te beschouwen. Wellicht schuilt het probleem in de ongenueanceerde dichotomie tussen aanvullend en dwingend recht. Men zou namelijk kunnen argumenteren dat de partijen vrij zijn om van artikel 5.74 BW af te wijken, maar dat het artikel niettemin een dwingende kern heeft, zoals men aanvaardt voor artikel 5.73 BW³²⁶ en ook in Duitsland en Nederland geldt (cf. *infra* nr. 120).

117. VOLLEDIGE UITSLUITING MET NUANCE – Wat er ook van zij, en zelfs wanneer men de principiële geldigheid van een algemene uitsluiting van artikel 5.74 BW zou aanvaarden, blijft de vaststelling overeind dat ook die uitsluiting het resultaat is van bepaalde opvattingen over de toekomst die op hun beurt door onvoorziene omstandigheden doorkruist kunnen worden. Bijgevolg zou artikel 5.74 BW in uitzonderlijke gevallen toch toepassing moeten kunnen vinden, zelfs al zou het contractueel zijn uitgesloten.³²⁷ Partijen kunnen immers slechts op uitputtende wijze de door hen gekende of voorzienbare risico's regelen.³²⁸ LIBCHABER stelt in dat

318. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 912, nr. 1260; V. SAGAERT, *Beginselen van verbintenissenrecht*, Heverlee, LeA Uitgevers, 2023, 108, nr. 203; J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 312, nr. 26.

319. V. SAGAERT, *Beginselen van verbintenissenrecht*, Heverlee, LeA Uitgevers, 2023, 108, nr. 203.

320. Zie daarover: A. DRAULANS en J. RASQUIN, “Overmachts-, imprevisie- en *hardship*-clausules” in G. BALLON et al. (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, II, Antwerpen, Intersentia, 2013, 1191-1253; A. VAN OEVELEN, “Overmachts- en herzieningsbedingen in het gemeene recht en in overeenkomsten met consumenten” in S. STJUNS en K. VANDERSCHOT (eds.), *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 267-289. De reden voor dergelijke clausules is evenwel veranderd. Waar die er vroeger toe strekten om de imprevisie in bepaalde mate mogelijk te maken (*opt-in*), is de doelstelling voortaan om af te wijken van art. 5.74 BW (*opt-out*) of het aan te vullen.

321. Bv. wie aan die onderhandelingen moet deelnemen, wanneer de onderhandelingen zullen plaatsvinden, vanaf wanneer de redelijke termijn van art. 5.74 BW geacht wordt te zijn verstreken, enz.

322. Zie: V. SAGAERT, *Beginselen van verbintenissenrecht*, Heverlee, LeA Uitgevers, 2023, 108, nr. 203, die dit aanvaardt.

323. Al kan men op die kwalificatie van de regeling inzake een verandering van omstandigheden een en ander afdingen.

324. Wetsvoorstel houdende boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, 7.

325. Zie ook: L. CORNET, “Changement de circonstances, force majeure et abus de droit: comment faire bon ménage à trois”, *TBBR* 2023, (126) 136, nr. 26; D. PHILIPPE, “L'introduction de l'imprévision en droit belge” in B. KOHL en P. WÉRY (eds.) *Le nouveau droit des obligations*, Luik, CUP, 2022, (217) 259.

326. Het dwingend karakter van het principe van de uitvoering te goeder trouw verhindert namelijk geenszins contractuele bedingen die de invloed ervan (zelfs sterk) kunnen beperken.

327. In die zin ook: D. PHILIPPE, “L'introduction de l'imprévision en droit belge” in B. KOHL en P. WÉRY (eds.) *Le nouveau droit des obligations*, Luik, CUP, 2022, (217) 259.

328. T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 51; S. MARTENS, “§ 313 BGB” in *Beck Grosskommentar* 2016, nr. 45.



verband terecht: “*Comment pourrait-on par avance exclure ce qui ne se prévoit pas?*”³²⁹ Voor onvoorzienbare risico's is een concrete toewijzing slechts in beginsel mogelijk, en behoort een potentiële correctie op grond van artikel 5.74 BW steeds tot de mogelijkheden, wanneer de “*uitvoering ervan redelijkerwijze niet langer kan worden geëist*”. Het is natuurlijk wel zo dat een eventuele afwijking of uitsluiting van artikel 5.74 BW resulteert in een belangrijke verschuiving van de bewijslast. Hoe eenduidiger die is geformuleerd, des te moeilijker zal het zijn om het ingetreden risico daarvoor afwijkend toe te bedelen.³³⁰

118. RECHTSMISBRUIK – Uiteindelijk lijkt de wetgever zich er ook van bewust dat het zomaar uitsluiten van artikel 5.74 BW problematisch kan zijn. De hogervermelde passage in de memorie van toelichting vervolgt namelijk dat de eventuele uitsluiting mogelijk is “*onder voorbehoud van het rechtsmisbruik van een partij die het beding waarin afgeweken wordt van de regeling wil invoeren*”. Dat betekent dat het beroep op de – principieel geldige – uitsluiting van artikel 5.74 BW in zeer uitzonderlijke omstandigheden niettemin rechtsmisbruik zou kunnen opleveren, zodat de rechter dat beroep kan afwijzen. Op die manier zou een toepassing van artikel 5.74 BW toch mogelijk zijn, ondanks de contractuele uitsluiting ervan.³³¹ In de praktijk zal de in het vorige randnummer vermelde nuancering dus (grotendeels) tot hetzelfde resultaat leiden als de oplossing die door de wetgever wordt gesuggereerd. Het lijkt evenwel correcter om in te zien dat de reden daarvoor is dat de kern zelf van 5.74 BW dwingend is, maar moduleringen (zelfs in grote mate) toegelaten zijn, eerder dan het verbod op rechtsmisbruik een *deus ex machina*-rol toe te moeten schrijven.

119. RECHTSVERGELIJKING – Bovenstaande nuance vindt ook steun in de ons omliggende rechtsstelsels. Ook naar Duits recht wordt er niet aan getwijfeld dat partijen vrij de onderlinge risico's kunnen verdelen en dat zij kunnen afwijken van § 313 BGB, bijvoorbeeld door de toepassing ervan te vereenvoudigen of te verzwaken of zelfs bepaalde rechtsgevolgen uit te sluiten (bv. de aanpassing). Desalniettemin is ook de reikwijdte van die afwijking of uitsluiting onderworpen aan § 313 BGB. Dus ook in geval van een afwijking of uitsluiting zal § 313 BGB toepassing kunnen vinden, al zal de bewijslast zwaarder zijn.³³² Naar Nederlands recht bepaalt artikel 6:250 NBW zelfs uitdrukkelijk dat artikel 6:258 NBW van dwingend recht is, zodat een algemene uitsluiting nietig en dus niet mogelijk is. Daarentegen wordt eveneens algemeen aanvaard dat partijen vrij risico's kunnen verdelen in hun overeenkomst en artikel 6:258 NBW kunnen moduleren.³³³ In Frankrijk wordt, met name op basis van de *rapport au président*, geargumenteed dat artikel 1195 CC van aanvullend recht is en dus kan worden uitgesloten. Daarvan wordt in de praktijk veel gebruik van gemaakt. LIBCHABER is als één van de eersten ingegaan tegen die ongenueanceerde opvatting en wees op de logische contradictie in het aanvaarden van een volledig aanvullend karakter.³³⁴ Uiteindelijk pleit hij voor een “*impérativité raisonnée*” van artikel 1195 CC die erin zou bestaan dat partijen de rechterlijke tussenkomst niet in het algemeen kunnen uitsluiten, maar artikel 1195 CC wel kunnen moduleren.³³⁵ Hoewel zijn redenering een zekere steun vindt in bepaalde rechtsleer³³⁶, wordt ze door anderen afgewezen.³³⁷

120. GELDIGHEID – Zelfs wanneer een uitsluiting van artikel 5.74 BW principieel is toegelaten en partijen vrij het risico voor bepaalde veranderingen kunnen verdelen, blijven de algemene geldigheidsvereisten daarop van toepassing.³³⁸ Zo zou een dergelijke regeling desgevallend kunnen worden aangevochten op grond van dwaling (art. 5.34 BW), misbruik van omstandigheden (art. 5.37 BW) of op grond van de regels inzake onrechtmatige bedingen (art. 5.52 BW). In een overeenkomst tussen een onderneming en een consument

329. R. LIBCHABER, “Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision”, *D* 2020, (1185) nr. 3. Zie reeds: D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Brussel, Larcier, 1986, 653.

330. T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 51.

331. L. CORNET, “Changement de circonstances, force majeure et abus de droit: comment faire bon ménage à trois”, *TBBR* 2023, (126) 137, nr. 28; J. RENIERS, “De impact van systeemcrisissen op contractuele verhoudingen - Failliet van klassiek contractmodel en nieuwe perspectieven” in E. STEEN (ed.), *Bedrijfsjuristen en bedrijfsverantwoordelijkheid*, Brussel, Larcier, 2023, (31) 44.

332. S. MARTENS, “§ 313 BGB” in *Beck Grosskommentar* 2016, nrs. 44-45; T. PEIFFER, “§ 313 BGB” in *JurisPK-BGB* 2023, nr. 44.

333. J. HJUMA, C. VAN DAM, W. VAN SCHENDEL en W. VALK, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2022, 326, nr. 293; C. VAN ZEBEN en J. DU PON, *Boek 6 Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht in Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer, Kluwer, 1981, 970-971.

334. R. LIBCHABER, “Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision”, *D* 2020, (1185) nr. 3.

335. R. LIBCHABER, “Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision”, *D* 2020, (1185) x.

336. L. AYNES en A. BÉNABENT, “Force majeure et révision pour imprévision”, *RDC* 2021, (157) 159; F. ROUVIÈRE, “Révision pour imprévision: l'impératif économique est-il un impératif juridique?”, *RTD Civ.* 2020, (738) 738.

337. O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 438-440; L. LEVENEUR et al., “Table ronde: Les défis du droit des contrats”, *CCC* 2020, afl. 12, (1) 10-11, die argumenteren dat het Franse recht sinds de hervorming wat imprevisie betreft van een opt-in- naar een opt-out-systeem is verworden; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE en F. CHÉNEDE, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Dalloz, 2022, 743-744, nr. 643.

338. Zie naar Frans recht: O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 440; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE en F. CHÉNEDE, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Dalloz, 2022, 743, nr. 643.



is een uitsluiting of afwijking van artikel 5.74 BW onrechtmatig en nietig, wanneer het “een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen ten nadele van de consument” (art. 1.8, 22° WER). Daarnaast stelt artikel VI.91/5, 3° WER tussen ondernemingen een weerlegbaar vermoeden van onrechtmatigheid in van een beding dat ertoe strekt “zonder tegenprestatie het economische risico op een partij leggen indien die normaliter op de andere onderneming of op een andere partij bij de overeenkomst rust”.³³⁹

E. Rechtsgevolgen

121. PLAN – Indien aan de toepassingsvereisten van artikel 5.74, tweede lid BW is voldaan, dan kan de schuldenaar aan de schuldeiser om heronderhandelingen vragen (2). Artikel 5.74, derde lid BW legt op dat de partijen tijdens die heronderhandelingen hun verbintenissen moeten blijven nakomen (1). Wanneer de heronderhandelingen mislukken of geweigerd worden, kan een partij de rechter of arbiter vatten (3) met het oog op de aanpassing (4) of beëindiging (5) van de overeenkomst.

1. Blijven nakomen

122. BINDEnde KRACHT – In navolging van artikel 5.69 BW en artikel 5.74, eerste lid BW bevestigt artikel 5.74, derde lid BW nogmaals de bindende kracht van de overeenkomst. Die bepaling legt op dat “partijen blijven hun verbintenissen nakomen in de loop van de heronderhandelingen”. Hoewel het niet met zoveel woorden wordt gezegd, zou dat uitgangspunt in beginsel ook gelden tijdens een eventuele procedure.³⁴⁰

123. WERKELIJKE DRAAGWIJDTE – Hoewel dat uitgangspunt uiteraard correct is, dient men zich ervoor te behoeden om artikel 5.74, derde lid BW op een absolute wijze te lezen. Het zou namelijk vreemd zijn dat een schuldenaar van wie de uitvoering van een overeenkomst “redelijkerwijze niet langer kan worden geëist” tijdens de heronderhandelingsfase toch nog gedwongen zou zijn om die onverkort uit te voeren (om daarna desgevallend de restitutie ervan te bekomen).³⁴¹ Artikel 6.2.3(2) Unidroit Principles, dat als inspiratiebron voor artikel 5.74, derde lid BW heeft gefungeerd, laat toe om de juiste draagwijdte van die bepaling na te gaan: “The request for renegotiation does not *in itself* entitle the disadvantaged party to withhold performance.”³⁴² Het gaat er dus om dat het loutere beroep op artikel 5.74 BW op zichzelf geen voldoende rechtvaardiging vormt voor een schuldenaar om de uitvoering op te schorten. Dat is logisch, aangezien de bindende kracht van de overeenkomst anders op erg losse schroeven zou komen te staan. De verandering van omstandigheden kan daarentegen wel een voldoende reden zijn.³⁴³

124. PRAKTISCH – Dat leidt tot het volgende praktische resultaat. Een schuldenaar die zich in de situatie van artikel 5.74 BW bevindt, moet in beginsel zijn verbintenissen blijven nakomen. Wanneer dat evenwel dermate bezwarend is geworden en de schuldenaar de nakoming van zijn verbintenissen wil opschorten, dan moet hij evalueren wat het waarschijnlijke resultaat van een heronderhandeling of een procedure zal zijn. Op basis daarvan zou hij ervoor kunnen kiezen om zijn verbintenissen die getroffen zijn door de verandering van omstandigheden niet langer uit te voeren of de uitvoering ervan aan te passen. In dat geval loopt hij dus (feitelijk) vooruit op een eventuele latere heronderhandeling of procedure. Dat anticiperen gebeurt evenwel op zijn risico.³⁴⁴ Wanneer de stelling van de schuldenaar in de procedure wordt bevestigd,

339. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 911-912, nr. 1258. Zie ook: O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 462.

340. J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 314, nr. 26.

341. Zie ook: M. DE POTTER DE TEN BROECK, “Het wetsvoorstel verbintenissen en de tekortkoming aan een verbintenis” in J. BAECK, I. CLAEYS en A. WYLLEMAN (eds.), *Hervorming van het verbintenissen- en goederenrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2022, (129) 183, nr. 109.

342. Benadrukking toegevoegd.

343. E. MCKENDRICK, “Art. 6.2.3” in S. VOGENAUER (ed.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 819, nr. 4: “The entitlement of the disadvantaged party to withhold performance **does not follow from the request for renegotiations**, but may follow from the impact of the events which have created the hardship” (benadrukking in origineel). Zie ook: J. HJMA, C. VAN DAM, W. VAN SCHENDEL en W. VALK, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2022, 321-325, nr. 291.

344. Cf. (m.b.t. het risico) art. 5.59 BW (buitengerechtigde nietigheid), 5.85 BW (buitengerechtigde vervanging) en 5.93 BW (buitengerechtigde ontbinding). De toepassing van die artikelen gaat uiteraard verder dan louter feitelijk vooruitlopen, en doet reeds rechtsgevolgen ontstaan.



dan was het beroep op artikel 5.74 BW door de schuldenaar terecht en kan de rechter aan de aanpassing of ontbinding terugwerkende kracht verlenen, zodat de aanvankelijke niet-nakoming van de schuldenaar retroactief wordt “witgewassen”. Wanneer daarentegen blijkt dat de schuldenaar geen recht had op de toepassing van artikel 5.74 BW (of niet in de mate als door de schuldenaar geanticipeerd), dan kan die niet-nakoming met de contractuele sancties vermeld in artikel 5.89 BW worden gesanctioneerd.³⁴⁵ M.a.w., artikel 5.74, derde lid BW legt niet de verplichting op voor een schuldenaar om *in alle omstandigheden* onverkort de overeenkomst uit te voeren, maar bepaalt wel dat een eventuele niet-nakoming *op zijn risico* gebeurt. Die opvatting verzoent het *effet utile* van artikel 5.74 BW met de bindende kracht van de overeenkomst.³⁴⁶ ROOSES ging zelfs nog verder en pleitte (toen het wetsvoorstel nog hangende was) voor het invoeren van een opschortingsrecht in hoofde van de schuldenaar om diens wederpartij een incentive te geven aan de onderhandelingsstafel te komen.³⁴⁷ Een dergelijke oplossing zou de bindende kracht van de overeenkomst evenwel te zeer aantasten.

2. Onderhandelingen

125. EERSTE STAP – Wanneer aan de in dat lid vermelde toepassingsvereisten is voldaan, kan de schuldenaar, volgens artikel 5.74, tweede lid BW, “aan de schuldeiser vragen om het contract opnieuw te onderhandelen met het oog op de aanpassing of beëindiging”. Methodologisch is het enigszins verwarrend om die vereisten voor te stellen als vereisten om heronderhandelingen te kunnen vragen. Op grond van de contract- en onderhandelingsvrijheid (art. 5.14-5.15 BW) kan een partij immers steeds, en zonder enige voorwaarde, aan haar wederpartij vragen om over de overeenkomst te onderhandelen (cf. art. 5.70 BW). Die wederpartij is in beginsel vrij om al dan niet op dat verzoek in te gaan en in te stemmen met een aanpassing of beëindiging. Het fundamentele verschil met artikel 5.74 BW is dat, indien de vereisten zijn vervuld, de afwijzing of mislukking van de heronderhandelingen de partijen de mogelijkheid biedt voor de rechter om de overeenkomst aan te passen of te beëindigen.³⁴⁸

126. HERONDERHANDELINGSVERZOEK – Artikel 5.74 BW legt geen bijzondere (formele of inhoudelijke) eisen op aan die vraag tot heronderhandeling, wellicht om bijkomende discussies en dilatoire acties te vermijden. Daarentegen bepaalt artikel 6.2.3 Unidroit Principles dat die vraag “*shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based*”. Een diligente schuldenaar zal er, zelfs ondanks het ontbreken van een dergelijke uitdrukkelijke wettelijke verplichting in die zin, niettemin goed aan doen om met redelijke snelheid te handelen³⁴⁹ en om de redenen voor die vraag aan te geven.³⁵⁰ Het spreekt voor zich dat een schriftelijk verzoek doorgaans aangewezen zal zijn, al was het maar om latere bewijsproblemen te vermijden.

127. GEEN HERONDERHANDELINGSPLICHT – Op de partijen rust in beginsel geen heronderhandelingsplicht, tenzij dat uit een contractuele regeling of (in bijzondere situaties) uit de uitvoering te goeder trouw zou voortvloeien. Behoudens die uitzonderingen is de schuldeiser dus niet gehouden om in te gaan op het

345. Zie naar Nederlands recht: J. HJMA, C. VAN DAM, W. VAN SCHENDEL en W. VALK, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2022, 325, nr. 291; C. SIEBURGH, *Asser 6-III Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer, Kluwer, 2018, nr. 455: “Hij kan dus in verzuim raken en schadevergoedingsplichtig worden, ook nadat hij de vordering heeft ingesteld. Maar de rechter kan, indien hij de vordering toewijst, deze gevolgen ecarteren door aan de wijziging of ontbinding terugwerkende kracht te verlenen.” Zie m.b.t. de Unidroit Principles: C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, 487-488: “As the measures decided by the court may also have retroactive effect, the aggrieved party may withhold performance to the extent that it believes that it should eventually be ‘released’ by an adaptation or termination of the contract. However, this would usually be a very speculative and risky action: if performance is unduly withheld by the aggrieved party, it will be liable for damages.”

346. Zie: C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, 487-488.

347. D. ROOSES, “Enkele praktische bedenkingen bij artikel 5.74 BW aangaande wijzigingen van omstandigheden in het nieuwe verbintenissenrecht”, *RW* 2022-23, (163) 172, nr. 34.

348. In die zin: S. SOMERS, “Het aankomend verbintenissenrecht: krachtlijnen en bedenkingen”, *In Foro* 2021, (13) 20. Zie ook in Frankrijk: L. AYNES en A. BENABENT, “Force majeure et révision pour imprévision”, *RDC* 2021, (157) 160; O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 459.

349. M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Brussel, Intersentia, 2017, 254-255, nr. 251. Vergelijk art. 5.226, § 2 BW in het kader van overmacht: “Zodra de schuldenaar kennis heeft of behoort te hebben van een oorzaak van onmogelijkheid tot nakoming, dient hij de schuldeiser hiervan binnen een redelijke termijn op de hoogte te brengen. Komt de schuldenaar aan deze verplichting te kort, is hij gehouden tot het herstel van de schade die hiervan het gevolg is.”

350. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 913, nr. 1264.



verzoek tot heronderhandelingen.³⁵¹ De schuldenaar kan de schuldeiser dus niet dwingen om naar de onderhandelingsstafel te komen of hem aansprakelijk stellen in geval van een afwijzing.³⁵² De schuldeiser hoeft een eventuele afwijzing evenmin te motiveren (cf. art. 5.15 BW) en een dergelijke afwijzing houdt op zich geen fout in hoofde van de schuldeiser in. Daarnaast mag men een eventuele bereidheid om wel heronderhandelingen aan te knopen niet zomaar beschouwen als een bekentenis (art. 8.31 BW) door de schuldeiser dat de toepassingsvereisten van artikel 5.74 BW vervuld zouden zijn. Indien nadien een procedure plaatsvindt, kan hij dat nog steeds betwisten.³⁵³ Hoewel er voor de wederpartij geen heronderhandelingsplicht is, rust op de schuldenaar wel een last (*“Obliegenheit”*) om een verzoek tot onderhandelingen aan de schuldeiser te richten. Verzuimt hij dat, en start hij onmiddellijk een procedure, dan kan de rechter de overeenkomst nog niet aanpassen of beëindigen, maar hij *“kan desgevallend de zaak uitstellen naar een nabije datum”*.³⁵⁴

128. GOEDE TROUW – Ondanks de afwezigheid van een heronderhandelingsverplichting zijn de partijen wel gehouden om te goeder trouw te heronderhandelen, eenmaal de schuldeiser op het verzoek van de schuldenaar ingaat (cf. art. 5.15, tweede lid BW).³⁵⁵ Wanneer de schuldeiser ingaat op dat verzoek zonder reële intentie om onderhandelen, maar om de rechterlijke tussenkomst uit te stellen, dan handelt hij niet te goeder trouw en kan hij aansprakelijkheid oplopen.³⁵⁶

129. NUT? – Hoewel de keuze van de wetgever om geen uitdrukkelijke heronderhandelingsverplichting op te leggen, is toe te juichen³⁵⁷, kan men zich vragen stellen bij de toegevoegde waarde van het verplichten van die voorafgaandelijke heronderhandelingsfase. Uiteraard is het in de eerste plaats aan de partijen om hun overeenkomst aan de veranderde omstandigheden aan te passen. Het spreekt voor zich dat zij daartoe het best geschikt zijn en dat het ook in hun eigen belang is.³⁵⁸ Op die manier kunnen zij zelf de lacune in de contractuele regeling opvullen door in een regeling van het contractueel risico te voorzien en lopen zij niet het risico dat een derde (de rechter) zich in de overeenkomst inmengt.³⁵⁹ Dat betekent evenwel nog niet dat het opleggen van een voorafgaandelijk heronderhandelingsverzoek, zoals in artikel 5.74 BW, is aangewezen. Niet alles wat wenselijk is, kan namelijk op een zinvolle wijze worden opgelegd. Het risico bestaat dan ook dat dit tot vertraging of dilatoire manoeuvres door de wederpartij zou kunnen leiden, terwijl de doelstelling van de wetgever er precies in bestaat om snel en efficiënt tot een oplossing te komen.

3. Rechterlijke tussenkomst

130. INLEIDING – Artikel 5.74, vierde lid BW bepaalt dat *“bij afwijzing of mislukking van de heronderhandelingen binnen een redelijke termijn”, “de rechter, op verzoek van één van de partijen”* de overeenkomst kan aanpassen of beëindigen.

131. RELEVANT TIJDSTIP – In de eerste plaats is de rechterlijke tussenkomst dus afhankelijk van het vruchteloos blijven van de heronderhandelingen. Hoewel in de rechtsleer vaak (impliciet) wordt geschreven dat de gerechtelijke procedure slechts kan worden ingesteld na het weigeren of mislukken van de heronder-

351. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 914-915, nr. 1266; P.A. FORIERS, “Force majeure et imprévision” in T. DERVAL et al. (ed.), *La réforme du droit des obligations*, Brussel, Larcier, 2023, (329) 353, nr. 34; D. PHILIPPE, “L’introduction de l’imprévision en droit belge” in B. KOHL en P. WÉRY (eds.), *Le nouveau droit des obligations*, Luik, CUP, 2022, (217) 253; J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 314, nr. 27. Anders: M. DE POTTER DE TEN BROECK, “Het wetsvoorstel verbintenissen en de tekortkoming aan een verbintenis” in J. BAECK, I. CLAEYS en A. WYLLEMAN (eds.), *Hervorming van het verbintenissen- en goederenrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2022, (129) 183, nr. 108.

352. Dat blijkt impliciet uit art. 5.74, vierde lid BW dat aanvangt met de *“afwijzing of mislukking van de heronderhandelingen”*. Het rechtsgevolg van een weigering.

353. O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 461-462.

354. Wetsvoorstel houdende boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, 85.

355. O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 460.

356. P.A. FORIERS, “Force majeure et imprévision” in T. DERVAL et al. (ed.), *La réforme du droit des obligations*, Brussel, Larcier, 2023, (329) 353, nr. 34.

357. M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Brussel, Intersentia, 2017, 249, nr. 245 beschouwt een heronderhandelingsverplichting evenwel als wenselijk.

358. T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 122; L. VAEL, “Beschouwingen over het imprevisieelstuk omtrent de eventuele ontsluiting van de overeenkomst in geval van een gewijzigd contractueel verhoudingskader”, *TPR* 2004, (703) 745-746, nr. 15.

359. S. MARTENS, “§ 313 BGB” in *Beck Grosskommentar* 2016, nr. 119.



handelingen³⁶⁰, lijkt uit de bewoordingen van artikel 5.74 BW en de memorie van toelichting eerder voort te vloeien dat aan dat vereiste niet moet zijn voldaan bij de start van de procedure, maar veeleer uiterlijk bij het sluiten van de debatten. Volgens de memorie van toelichting kan de rechter immers *“desgevallend de zaak uitstellen naar een nabije datum als de voorwaarde van voorafgaande onderhandelingen nog niet vervuld is”*.³⁶¹ Ook volgens VAN ZUYLEN gaat het om een grond van niet-procederen, die dus nog tijdens de procedure kan worden rechtgezet, en niet om een grond van onontvankelijkheid.³⁶² Niets belet een rechter dus om op de inleidingszitting, indien dat nog niet is gebeurd, de schuldenaar aan te sporen tot het doen van een heronderhandelingsverzoek, maar intussen reeds een rechtsdag te bepalen voor het geval van mislukking.

132. VEREISTE – De vraag rijst wanneer aan dat vereiste is voldaan. Wanneer onderhandelingen uitdrukkelijk worden geweigerd, zal dat duidelijk zijn. In andere gevallen zou een impliciete weigering daarentegen afgeleid kunnen worden uit de gedragingen van de wederpartij, bijvoorbeeld het versturen van een ingebrekestelling zonder in te gaan op het verzoek tot heronderhandelingen of het niet reageren op het heronderhandelingsverzoek binnen een redelijke termijn. Het mislukken van de heronderhandelingen zal doorgaans wellicht eerder impliciet uit de omstandigheden moeten blijken, bijvoorbeeld doordat de standpunten sterk uit elkaar blijven, de verstandhouding verslechtert, enz. Wanneer uit die omstandigheden redelijkerwijze kan worden afgeleid dat de onderhandelingen mislukt zijn, is het vereiste vervuld en kan de schuldenaar de rechter verzoeken om de overeenkomst aan te passen of te beëindigen. Een hogere horde vereisen zou indruisen tegen de efficiënte en snelheid die door de wetgever is vooropgesteld. De duur van de redelijke termijn waarvan in artikel 5.74, vierde lid BW sprake is, wordt bepaald door alle relevante omstandigheden van de zaak. Dat betekent dat in hoogdringende gevallen die termijn zelfs (erg) kort kan zijn.³⁶³ Zoals hierboven reeds vermeld, dient een rechter die zou vaststellen dat het vereiste van de voorafgaandelijke onderhandelingen nog niet is vervuld, de vordering niet zo zeer af te wijzen, maar kan hij *“desgevallend de zaak uitstellen naar een nabije datum”*. Die pragmatische aanpak lijkt om proceseconomische redenen inderdaad aangewezen.

133. EÉN DER PARTIJEN – Ten tweede bespreekt artikel 5.74, vierde lid BW niet wie op het artikel een beroep kan doen. Dat kan namelijk *“op verzoek van één van de partijen”*. Dat betekent dat niet alleen het slachtoffer van de verandering van omstandigheden, maar ook de begunstigde ervan³⁶⁴, de toepassing van artikel 5.74 BW kan verlangen. Bij een derdenbeding (art. 5.107 BW) lijkt ook de begunstigde derde zich desgevallend op artikel 5.74 BW te moeten kunnen beroepen.³⁶⁵

134. GEEN HIËRARCHIE – Noch uit de bewoordingen of de structuur³⁶⁶ van artikel 5.74 BW, noch uit de memorie van toelichting kan worden afgeleid dat er een hiërarchie zou bestaan tussen de aanpassing van de overeenkomst en de beëindiging ervan.³⁶⁷ Dat is een terechte keuze van de wetgever. Soms wordt o.a. op basis van het beginsel van de bindende kracht van de overeenkomst en een beweerde *favor contractus* het argument verdedigd dat een aanpassing van de overeenkomst een mildere ingreep zou zijn dan de beëindiging en daarom steeds de voorkeur zou (moeten) hebben. Die opvatting kan evenwel niet overtuigen. Bij een aanpassing wordt immers niet zomaar de oorspronkelijke overeenkomst gehandhaafd, maar wordt uiteindelijk een nieuwe inhoud door een derde bepaald, zelfs wanneer die gebaseerd is op de hypothetische partijwil. De – aan de veranderde omstandigheden – aangepaste overeenkomst heeft dus per definitie een verschillende inhoud dan de overeenkomst die de partijen hebben gesloten. Die ingreep in de privaatautonomie van de partijen kan op zich even zwaarwegend zijn als een beëindiging. In

360. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 915, nr. 1267.

361. Wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St. Kamer* 2020-21, nr. 55-1806/001, 85.

362. J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 315, nr. 27. Zie ook: P.A. FORIERS, “Force majeure et imprévision” in T. DERVAL et al. (ed.), *La réforme du droit des obligations*, Brussel, Larcier, 2023, (329) 354, nr. 36, voetnoot 94.

363. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 915, nr. 1267; M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Brussel, Intersentia, 2017, 256, nr. 252. Bepaalde rechtsleer bekritiseert het onbepaalde karakter van een “redelijke termijn” en pleitte voor vaste termijnen (D. ROOSES, “Enkele praktische bedenkingen bij artikel 5.74 BW aangaande wijzigingen van omstandigheden in het nieuwe verbintenissenrecht”, *RW* 2022-23, (163) 172-173, nrs. 35).

364. De begunstigde kan bv. een belang hebben om een aanpassing te vorderen met het doel om een exceptie van diens wederpartij uit de weg te ruimen of om zich te verweren tegen een dreigende weigering tot nakoming (bv. op grond van overmacht). Verder zou de begunstigde de rechter kunnen vatten om voor recht te horen zeggen dat de vereisten van art. 5.74 BW niet zijn vervuld.

365. Zie naar Duits recht: T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 86.

366. Uit het feit dat art. 5.74 BW eerst de aanpassing vermeldt en slechts daarna de beëindiging wijst niet op een hiërarchie.

367. J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 317, nr. 29.



bepaalde gevallen kan een beëindiging zelfs minder ingrijpend zijn dan een aanpassing. Die beëindiging herstelt immers de oorspronkelijke toestand door de partijen terug te plaatsen in de situatie voor de contractsluiting. Dat laat hun toe om ofwel opnieuw te onderhandelen met elkaar of met een derde partij, ditmaal met kennis van zaken van de omstandigheden. Als antwoord op veranderde omstandigheden nemen aanpassing en beëindiging in beginsel een gelijkaardige rang in, tenzij uit de interpretatie van de overeenkomst iets anders zou blijken.³⁶⁸ Ook CLAEYS en TANGHE waarschuwen er terecht voor dat de “voorkeur voor het behoud van het contract (*favor contractus*) [...] hier niet zomaar blind toepassing [kan] krijgen”.³⁶⁹

135. RECHTSVERGELIJKING – In Frankrijk en Nederland, alsook onder de Unidroit Principles, is er evenmin een hiërarchie tussen aanpassing en beëindiging. In Duitsland daarentegen heeft een aanpassing van de overeenkomst volgens § 313, derde lid BGB uitdrukkelijk prioriteit.³⁷⁰ Slechts wanneer dat onmogelijk of onredelijk zou zijn, kan de benadeelde partij de overeenkomst ontbinden of opzeggen (in geval van een duurovereenkomst).³⁷¹

136. BESCHIKKINGSBEGINSEL – Artikel 5.74 BW verleent ruime bevoegdheden aan de rechter om in de overeenkomst in te grijpen door die aan te passen of te beëindigen. Daarbij is hij evenwel gebonden door het beschikkingsbeginsel (art. 1138, 2° Ger.W.). Het zijn immers de procespartijen die in beginsel de contouren van hun geding bepalen.³⁷² Wanneer slechts een aanpassing wordt gevorderd, kan de rechter slechts de overeenkomst aanpassen of als dusdanig behouden (i.e. de vordering afwijzen).³⁷³ Beëindigt hij de overeenkomst, dan dreigt hij *ultra petita* te oordelen. De rechter kan desgevallend tijdens de procedure de partijen uitnodigen om stelling in te nemen m.b.t. de beëindiging.³⁷⁴ In de praktijk kan het dus nuttig zijn voor partijen die zich op artikel 5.74 BW beroepen, om de ene maatregel in hoofdorde en de andere in ondergeschikte orde in te roepen.³⁷⁵ Indien de voorwaarden van artikel 5.74 BW zijn vervuld en zowel aanpassing als beëindiging wordt gevorderd, dient de rechter die maatregel te kiezen die het best aansluit bij de hypothetische wil van de partijen bij de contractsluiting. Hadden de partijen een overeenkomst gesloten, maar met een andere inhoud, dan dient hij de overeenkomst in die zin aan te passen. Wanneer de rechter tot het oordeel komt dat de partijen geen overeenkomst hadden gesloten, ingeval zij de verandering van omstandigheden hadden voorzien, dan moet hij die beëindigen. Hij kan de partijen in een dergelijk geval geen ongewilde overeenkomst opdringen door tot de aanpassing te besluiten.³⁷⁶ Het beschikkingsbeginsel speelt uiteraard ook een rol bij de keuze tussen verschillende mogelijke aanpassingen (cf. *infra* nr. 145).

137. ZOALS IN KORT GEDING – “Om de doeltreffendheid van de bepaling te waarborgen”³⁷⁷, bepaalt artikel 5.74, vierde lid, laatste zin BW dat “(d)e vordering wordt ingesteld en behandeld zoals in kort geding”. Dat betekent in de eerste plaats dat de termijnbepalingen inzake het kort geding van toepassing zijn, i.e. een dagvaardingstermijn van in beginsel twee dagen (art. 1035 Ger.W.). De procedure wordt bij dagvaarding ingeleid bij de voorzitter van de rechtbank. In tegenstelling tot een procedure in kort geding (cf. art. 1039

368. Zie: T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nrs. 103-105.

369. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 916, nr. 1268.

370. § 313, derde lid BGB: “Ist eine Anpassung des 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.” Die prioriteit van de aanpassing was al aanwezig in de eerste rechtspraak van het Reichsgericht: RG 3 februari 1922, RGZ 103, 328.

371. T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nrs. 115-120; S. MARTENS, “§ 313 BGB” in *Beck Grosskommentar* 2016, nr. 121. Op die basis oordeelde het BGH reeds meermaals dat een uitstel van de huur van een ruimte voor een trouwfeest, dat voor enige tijd na de wettelijke trouw was gepland, niet onredelijk was en er dus geen einde aan de huurovereenkomst moest worden gemaakt: BGH 11 januari 2023, NJW-RR 2023, 514: “Die Anwendung der Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage führt nur ausnahmsweise zur völligen Beseitigung des Vertragsverhältnisses; in aller Regel ist der Vertrag aufrechtzuerhalten und lediglich in einer den berechtigten Interessen beider Parteien Rechnung tragenden Form der veränderten Sachlage anzupassen. (...) Nach den bislang getroffenen Feststellungen wäre den Bkl. eine Verlegung der Hochzeitsfeier auch zumutbar gewesen.” Zie ook: BGH 2 maart 2022, NJW 2022, 1382.

372. J. LAENENS, D. SCHEERS, P. THIRIAR, S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 50-51, nr. 76.

373. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 915, nr. 1268. Zie: O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 465-466; J. HUMA, C. VAN DAM, W. VAN SCHENDEL en W. VALK, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2022, 325, nr. 291. Zie evenwel een uitspraak in Frankrijk, waar de rechtbank besloot tot de beëindiging van de overeenkomst, aangezien de eiser “ne lui donne pas les éléments nécessaires pour mesurer le bien-fondé des modifications du tarif présentées” (Trib. comm. Parijs 14 december 2022, nr. 2022033136, D 2023, 5).

374. J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 317-318, nr. 29.

375. J. VAN ZUYLEN, “Le changement de circonstances et l’inexécution fortuite du contrat” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (281) 318, nr. 29.

376. D. MEDICUS, “Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage” in *Festschrift Flume*, I, Keulen, Otto Schmidt, Keulen, Otto Schmidt, 1978, (629) 645.

377. Wetsvoorstel houdende boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, 85.



Ger.W.) is de procedure zoals in kort geding een bodemgeschil waarin de grond van de zaak wordt behandeld. De uitspraak van de voorzitter om de overeenkomst aan te passen of te beëindigen is dus een uitspraak ten gronde.³⁷⁸ Het spreekt voor zich dat geen spoedeisend karakter moet worden ingeroepen of bewezen bij de procedure zoals in kort geding.³⁷⁹ De bevoegdheid om op grond van artikel 5.74 BW zoals in kort geding de overeenkomst aan te passen of te beëindigen is een exclusieve bevoegdheid van de betrokken voorzitter. Die exclusiviteit moet echter goed worden begrepen. Het betekent namelijk niet dat de aanpassing of beëindiging op grond van artikel 5.74 BW niet evenzeer voor de "gewone" rechter in een procedure ten gronde kan worden gevorderd, maar alleen dat men in dat geval niet van de procedurele voordelen van de procedure zoals in kort geding geniet.³⁸⁰ Uit de memorie van toelichting kan men afleiden dat de bedoeling van de wetgever erin bestond om de schuldenaar op relatief korte termijn een oplossing te bieden. Daaruit kan men evenwel niet afleiden dat de procedure zoals in kort geding de enige mogelijkheid zou zijn en de wetgever alle andere procedurele wegen wilde blokkeren. M.a.w., ook in een "gewone" procedure ten gronde kunnen de partijen artikel 5.74 BW (als vordering of verweer) invoeren om een overeenkomst aan te passen of te beëindigen. In dat geval zal men er uiteraard over moeten waken dat de heronderhandelingsvereiste is vervuld. Die opvatting is ook het meest in overeenstemming met de vereisten van proceseconomie. Het zou namelijk vreemd (en niet in overeenstemming met de doelstellingen van de wetgever) zijn dat een schuldenaar die zich in een "gewone" procedure op overmacht beroept, een andere procedure zoals in kort geding zou moeten opstarten om zijn beroep op artikel 5.74 BW geldend te maken, zeker gelet op de nauwe band tussen beide figuren. Vaak zal het voor een schuldenaar immers nuttig zijn om beide figuren (in hoofdorde of ondergeschikte orde) in te roepen. Dat kan slechts voor de "gewone" rechter ten gronde, aangezien de bevoegdheid van de voorzitter beperkt is tot artikel 5.74 BW.

138. ARBITRAGE – Artikel 5.74, vierde lid BW vermeldt dat de "rechter" de overeenkomst kan aanpassen of beëindigen. Het spreekt voor zich dat dit begrip een ruime betekenis dient te krijgen en bijvoorbeeld ook een arbitraal tribunaal omvat.³⁸¹ Op grond van artikel 5.74 BW kan een overeenkomst naar Belgisch recht in een arbitrale procedure dus evenzeer worden aangepast of beëindigd. Eenzelfde interpretatie geldt in de ons omringende landen.³⁸² In Nederland wordt er uitdrukkelijk op gewezen dat daartoe geen bijzondere overeenkomst in de zin van artikel 1020, vierde lid Rv³⁸³ is vereist, wanneer een arbitraal tribunaal daartoe materieelrechtelijk is bevoegd.³⁸⁴

139. EXCEPTIE – Net zoals in de bepalingen in andere rechtsstelsels, creëert artikel 5.74 BW voor de partijen een recht om de rechter te vatten met een vordering tot aanpassing of beëindiging van de overeenkomst. Niettemin kan men, net zoals in die andere rechtsstelsels³⁸⁵, ervan uitgaan dat een partij de verandering van omstandigheden ook als exceptie kan opwerpen tegen een vordering die door diens wederpartij is ingesteld. Zo kan een schuldenaar artikel 5.74 BW ook invoeren tegen een vordering tot uitvoering of ontbinding ingesteld door diens schuldeiser (in een procedure ten gronde). Desgevallend kan ook een

378. B. PONET, "Het uitdeinen van de procedures 'zoals in kort geding'" in *Liber Amicorum Alfons Vandeuren*, Gent, Mys & Breesch, 1995, (171) 174, nr. 3.2.

379. B. PONET, "Het uitdeinen van de procedures 'zoals in kort geding'" in *Liber Amicorum Alfons Vandeuren*, Gent, Mys & Breesch, 1995, (171) 175, nr. 3.3.

380. H. BOULARBAH, "L'intervention du président du tribunal de l'entreprise au bénéfice de l'urgence" in J.F. GERMAIN (ed.), *L'entreprise face à l'urgence*, Brussel, Larcier, 2018, (97) 139, nr. 76; B. PONET, "Het uitdeinen van de procedures 'zoals in kort geding'" in *Liber Amicorum Alfons Vandeuren*, Gent, Mys & Breesch, 1995, (171) 174, nr. 3.2. Zie bv.: "Deze exclusieve bevoegdheid doet geen afbreuk aan de bevoegdheid van de bodemrechter om de staking van met de eerlijke handelspraktijken strijdige daden van koophandel te bevelen zo de eiser de stakingsrechter dienaangaande niet zou hebben geadieerd." (S. RUTTEN en F. DUPON "Overzicht van rechtspraak De bevoegdheid (2001-2013)", *TPR* 2014, (1859) 2102, nr. 232).

381. Zie bv. wetsvoorstel houdende boek 5 "Verbintenissen" van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, 11: "Op meerdere plaatsen verwijst het voorstel naar een 'rechterlijke beslissing'. In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State wordt eraan herinnerd dat de arbitrale beslissing tussen partijen dezelfde gevolgen heeft als een beslissing van een rechtbank (artikel 1713, § 9 van het Gerechtelijk Wetboek), zodat de verwijzing naar een 'rechterlijke beslissing' de arbitrale beslissing omvat."

382. P. STOFFEL-MUNCK, "La révision du contrat par l'arbitre à la lumière de l'article 1195 du Code civil", *Rev.Arb.* 2017, (51) 52, nr. 2.

383. Art. 1020, vierde lid, c. Rv: "Bij overeenkomst kunnen tevens aan arbitrage worden onderworpen: c. de aanvulling of wijziging van de rechtsbetrekking als bedoeld in het eerste lid."

384. G. MEIJER, *Overeenkomst tot arbitrage*. Bezien in het licht van het bewijsvoorschrift van art. 1021 Rv, Deventer Kluwer 2011, 151: "Tot die aanvulling en/of wijziging zullen arbiters, evenals de gewone rechter, bevoegd zijn, dit uiteraard wel overeenkomstig de (strikte) voorwaarden die het toepasselijk recht aan de aanvulling en/of wijziging stelt (vgl. art. 6:248 BW en art. 6:258 BW). Een separate overeenkomst strekkende tot aanvulling en/of wijziging als bedoeld in art. 1020 lid 4 (c) Rv wordt voor een aanvulling en/of wijziging die mogelijk is krachtens het op het onderwerp van geschil toepasselijk recht niet verlangd, tenzij partijen de mogelijkheden van aanvulling en/of wijziging niet willen beperken tot de mogelijkheden die het op het onderwerp van geschil toepasselijk recht ter zake kent." Zie voor een toepassing (weliswaar ten overvloede): RvA Bouwgeschillen 25 augustus 2022, nr. 37.382, *BR* 2022, 477.

385. BGH 24 maart 2010, NJW 2010, 1663; O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 472; T. FINKENAUER, "§ 313 BGB" in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 125; C. VAN ZEBEN en J. DU PON, *Boek 6 Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht in Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer, Kluwer, 1981, 970.



schuldeiser zich op artikel 5.74 BW beroepen, om de uitvoering van een aangepaste overeenkomst te vorderen, en zo een exceptie van de schuldenaar te ontzenuwen (*cf. supra* nr. 134). Een dergelijke opvatting is opnieuw het meest in overeenstemming met de vereisten van proceseconomie.

140. DECLARATOIRE UITSpraak – Ten slotte lijkt niets eraan in de weg te staan dat de partijen zich tot de rechter wenden louter om te oordelen of de vereisten van artikel 5.74 BW al dan niet zijn vervuld, zonder een aanpassing of beëindiging te vorderen. In dat geval kunnen ze bij een positief antwoord zelf de overeenkomst trachten te heronderhandelen of een regeling overeen te komen voor een minnelijke beëindiging.³⁸⁶

4. Aanpassing

141. INLEIDING – De rechter kan volgens artikel 5.74 BW “het contract aanpassen om het in overeenstemming te brengen met hetgeen de partijen redelijkerwijze zouden zijn overeengekomen op het tijdstip van de contractsluiting indien zij rekening hadden gehouden met de verandering van omstandigheden”. Dat houdt in dat de rechter, wanneer een aanpassing wordt gevorderd, de hypothetische partijwil dient na te gaan. Daarbij dient de rechter in de eerste plaats rekening te houden met de contractuele regeling tussen de partijen en de daarin tot uitdrukking gekomen wil van de partijen. Die kunnen uiteraard niet volstaan, anders was er immers geen lacune in de overeenkomst, zodat de overeenkomst moet worden voortontwikkeld aan de hand van een objectief redelijkheids criterium, rekening houdend met alle concrete omstandigheden van het geval, en met name de oorspronkelijke risicoverdeling.³⁸⁷

142. PROPORTIONALITEIT – De overeenkomst moet zodanig worden aangepast dat een partij, die bij een ongewijzigde overeenkomst een risico zou moeten dragen dat haar niet is toegewezen, van dat risico wordt bevrijd. Men zou die aanpassing kunnen beschouwen als een teleologische reductie van de overeenkomst. De aanpassing dient bijgevolg niet verder te gaan dan nodig. Het volstaat dat de uitvoering van de overeenkomst niet langer “buitensporig bezwarend” is.³⁸⁸ Dat betekent dat de getroffen partij niet noodzakelijk volledig bevrijd dient te worden van de negatieve gevolgen van de verandering van omstandigheden.

143. MOEILIJKE OPDRACHT – Het spreekt voor zich dat deze oefening voor de rechter geen sinecure is.³⁸⁹ Van de rechter wordt immers verwacht om als buitenstaander een overeenkomst tussen twee of meer partijen aan te passen volgens hun hypothetische wil. Dat terwijl hij doorgaans geen volledig zicht heeft op alle relevante concrete omstandigheden of voldoende kennis heeft van de relevante sector, producten, diensten, prijsbepaling, enz. In dat kader is het aan de partijen om de rechter daartoe voldoende input aan te leveren. Desgevallend zal (bij complexere zaken) een beroep moeten worden gedaan op een gerechtsdeskundige³⁹⁰, wat evenwel tot vertraging zal leiden. Daarnaast kan het beschikkingsbeginsel dat probleem verder afzwakken, aangezien de rechter slechts een aanpassing kan doorvoeren die gevorderd is en waarover in beginsel een debat is gevoerd.³⁹¹

144. BESCHIKKINGSBEGINSEL – In de praktijk zal de rechter vaak worden geconfronteerd met verschillende potentiële aanpassingen van de overeenkomst. In dat geval dient hij voor die gevorderde aanpassing te opteren die partijen, naar zijn oordeel, redelijkerwijze overeen waren gekomen. Het komt de rechter dus niet toe om ambtshalve een niet gevorderde aanpassing (*ultra petita*) door te voeren. Dat zou immers in strijd zijn met het beschikkingsbeginsel (*cf. supra* nr. 137). Wel kan hij een minder ingrijpende aanpassing

386. Zie ook: O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 462 en 464-465. Zie voor een toepassing: Rb. Zwolle-Lelystad 10 september 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:2180.

387. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 916, nr. 1270. Zie ook: S. MARTENS, “§ 313 BGB” in *Beck Grosskommentar* 2016, nr. 10; W. VAN BOOM, “Coronaprivaatrecht 2020-2021”, *RM Themis* 2021, (128) 133.

388. L. BÖTTCHER, “§ 313 BGB” in *Erman BGB Kommentar*, 2020, nr. 41; O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 470; G. KEGEL, “Einfluß grundlegender Veränderungen” in *Verhandlungen des vierzigsten deutschen Juristentages*, I, Tübingen, Mohr Siebeck, 1953, (135) 205; H. KÖHLER, “Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung” in C.W. CANARIS et al. (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, München, Beck, 2000, (295) 309.

389. Voor sommige auteurs is het zelfs een te moeilijke opdracht: M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Brussel, Intersentia, 2017, 289, nr. 283.

390. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 917, nr. 1270.

391. L. AYNES en A. BENABENT, “Force majeure et révision pour imprévision”, *RDC* 2021, (157) 160.



toekennen (*infra petita*)³⁹² en/of de partijen tijdens de procedure vragen om standpunt in te nemen over een aanpassing die zij niet hebben gevorderd.³⁹³ Wanneer de voorgestelde aanpassingen daarentegen ruim zijn geformuleerd, dan beschikt de rechter over meer vrijheid om tot een oplossing te komen die de partijen redelijkerwijze overeen waren gekomen. Een partij die een aanpassing van de overeenkomst nastreeft, zou dus in hoofdorde een bepaalde concrete aanpassing kunnen verlangen en in onderschikte orde een meer algemeen geformuleerde aanpassing.³⁹⁴

145. AANPASSING – Het arsenaal van de rechter om de overeenkomst, op verzoek van een partij, aan te passen is in wezen onbegrensd, aangezien iedere regeling die de partijen overeen zouden zijn gekomen denkbaar is.³⁹⁵ Zo kan de rechter de duur van de overeenkomst verlengen of inkorten, in aflossingstermijnen voorzien, de modaliteiten van de uitvoering aanpassen, de prijs aanpassen, een vergoeding toekennen, enz.³⁹⁶

146. SHARE THE BURDEN? – In het kader van de COVID-19-pandemie werd in de rechtsleer verdedigd dat het financiële nadeel als gevolg daarvan 50/50 over beide partijen verdeeld moet worden. De reden daarvoor zou zijn dat geen van de partijen een blaam treft aan het ontstaan ervan.³⁹⁷ Die opvatting vond ook zijn weerslag in de Belgische (in toepassing van goede trouw en het verbod op rechtsmisbruik)³⁹⁸ en buitenlandse (lagere) rechtspraak.³⁹⁹ Hoewel een dergelijke salomonsoordeel sympathiek oogt, is het maar zeer de vraag of het in overeenstemming is met de contextuele benadering die de verandering van omstandigheden vereist.⁴⁰⁰ De Hoge Raad aanvaardde een dergelijke verdeling in beginsel, maar nuanceerde meteen dat de *“redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat op grond van omstandigheden gelegen in bijvoorbeeld de hoedanigheid van een huurder of verhuurder of de financiële positie van een der partijen, wordt afgeweken van de [...] gelijke verdeling van het nadeel”*.⁴⁰¹ Het Bundesgerichtshof verwierp een dergelijke forfaitaire oplossing.⁴⁰² Tegen een dergelijke gelijke verdeling van het nadeel kunnen enige argumenten worden ingebracht. In de eerste plaats ligt daarin reeds impliciet een voorkeur voor aanpassing ten gronde, terwijl in veel gevallen een beëindiging meer in overeenstemming is met de oorspronkelijke contractuele risicoverdeling.⁴⁰³ Ten tweede is de eenvoud van de 50/50-verdeling slechts schijn. Meestal zal de concrete vaststelling van “het nadeel” zeer moeilijk zijn.⁴⁰⁴ Die vaststelling wordt nog gecompliceerd doordat niet al het nadeel dat door de verandering van omstandigheden (bv. lock-down) wordt veroorzaakt in rekening kan worden gebracht, maar slechts dat nadeel dat binnen de concrete rechtsverhouding wordt geleden.

392. In het verleden werd er reeds terecht op gewezen dat de grens tussen minder toekennen en iets anders toekennen soms flinterdun is: B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 262-264, nr. 151.

393. J. HJUMA, “De rol van de rechter (en van partijen) bij contractswijziging wegens onvoorziene omstandigheden” in S. SNIJDERS en P. DE TAVERNIER (eds.), *Onvoorziene omstandigheden, verstoren en herstel van contractueel evenwicht*, Antwerpen, Maklu, 2013, (17) 22-23.

394. J. HJUMA, “De rol van de rechter (en van partijen) bij contractswijziging wegens onvoorziene omstandigheden” in S. SNIJDERS en P. DE TAVERNIER (eds.), *Onvoorziene omstandigheden, verstoren en herstel van contractueel evenwicht*, Antwerpen, Maklu, 2013, (17) 23.

395. P.A. FORIERS, “Force majeure et imprévision” in T. DERVAL et al. (ed.), *La réforme du droit des obligations*, Brussel, Larcier, 2023, (329) 354, nr. 37.

396. L. BÖTTCHER, “§ 313 BGB” in *Erman BGB Kommentar*, 2020, nr. 41; O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 469.

397. R. TJITTES en J. TETELEPTA, “De COVID-19-crisis en de ‘share the pain’-benadering bij onvoorziene omstandigheden”, *TOP* 2020, (18) 19-20. Gaan akkoord met dat uitgangspunt, maar wijzen erop dat het nadeel in veel contractuele relaties niet evenredig zal zijn: H. SCHELHAAS en J. SPANJAARD, “Contract en coronacrisis”, *NJB* 2020, (956) 966-967; K. MAES en J. DEN HARTOG, “Corona en commerciële contracten: een schets van de (reikwijdte van de) juridisch relevante remedies”, *Bb* 2020, nr. 4.2. Die gedachte van een gelijke verdeling was niet nieuw: J. NIEUWENHUIS, “Vernietigen, ontbinden of aanpassen (II, slot)”, *WPNR* 1995, (37) 41.

398. Rb. Antwerpen 15 november 2021, *RW* 2021-22, 1319, noot J. DEL CORRAL, *Huur* 2023, 41, *RABG* 2022, 100, *TBH* 2021, 2044; Vred. Brussel 19 november 2020, *JLMB* 2021, 35, noot. N. BERNARD; Vred. Waver 10 november 2020, *T.Vred.* 2021, 351; Vred. Genk 13 april 2021, *T.Vred.* 2021, 339. Zie ook E. DIRIX, “Crisis en privaatrecht”, *NjW* 2021, (2) 6.

399. Kammergericht 1 april 2021, *COVUR* 2021 491 (huur spelhal); OLG Keulen 14 mei 2021, *NJW-RR* 2021, 1218 (reservering hotel); Rb. Amsterdam 11 mei 2022, *ECLI:NL:RBAMS:2022:2801*. Zie ook: V. RÖMERMANN, “Mietrechtliche „Blitzgesetzgebung“ in Pandemiezeiten”, *NJW* 2021, 265, nr. 31; K. ZEHELEIN, “Infektionsschutzbedingte Schließungsanordnungen in der COVID-19-Pandemie”, *NZM* 2020, 390 e.v. Verschillende Nederlandse uitspraken verwijzen er wel naar, maar passen die uiteindelijk niet toe: Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, *ECLI:NL:RBAMS:2020:2406*; Rb. Amsterdam 11 juni 2020, *ECLI:NL:RBAMS:2020:2914*.

400. W. VAN BOOM, “Coronaprivaatrecht 2020-2021”, *RM Themis* 2021, (128) 134: “De slogan klinkt zo sympathiek en solidair dat ze het zicht op een beredeneerde afweging kan ontnemen.”

401. HR 24 december 2021, *ECLI:NL:PHR:2021:902*.

402. BGH 12 januari 2022, *NJW* 2022, 1370: “Eine pauschale Betrachtungsweise wird den Anforderungen an dieses normative Tatbestandsmerkmal der Vorschrift nicht gerecht. Deshalb kommt eine Vertragsanpassung dahingehend, dass ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände die Miete für den Zeitraum der Geschäftsschließung grundsätzlich um die Hälfte herabgesetzt wird, weil das Risiko einer pandemiebedingten Gebrauchsbeschränkung der Mietsache keine der beiden Mietvertragsparteien allein trifft, nicht in Betracht.” Zie verder: OLG München 17 februari 2021, *NJW* 2021, 948 (afwijzing toepassing § 313 BGB in huurovereenkomst, met verwijzing naar ondersteunende maatregelen ten voordele van huurder); OLG Karlsruhe 24 februari 2021, *NJW* 2021, 945 (afwijzing toepassing § 313 BGB in huurovereenkomst, met verwijzing naar een inhaaleffect). Zie ook: M. HÄUBLEIN en M. MÜLLER, “Wer trägt das Pandemierisiko in der Geschäftsraummietsache?”, *NZM* 2020, (481) 489-490.

403. S. BAKKER en J. DE GROOT, “Onvoorziene omstandigheden: de stand van zaken”, *WPNR* 2009, (369) 371; W. VAN BOOM, “Onvoorziene omstandigheden en coronacrisis: #sharetheburden?”, *NTBR* 2020, (85) 88-89, die een helder voorbeeld uitwerkt.

404. De rechtspraak waarin de huurprijs gehalveerd werd, lijkt uit te gaan van de premisse dat de huurprijs het te verdelen “nadeel” is. De vraag rijst of een dergelijke verdeling tot een 50/50 van het werkelijke nadeel leidt.



Hetzelfde geldt voor de compenserende werking van overheidsmaatregelen (bv. een eenmalige premie), waarvan het positieve effect ook zou moeten worden “uitgesmeerd” over de verschillende contractuele relaties.⁴⁰⁵ Ten derde moet nog met zoveel andere omstandigheden rekening worden gehouden, zodat in de meeste gevallen sowieso van een gelijke verdeling zal moeten worden afgeweken.⁴⁰⁶

147. PRIJSVERHOOGING? – In geval van een onvoorziene stijging van de kosten voor één partij rijst de vraag of de rechter de tegenprestatie van de andere partij kan verhogen (door bijvoorbeeld een hogere prijs op te leggen). Een dergelijke aanpassing grijpt namelijk sterk in in de privaatautonomie van die wederpartij, aangezien een prijs wordt opgelegd, die hoger is dan diegene waartoe hij zich heeft verbonden.⁴⁰⁷ Aangezien men er niet eenvoudigweg van kan uitgaan dat die wederpartij tot een hogere prijs bereid zou zijn geweest, als zij de verandering van omstandigheden had voorzien, kan haar tegenprestatie in principe niet zomaar worden verhoogd. Het risico voor de onvoorziene en ontoerekenbare meerkosten voor de schuldenaar kan niet zomaar door even onvoorzienbare en ontoerekenbare meerkosten voor de schuldeiser worden gecompenseerd.⁴⁰⁸ Wanneer een rechter uitzonderlijk tot een verhoging van de tegenprestatie zou besluiten, zou hij daaraan desgevallend een beëindigingsrecht voor die wederpartij kunnen verbinden. Dat houdt in dat die wederpartij dan de keuze heeft om een hogere prijs te betalen of om de overeenkomst te beëindigen. Een dergelijke oplossing treft men aan in de Duitse rechtspraak en rechtsleer⁴⁰⁹, en is zelfs wettelijk verankerd in het Nederlandse recht. Artikel 6:260, tweede lid NBW bepaalt immers dat de rechter die de overeenkomst wijzigt of gedeeltelijk ontbindt, kan *“bepalen dat een of meer der partijen de overeenkomst binnen een bij de uitspraak vast te stellen termijn door een schriftelijke verklaring geheel zal kunnen ontbinden”*. Die bepaling is precies ingevoerd voor gevallen waar *“het te ver zou gaan om partijen zonder meer te binden aan een door de rechter gevormde rechtsverhouding die afwijkt van wat zij oorspronkelijk overeenkwamen”*.⁴¹⁰ Hoewel artikel 5.74 BW zulks niets letterlijk voorziet, bieden de ruime bewoordingen voldoende ruimte om die oplossing te bereiken.⁴¹¹ Artikel 5.74 BW bevat immers geen principiële beperkingen wat de aanpassing betreft en bepaalt zelfs uitdrukkelijk dat de beëindiging gebeurt *“volgens de nadere regels die de rechter vaststelt”*.

148. RETROACTIVITEIT – Waar artikel 5.74, vierde lid BW voor de beëindiging nog stelt dat die kan terugwerken tot *“op een datum die niet mag voorafgaan aan de verandering van omstandigheden”*, legt het geen dergelijke beperking op voor de aanpassing.⁴¹² Het enige criterium is de hypothetische wil van de partijen, zodat retroactiviteit tot op het moment van contractsluiting niet kan worden uitgesloten, al zal dat allicht maar zeer zelden noodzakelijk zijn. In een duurovereenkomst waar er reeds wederkerige prestaties zijn geleverd, zal het doorgaans voldoende zijn dat de aanpassing terugwerkt tot op het moment van de verandering van omstandigheden.

405. M. SNEL, “Coronacrisis als onvoorziene omstandigheid in het overeenkomstenrecht”, *WPNR* 2020, (763) 771; W. VAN BOOM, “Onvoorziene omstandigheden en coronacrisis: #sharetheburden?”, *NTBR* 2020, (85) 87.

406. M. SNEL, “Coronacrisis als onvoorziene omstandigheid in het overeenkomstenrecht”, *WPNR* 2020, (763) 770.

407. In dat verband kan worden opgemerkt dat in geval van een misbruik van omstandigheden (art. 5.37 BW), dat niet doorslaggevend is, de rechter uitsluitend de verbintenis van de zwakke partij kan aanpassen (i.e. reduceren), maar niet de verbintenis van de andere partij verhogen. Dat betekent dat de wetgever, zelfs voor een partij die een precontractuele fout pleegt, een verhoging van diens verbintenissen niet opportuun achtte. Nu er bij een verandering van omstandigheden in beginsel geen foutief handelende partij is, lijkt een verhoging van de tegenprestatie nog problematischer.

408. S. MARTENS, “§ 313 BGB” in *Beck Grosskommentar* 2016, nr. 212; R. SCHWARZE, *Das Recht der Leistungsstörungen*, Berlin, De Gruyter, 2022, 104, nr. 27.

409. Zie: BGH 21 november 1968, *NJW* 1969, 233, dat aan de schuldenaar een beëindigingsrecht toekent, aangezien de wederpartij een hogere prijs weigert; T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 92; H. KÖHLER, “Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung” in C.W. CANARIS et al. (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, München, Beck, 2000, (295) 313; S. MARTENS, “§ 313 BGB” in *Beck Grosskommentar* 2016, nr. 212.

410. C. VAN ZEBEN en J. DU PON, *Boek 6 Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht in Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer, Kluwer, 1981, 987. Zie ook: P. BAKKER, “Art. 6:260 BW” in *Groene Serie* 2022, nr. 3; C. SIEBURGH, *Asser 6-III Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer, Kluwer, 2018, nr. 447: “Mogelijk is dat de koper er de voorkeur aan geeft de overeenkomst geheel te ontbinden, liever dan de hogere prijs te betalen. Indien de rechter met dit standpunt rekening wil houden, zal hij de koper deze bevoegdheid kunnen toekennen. Mogelijk is ook dat de verkoper in dat geval de voorkeur geeft aan ongewijzigde uitvoering van de overeenkomst boven algehele ontbinding. Ook hiermee kan de rechter, indien dit gewenst voorkomt, rekening houden, door de wijziging uit te spreken onder de ontbindende voorwaarde dat de verkoper zich voor ongewijzigde uitvoering uitspreekt nadat de koper te kennen heeft gegeven algehele ontbinding boven de door de rechter aangebrachte wijziging te prefereren.”

411. Ook naar Nederlands recht wordt die mogelijkheid gezien als een bijzondere toepassing van het algemene art. 6:260, eerste lid NBW: “Een wijziging of ontbinding als bedoeld in de artikelen 258 en 259 kan worden uitgesproken onder door de rechter te stellen voorwaarden.”

412. Zie evenwel: I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 917, nr. 1270.



149. ZEKERHEDEN – Een bijzonder probleem bij de aanpassing van de overeenkomst ontstaat voor accessoire zekerheidsrechten die door derden zijn verleend⁴¹³, zoals een borgtocht of een zakelijke zekerheid gevestigd door een derde. Met name wanneer de verbintenissen van de hoofdschuldenaar toenemen, rijst de vraag of die toename ook doorwerkt naar de borg. Of dat het geval is, dient in de eerste plaats door interpretatie van de zekerheidsovereenkomst te worden bepaald. In het algemeen kan men er evenwel van uitgaan dat de aansprakelijkheid van de zekerheidsgever beperkt blijft tot de oorspronkelijke verbintenis en zich niet uitstrekt tot het toegenomen gedeelte.⁴¹⁴ Dat kan anders zijn, wanneer de zekerheidsovereenkomst eveneens zou worden aangepast of bij een “alle sommen” zekerheid (art. 81bis Hyp.W. en art. 10 Pandwet).

5. Beëindiging

150. INLEIDING – Daarnaast kan de rechter krachtens artikel 5.74, vierde lid BW “het contract geheel of gedeeltelijk beëindigen op een datum die niet mag voorafgaan aan de verandering van omstandigheden en volgens de nadere regels die de rechter vaststelt”. Bij een verandering van omstandigheden is het dus de rechter die (in een constitutief vonnis) een einde stelt aan de overeenkomst.

151. VERHOUDING – Hierboven is er reeds op gewezen dat er geen hiërarchie bestaat tussen de aanpassing en de beëindiging van de overeenkomst. Met name bestaat er geen *favor contractus* die zou inhouden dat een aanpassing zou primeren op de beëindiging. Bij de toepassing van artikel 5.74 BW moet geen therapeutische hardnekkigheid worden aangewend om de overeenkomst te allen prijze te redden. In veel gevallen is een beëindiging van de overeenkomst het meest aangewezen rechtsgevolg om de risicolacune te sluiten.⁴¹⁵

152. VRIJHEID – De rechter beschikt over een grote vrijheid wat de modaliteiten van de beëindiging betreft. De beëindiging kan in de eerste plaats geheel of gedeeltelijk zijn. Wat de temporele gedeeltelijke nietigheid betreft, wordt uitdrukkelijk bepaald dat die niet verder kan terugwerken dan het moment van de verandering van omstandigheden. Ten tweede kan de rechter “de nadere regels” voor die beëindiging vaststellen. Dat betekent dat de beëindiging gecombineerd kan worden met een vergoeding voor de getroffen partij of met een aanpassing van de overeenkomst voor de periode die voorafgaat aan de beëindiging ervan.⁴¹⁶

153. RESTITUTIE – Artikel 5.74 BW bepaalt niets over eventuele restitutieverplichtingen en evenmin is in artikel 5.115 BW een verwijzing opgenomen naar de verandering van omstandigheden.⁴¹⁷ Aangezien de rechter “de nadere regels” kan vaststellen, kan hij ook restitutieverplichtingen opleggen. Dergelijke verplichtingen zullen aan de orde zijn, wanneer de beëindiging terugwerkt tot een tijdstip waarna nog prestaties zijn geleverd. De rechter kan daarbij de regels van de artikelen 5.115-5.124 BW van overeenkomstige toepassing verklaren, of daarvan afwijken waar hij dat vereist acht.

413. D. PHILIPPE, “L’introduction de l’imprévision en droit belge” in B. KOHL en P. WÉRY (eds.) *Le nouveau droit des obligations*, Luik, CUP, 2022, (217) 256. Zie naar Duits recht: L. BÖTTCHER, “§ 313 BGB” in *Erman BGB Kommentar*, 2020, nr. 41a; T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nrs. 107-108.

414. In die zin: OLG Düsseldorf 13 november 2000, *WM* 2001, 2382; T. FINKENAUER, “§ 313 BGB” in *Münchener Kommentar* 2022, nr. 108.

415. W. VAN BOOM, “Onvoorziene omstandigheden en coronacrisis: #sharetheburden?”, *NTBR* 2020, (85) 88.

416. In die zin ook: O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Parijs, LexisNexis, 2018, 472; J. HJUMA, C. VAN DAM, W. VAN SCHENDEL en W. VALK, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2022, 325, nr. 291; C. VAN ZEBEN en J. DU PON, *Boek 6 Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht in Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer, Kluwer, 1981, 970. Zie voor een toepassing: Rb. Amsterdam 13 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2021:5817: “Dit heeft tot gevolg dat herstel van het evenwicht zal moeten plaatsvinden door ontbinding van de overeenkomst. Dit wordt bereikt door het tweede contractjaar te laten vervallen en het nadeel daarvan over partijen te verdelen.”

417. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 918, nr. 1272.



IV. EPILOOG: ANTICIPATIEVE INTERPRETATIE

154. DISCUSSIE – Een hot topic is de vraag naar de anticipatieve interpretatie van de nieuwe regeling in artikel 5.74 BW. Terwijl daar volgens sommige auteurs ruimte voor is⁴¹⁸, wordt die door een belangrijk deel van de rechtsleer afgewezen.⁴¹⁹ Als voornaamste bezwaar verwijst men naar het belang van rechtszekerheid: “De rechtsonderhorige moet weten waar hij aan toe is wanneer hij zijn contract sluit en zijn rechtspositie kan niet worden aangetast door daarop plots nieuwe regels los te laten.”⁴²⁰

155. NUANCERING – Tegen dat standpunt kunnen verschillende argumenten worden ingebracht, die duidelijk maken dat een anticipatieve interpretatie van artikel 5.74 BW mogelijk en zelfs legitiem is. Ten eerste valt een ander af te dingen van het bezwaar gebaseerd op rechtszekerheid. Ten tweede gaat het niet om het “loslaten van nieuwe regels”.

156. NUANCERING ARGUMENT RECHTSZEKERHEID – Zonder afbreuk te doen aan het belang van rechtszekerheid kan dat argument tegen een anticipatieve interpretatie in zijn algemeenheid niet overtuigen. Volgt men die argumentatie immers, dan zou het voor een rechter en uiteindelijk het Hof van Cassatie nooit mogelijk zijn om het recht voort te ontwikkelen of om zijn rechtspraak te veranderen. Men kan de voortontwikkeling en verbetering van het recht niet tegenhouden met een algemene verwijzing naar de nood van rechtzekerheid.⁴²¹ Ook uit de rechtspraak van het EHRM blijkt “dat de eisen van rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen van de justitiabelen geen verworven recht op vaste rechtspraak doen ontstaan”.⁴²² Het EHRM erkent daarbij dat “een evolutie van de rechtspraak op zich niet in strijd is met een goede rechtsbedeling, aangezien het ontbreken van een dynamische en evolutionaire aanpak een belemmering zou vormen voor elke hervorming of verbetering”.⁴²³ Met een verwijzing naar die rechtspraak wijzigde de *chambre commerciale* van de Franse *Cour de cassation* recent nog (in navolging van de *chambre civile*)⁴²⁴ haar vaste⁴²⁵ rechtspraak m.b.t. de eenzijdige verkoopbelofte onder het oude recht in de zin van het nieuwe recht.⁴²⁶ Ook in andere uitspraken wijzigde de *Cour de cassation* haar decennialange vaststaande rechtspraak over het oude recht, in het licht van het nieuwe recht.⁴²⁷ Het spreekt voor zich dat een belangrijke afwijking van vaststaande rechtspraak een stevige motivering en rechtvaardiging in de uitspraak vereist⁴²⁸, iets waar de rechtspraak van het Hof van Cassatie nog ruimte voor verbetering vertoont.⁴²⁹

157. DYNAMISCHE ONTWIKKELING – Inderdaad, net zoals het vóór 1 januari 2023 legitiem zou zijn geweest voor het Hof van Cassatie om de imprevisieeler toch te erkennen⁴³⁰, blijft dat ook nog steeds het geval na de inwerkingtreding van boek 5. Het is namelijk niet zo dat het “oude recht” op 1 januari 2023 is gekristalliseerd of onder een stomp is geplaatst en daardoor niet langer aan verandering onderhevig kan zijn. Het “oude recht”, waarin de imprevisieeler vooralsnog niet was erkend, zal namelijk nog lange tijd van

418. S. VAN LOOCK, “Het Hof van Cassatie erkent de buitengerechtelijke ontbinding: driemaal is scheepsrecht”, noot onder Cass. 23 mei 2019, *TBH* 2020, (499) 511, nr. 35.

419. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 902, nr. 1238; I. CLAEYS en T. TANGHE, “Nabeschoouwing - Wetsvoorstel verbintenissen: anticiperend toepassen of interpreteren?”, *RW* 2020-21, 1477-1480; L. CORNELIS, “Rechtspraak en nieuw BW: vooruitlopen en teruggrijpen zijn aan de wetgevers voorbehouden”, *RW* 2020-21, 1437-1438; D. ROOSES, “Enkele praktische bedenkingen bij artikel 5.74 BW aangaande wijzigingen van omstandigheden in het nieuwe verbintenissenrecht”, *RW* 2022-23, (163) 166-168, nrs. 10-13.

420. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 902-903, nr. 1238.

421. S. EMMENEGGER, “Das Zeitelement in der richterlichen Fortbildung des schweizerischen Rechts”, *RabelsZ* 2015, (367) 375: “Die Vorwirkung des künftigen Rechts zeigt sich hier in einer besonderen Form, nämlich als Antrieb und argumentative Stütze für eine bessere Rechtserkenntnis, die es ihrerseits rechtfertigt, das Vertrauen der Rechtsunterworfenen in die bisherige Rechtserkenntnis zu enttäuschen.”

422. EHRM 18 maart 2009, *Unedic / Frankrijk*, nr. 74.

423. EHRM 12 juli 2018, *Allègre / Frankrijk*, nr. 52.

424. Cass.civ. 23 juni 2021, ECLI:FR:CCASS:2021:C300583; Cass.civ. 20 oktober 2021, ECLI:FR:CCASS:2021:C300741.

425. Zie bv.: Cass.com. 14 januari 2014, ECLI:FR:CCASS:2014:CO00058.

426. Cass.com. 15 maart 2023, ECLI:FR:CCASS:2023:CO00192: “Si, conformément à son article 9, les dispositions de l’ordonnance du 10 février 2016 ne sont applicables qu’aux contrats souscrits postérieurement à son entrée en vigueur, il apparaît nécessaire, compte tenu de l’évolution du droit des obligations, de modifier la jurisprudence de la Cour pour juger, désormais, à l’instar de la troisième chambre civile (...), que le promettant signataire d’une promesse unilatérale de vente s’oblige définitivement à vendre dès cette promesse et ne peut pas se rétracter, même avant l’ouverture du délai d’option offert au bénéficiaire, sauf stipulation contraire” (benadrukking toegevoegd).

427. Cass.civ. 13 juli 2022, ECLI:FR:CCASS:2022:C300568 en Cass.civ. 13 juli 2022, ECLI:FR:CCASS:2022:C300569 (geen recht op uitvoering in natura indien disproportioneel, cf. art. 1221 CC).

428. Zie bv.: EHRM 18 maart 2009, *Atanasovski / Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*, nr. 38: “given the specific circumstances of the case, the Court considers that the well-established jurisprudence imposed a duty on the Supreme Court to make a more substantial statement of reasons justifying the departure”.

429. S. STIJNS, “De creatieve rol van de (cassatie-)rechter in het verbintenissenrecht” in G. HORSMANS en D. VAN GERVEN (ed.), *De magistraat en de professor – Hulde aan Walter van Gerven*, Brussel, Larcier, 2017, (187) 219, nr. 28; M. VAN DER HAEGEN, “Omgaan met omgaan. Een kwalitatief empirisch onderzoek naar de omkeringen in de cassatierechtspraak”, *TPR* 2019 (197) 296, nr. 124.

430. Dat neemt uiteraard niet weg dat gediscussieerd kan worden over de wenselijkheid daarvan.



toepassing blijven en kan door de rechtspraak verder worden ontwikkeld. Dat “oude recht” is door boek 5 niet tot een museumstuk verworden, maar blijft even levendig en dynamisch, ook al staat nu vast dat er een dag zal komen waarop het oude recht zal uitdoven. M.a.w., niets houdt de rechtspraak, en met name het Hof van Cassatie, tegen om te komen tot een erkenning van de improvisatie voor wat het “oude recht” betreft, net zoals het dat voor 1 januari 2023 had gekund.

158. ANTICIPATIEVE INTERPRETATIE, NIET TOEPASSING – Daarenboven moet worden benadrukt dat het niet gaat om het “*loslaten van nieuwe regels*”, maar om een herinterpretatie van de oude regels in het licht van de nieuwe regels. Bijgevolg is het ook correcter om te spreken van “*anticipatieve interpretatie*” in plaats van “*anticipatieve toepassing*”. Bij anticipatieve toepassing wordt een toekomstige regel, die nog niet in werking is getreden, reeds toegepast. Het spreekt voor zich dat een dergelijke toepassing moeilijk in overeenstemming te brengen is met de scheiding der machten en de regels inzake overgangsrecht.⁴³¹ Een anticipatieve toepassing van artikel 5.74 BW is duidelijk in strijd met de overgangsregels van boek 5.⁴³² Volgens die bepalingen is artikel 5.74 BW slechts van toepassing op rechtshandelingen die hebben plaatsgevonden na 1 januari 2023. Een rechter kan artikel 5.74 BW bijgevolg niet rechtstreeks toepassen op een overeenkomst die is gesloten vóór die datum.⁴³³ Die overgangsregels staan een anticipatieve interpretatie evenwel niet in de weg.

159. ANTICIPATIEVE INTERPRETATIE – Bij anticipatieve interpretatie wordt het huidige recht reeds geïnterpreteerd in het licht van toekomstige wetgeving, bijvoorbeeld een wetsontwerp of wetsvoorstel dat reeds is aangenomen of nog in het parlement besproken wordt.⁴³⁴ In het kader van de anticiperende interpretatie wordt de regel van komend recht echter niet rechtstreeks toegepast, maar wordt het temporeel toepasselijke recht geïnterpreteerd tegen de achtergrond van de regel van komend recht, zelfs wanneer dat onderscheid in de praktijk niet steeds even scherp is te maken.⁴³⁵ Bij een anticipatieve interpretatie van artikel 5.74 BW past een rechter dus het “oude recht” toe, maar wordt dit geïnterpreteerd o.a. in het licht van dat nieuwe artikel.

160. GOING DUTCH – Met name in de Nederlandse rechtspraak en rechtsleer is de anticiperende interpretatie erg ontwikkeld. De reden daarvoor is de langzame totstandkoming van het (vermogensrecht in het) Nederlandse NBW, dat uiteindelijk pas op 1 januari 1992 in werking is getreden.⁴³⁶ In zijn arrest van 7 maart 1980 verwees de Hoge Raad uitdrukkelijk naar een ontwerpbeeping om zijn eerdere rechtspraak, die sterk bekritiseerd werd, te wijzigen.⁴³⁷ In zijn motivering benadrukt de Hoge Raad het belang van de ontwikkeling van maatschappelijke opvattingen, die uiteindelijk neerslag gevonden hebben in het ontwerp-NBW. De Hoge Raad past dus niet zozeer de ontwerpbeeping toe, maar gebruikt die bepaling om de maatschappelijke ontwikkelingen te identificeren en zijn rechtspraak in het licht van die ontwikkelingen aan te passen.

161. TOEPASSINGEN IN NEDERLAND – Door het gebruik van de anticiperende interpretatie in de Nederlandse rechtspraak waren verschillende innovaties van het NBW reeds geldend recht geworden tegen de tijd dat het werd ingevoerd.⁴³⁸ Belangrijke toepassingen zijn onder meer het opschortingsrecht of de *exceptio non adimpleti contractus*⁴³⁹, de matiging van schadebedingen⁴⁴⁰ en de inhoudelijke toetsing van algemene

431. J. VRANKEN, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1995, nrs. 156-157. Zie ook: F. MAULTZSCH, “Das Zeitelement in der richterlichen Fortbildung des deutschen Rechts”, *RabelsZ* 2015, (322) 324-235.

432. Zie art. 64 wet 28 april houdende boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, BS 1 juli 2022.

433. Zie bv.: Vred. Antwerpen 10 juli 2020, opgenomen in M. HIGNY en H. VYNCKE (eds.), *Juridische panoplie bij pandemie? Eerste rechtspraak m.b.t. COVID-19 becommentarieerd*, Brugge, die Keure, 2020. In die uitspraak baseert de vrederechter zich eerst op de matigende werking van de goede trouw om daarna evenwel op basis van de toekomstige regeling inzake verandering van omstandigheden te komen tot een aanpassing van de inhoud van de huurovereenkomst, i.e. een tijdelijke huurvermindering. Op basis van de goede trouw had de vrederechter evenwel reeds tot een matiging van de huurprijs kunnen komen.

434. P. CLITEUR en A. ELLIAN, *Inleiding Recht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2020, 56. Zie in België: M. VAN HOECKE, *De interpretatievrijheid van de rechter*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 245-250. Zie reeds: G.J. SCHOLTEN, “Anticiperende interpretatie, een nieuwe interpretatiemethode?”, *WPNR* 1969, 109-112 en 121-124.

435. F. MAULTZSCH, “Das Zeitelement in der richterlichen Fortbildung des deutschen Rechts”, *RabelsZ* 2015, (322) 327.

436. Boeken 1 en 2 waren reeds in 1970 en 1976 in werking getreden. Boeken 3, 5 en 6 (Vermogensrecht in het algemeen, Zakelijke rechten en Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht) werden in 1977 door de Tweede Kamer en in 1980 door de Eerste Kamer aangenomen. Zie verder: A. HARTKAMP, *Aard en opzet van het vermogensrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2017, 1-7; M. WISSINK, “De redactie Privaat. Omzien en vooruitzien”, *TPR* 2017, (1147) 1148-1149, nr. 4.

437. In het arrest aanvaardde de Hoge Raad een risicoaansprakelijkheid voor dieren, terwijl zijn eerdere rechtspraak een schuld aansprakelijkheid met omkering van de bewijslast vooropstelde.

438. H. SNIJDERS, “Redelijkheid en billijkheid in het vermogensrecht van het Burgerlijk Wetboek voor en na 1992”, *AA* 2012, (771) 773.

439. HR 30 juni 1978, *NJ* 1978, 693, noot G.J. SCHOLTEN en W.H. HEEMSKERK.

440. HR 27 april 1984, *NJ* 1984, 679, noot W.C.L. VAN DER GRINTEN.



voorwaarden.^{441,442} Ook de imprevisieel (onvoorziene omstandigheden) werd in Nederland erkend in toepassing van een anticipatieve interpretatie.⁴⁴³ Door die anticipatieve interpretatie heeft de rechtspraak bijgedragen aan een soepele overgang van het oude naar het nieuwe NBW.⁴⁴⁴

162. RUIMTE VOOR ANTICIPERENDE INTERPRETATIE – Een anticiperende interpretatie is evenwel niet steeds mogelijk. Als voorwaarde geldt dat de nieuwe regel niet onverenigbaar mag zijn met de tekst en het stelsel van het toepasselijke recht. Verder mag de regel niet in een zodanig nauw verband staan met andere bepalingen van het nieuwe recht, dat zij daaruit niet kan worden gelicht zonder dat het nieuwe stelsel wordt doorbroken.⁴⁴⁵ Daarentegen lijkt de anticiperende interpretatie wel mogelijk waar het geldende recht een leemte bevat ofwel meerdere interpretaties toelaat. Dat is met name het geval bij open normen.⁴⁴⁶ Die open normen, zoals goede trouw, rechtsmisbruik, goede zeden, enz. kunnen door middel van een anticiperende interpretatie worden ingevuld of ingekleurd door komend recht en zo reeds wijzigende maatschappelijke en juridische opvatting in zich opnemen.⁴⁴⁷ Een anticiperende interpretatie is m.a.w. dus mogelijk, wanneer de nieuwe regels zelf niet de normatieve waarden wijzigen, maar slechts een veruitwendiging zijn van reeds ingetreden maatschappelijke evoluties.⁴⁴⁸

163. ARTIKEL 5.74 BW ALS PRODUCT VAN EVOLUTIE – De invoering van artikel 5.74 BW kan worden beschouwd als een antwoord op maatschappelijke ontwikkelingen inzake de bindende kracht van de overeenkomst. Het gaat daarbij niet alleen om een innovatie die door een groot deel van de rechtsleer werd bepleit, maar waarvan men in de rechtspraak al vele sporen kon ontwaren, zelfs wanneer die rechtspraak de verandering van omstandigheden niet uitdrukkelijk erkende. Onder andere op grond van de aanvullende en de beperkende werking van de goede trouw en het verbod op rechtsmisbruik hebben rechtscollages reeds ingegrepen in overeenkomsten waar “een verandering van omstandigheden [...] de uitvoering van het contract buitensporig bezwarend [maakt], dermate dat de uitvoering ervan redelijkerwijze niet langer kan worden geëist”. Het hierboven vermelde arrest van het hof van beroep te Gent (cf. *supra* nr. 20) is daarvan een duidelijk voorbeeld, net als verschillende uitspraken in het kader van de COVID-19-pandemie. SAGAERT twijfelt om die reden zelfs of de invoering van artikel 5.74 BW in de praktijk wel zoveel verandert.⁴⁴⁹ Bijgevolg is artikel 5.74 BW niet te beschouwen als een *Fremdkörper* dat door boek 5 in het Belgische recht wordt binnengeloodst, maar als een figuur waarvan de komst reeds door verschillende zwaluwen was aangekondigd.

164. ANTICIPERENDE INTERPRETATIE VAN ARTIKEL 5.74 BW – De vraag rijst hoe een rechter tot een anticiperende interpretatie kan komen. De meest voor de hand liggende weg voert via het principe van de uitvoering te goeder trouw en het verbod op rechtsmisbruik.⁴⁵⁰ Een rechter kan bijvoorbeeld de toepassingsvereisten van artikel 5.74 BW aanwenden (en met name de uitgangspunten inzake risicoverdeling) om in een concreet geval te oordelen of een schuldeiser door de nakoming te vorderen “kennelijk de grenzen te buiten gaat van de uitoefening van dat recht door een bedachtzaam en voorzichtig persoon”.⁴⁵¹ Tot een werkelijke aanpassing van de overeenkomst zal een rechter moeilijk kunnen besluiten.⁴⁵² Wel kan de

441. HR 25 april 1986, NJ 1986, 714, noot W.C.L. VAN DER GRINTEN.

442. Zie: C. SIEBURGH, *Asser 6-I Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer, Kluwer, 2016, nr. 59.

443. HR 16 december 1977, NJ 1978, 156: “Dit een en ander sluit evenwel niet uit dat uit de goede trouw, bedoeld in art. 1374 lid 3 BW, kan voortvloeien dat de overeenkomst niettemin voor beëindiging door het Ziekenfonds vatbaar is. Daarvoor kan met name plaats zijn in geval van – niet in de overeenkomst verdisconteerde – omstandigheden van zo ernstige aard dat de arts naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid die in de voormelde goede trouw liggen opgesloten, geen onbeperkte instandhouding van de overeenkomst door het ziekenfonds mag verwachten.”

444. M. WISSINK, “De redactie Privaat. Omzien en vooruitzien”, *TPR* 2017, (1147) 1149, nr. 4.

445. S. EMMENEGGER, “Das Zeitelement in der richterlichen Fortbildung des schweizerischen Rechts”, *RabelsZ* 2015, (367) 370-375; A. HARTKAMP, *Aard en opzet van het vermogensrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2017, 15, nr. 5; F. MAULTZSCH, “Das Zeitelement in der richterlichen Fortbildung des deutschen Rechts”, *RabelsZ* 2015, (322) 327-328; J. VRANKEN, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel***, Zwolle, Tjeenk Willink, 1995, nrs. 166. Zie reeds: G.J. SCHOLTEN, “Anticiperende interpretatie, een nieuwe interpretatiemethode?”, *WPNR* 1969, (109) 111. Zie voor een voorbeeld: HR 27 september 1991, NJ 1991, 801.

446. A. HARTKAMP, *Aard en opzet van het vermogensrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2017, 15, nr. 5.

447. J. BASEDOW, “Das Zeitelement in der richterlichen Rechtsfortbildung”, *RabelsZ* 2015, (237) 247. Zie voor een voorbeeld uit de Duitse rechtspraak, waar het begrip “goede zeden” werd ingevuld door verwijzing naar een UNESCO-verdrag dat nog niet in werking was getreden: BGH 22 juni 1972, BGHZ 59, 82.

448. F. MAULTZSCH, “Das Zeitelement in der richterlichen Fortbildung des deutschen Rechts”, *RabelsZ* 2015, (322) 364.

449. V. SAGAERT, *Beginnelen van verbintenissenrecht*, Heverlee, LeA Uitgevers, 2023, 109, nr. 204: “Het is zeer de vraag of deze wettelijke opening in het nieuw Burgerlijk Wetboek in de praktijk een grote verandering zal inhouden: zoals gezegd, maakte de rechtspraak reeds toepassing van het verbod van rechtsmisbruik als indirecte grondslag om rekening te houden met een verandering van omstandigheden.”

450. L. AYNES en A. BENABENT, “Force majeure et révision pour imprévision”, *RDC* 2021, (157) 159.

451. Cass. 20 januari 2023, C.21.0499.N.

452. Een spoor van een eventuele beëindiging als rechtsgevolg zou men reeds in het hoger geciteerde tontine-arrest ontwaren: Cass. 6 maart 2014, C.13.0362.N.



rechter aanspraken matigen op grond van het verbod op rechtsmisbruik en desgevallend bijkomende verplichtingen opleggen op grond van de aanvullende werking van de goede trouw. Met die bouwstenen kan een creatieve rechter, daarin gesteund door vindingrijke advocaten, tot vergelijkbare oplossingen als onder artikel 5.74 BW komen.

165. ANTICIPERENDE INTERPRETATIE VAN HET WETSVORSTEL VERBINTENISSENRECHT – Uit de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie blijkt reeds dat boek 5 wordt aangewend als inspiratiebron, zelfs toen het nog slechts een wetsontwerp was. Zo kan men die invloed ontwaren in het arrest van 8 maart 2018 m.b.t. de kennisgeving⁴⁵³, het arrest van 3 oktober 2019 m.b.t. het herstel *in natura* bij contractuele aansprakelijkheid⁴⁵⁴, het arrest van 7 november 2019 m.b.t. de omvang van de nietigheid⁴⁵⁵, het arrest van 23 mei 2019 over de buitengerechtelijke ontbinding⁴⁵⁶ en het arrest van 18 juni 2020 m.b.t. de buitengerechtelijke vervanging.⁴⁵⁷ DIRIX en WÉRY stellen dan ook terecht: “het zaad is gezaaid en draagt reeds vrucht”.⁴⁵⁸

V. ALGEMEEN BESLUIT

166. INNOVATIE – Met de wettelijke verankering van de imprevisieleer of de verandering van omstandigheden in artikel 5.74 BW wordt uiteindelijk ook in het Belgisch verbintenissenrecht de dam van het *Canal de Craponne* doorbroken. Niettemin blijft de bindende kracht van de overeenkomst het uitgangspunt (art. 5.69 BW), zelfs bij een verandering van omstandigheden (art. 5.74, eerste lid BW). Een schuldenaar moet zijn verbintenissen blijven nakomen, zelfs wanneer een verandering van omstandigheden dat moeilijker maakt dan initieel voorzien. Slechts in uitzonderlijke gevallen en onder strenge voorwaarden laat artikel 5.74 BW toe om in te grijpen en kan de schuldenaar, nadat onderhandelingen geen soelaas hebben gebracht, de rechter vragen om de overeenkomst aan te passen of te beëindigen. Dat is het geval, wanneer de gevolgen van de verandering van omstandigheden de contractuele risicoverdeling overstijgen.

167. RISICO ALS FUNDAMENT – Artikel 5.74 BW berust fundamenteel op de risicoverdeling tussen partijen en bouwt daarop verder. Die bepaling strekt er immers toe om de risicolacune die door de verandering van omstandigheden aan het licht is gekomen, te sluiten. Bijgevolg is artikel 5.74 BW niet zozeer te beschouwen als een billijkheidsuitzondering op de bindende kracht van de overeenkomst, maar is het er veeleer complementair aan. Bij de interpretatie en toepassing van artikel 5.74 BW dient de contractuele risicoverdeling dus voorop te staan.

168. CURB YOUR ENTHUSIASM – De invoering van een regeling voor de verandering van omstandigheden is een belangrijke verrijking van het instrumentarium van het Belgisch verbintenissenrecht. Artikel 5.74 BW zal onder andere (maar niet uitsluitend) in crisistijden een nuttig instrument zijn om een oplossing te bieden voor overeenkomsten die door onvoorziene omstandigheden zijn geaffecteerd. Niettemin moet men ook oog hebben voor de limieten van artikel 5.74 BW, en het privaatrecht in het algemeen, bij het bestrijden van de gevolgen van een (systeem)crisis.⁴⁵⁹ De toepassing van artikel 5.74 BW heeft immers steeds louter betrekking op een individuele en concrete verbintenisrechtelijke relatie. Bij een ingrijpende systeemontwrichting, zoals bijvoorbeeld tijdens de COVID-19-pandemie, kunnen van dat artikel geen mirakeloplossingen worden verwacht. In dergelijke gevallen zal het nog steeds aan de wetgever zijn om met vereiste noodwetgeving in te grijpen.⁴⁶⁰

453. Cass. 8 maart 2018, C.17.0454.N, *TBBR* 2018, 524, noot S. DECLERCQ, *NjW* 2018, 932, noot A. COPPENS, *RW* 2018-19, 1061, *TBO* 2018, 420. Zie verder: P. WÉRY, “L’avant-projet de réforme du droit des obligations et ses premiers échos en jurisprudence”, *TBBR* 2018, 296.

454. Cass. 3 oktober 2019, C.17.0621.N, *TBBR* 2020, 84, noot S. DE REY. Zie uitgebreid: S. DE REY, “‘t Is gebeurd: Herstel in natura van contractuele schade erkend door het Hof van Cassatie!”, noot onder Cass. 3 oktober 2019, *TBBR* 2020, 85-102.

455. Cass. 7 november 2019, C.19.0061.N, *NjW* 2019, 895, noot M. MEIRLAEN, *RABG* 2020, 189, *TBO* 2020, 43, noot F. PEERAER, *TNot.* 2020, noot M. MEIRLAEN en A. SOETE.

456. Cass. 23 mei 2019, C.16.0254.F, *JT* 2020, 26, noot S. STIJNS en P. WÉRY, *TBBR* 2019, 474, noot S. STIJNS en S. JANSEN, *TBH* 2020, 497, noot S. VAN LOOCK.

457. Cass. 18 juni 2020, C.18.0357.N.

458. In die zin ook: E. DIRIX en P. WÉRY, “Het Nieuw BW, een tussentijds verslag”, *RW* 2019-20, (1042) 1042.

459. Zie ook: E. DIRIX, “Crisis en privaatrecht”, *NjW* 2021, (2) 10, nr. 15; W. VAN BOOM, “Onvoorziene omstandigheden en coronacrisis: #sharetheburden?”, *NTBR* 2020, (85) 78-88.

460. Zie tijdens de Covid-19-pandemie: E. DIRIX, “Crisis en privaatrecht”, *NjW* 2021, (2) 8-9, nr. 12.



169. *THE PROOF OF THE PUDDING* – De toekomst zal uitwijzen of artikel 5.74 BW de verwachtingen in de praktijk ook zal inlossen. In ieder geval komt door de verschillende open concepten in die bepaling een belangrijke rol toe aan de rechtspraak om die concreet in te vullen en op die manier artikel 5.74 BW steeds verder te ontwikkelen. Daaruit blijkt een groot vertrouwen van de wetgever in de rechter. Met dergelijke open normen delegeert de wetgever namelijk een deel van diens normgevende bevoegdheid aan de rechter.⁴⁶¹ Die voortontwikkeling door de rechtspraak zorgt ervoor dat een codificatie geen momentopname is, maar een levend corpus blijft: *“Jede Kodifikation ist nicht Ende, sondern Durchgangspunkt der Entwicklung.”*⁴⁶²

461. Zie: P. HECK, *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1929, 11-16, die het heeft over “*Delegationsnormen*”.

462. G. KEGEL, “Einfluß grundlegender Veränderungen” in *Verhandlungen des vierzigsten deutschen Juristentages*, I, Tübingen, Mohr Siebeck, 1953, (135) 233.

